ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

6 oktober 2009 *

In de gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P,

betreffende vier hogere voorzieningen krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, respectievelijk ingediend, voor de eerste twee zaken, op 11 december 2006 en, voor de twee volgende zaken, op 18 en 13 december 2006,

GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc, gevestigd te Brentford (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC, S. Martínez Lage, abogado, A. Komninos, dikigoros, en A. Schulz, Rechtsanwalt,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

* Procestaal: Engels.

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door T. Christoforou, F. Castillo de la Torre en E. Gippini Fournier, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

ondersteund door:

Republiek Polen, vertegenwoordigd door E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko en K. Majcher, als gemachtigden,

interveniënte in hogere voorziening,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door M. Hartmann-Rüppel en W. Rehmann, Rechtsanwälte,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland), vertegenwoordigd door W. Rehmann, Rechtsanwalt,

Spain Pharma SA, gevestigd te Madrid (Spanje),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door M. Araujo Boyd en J. Buendía Sierra, abogados,

interveniënten in eerste aanleg (C-501/06 P),

en

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door T. Christoforou, F. Castillo de la Torre en E. Gippini Fournier, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

ondersteund door:

Republiek Polen, vertegenwoordigd door E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko en K. Majcher, als gemachtigden,

interveniënte in hogere voorziening,

andere partijen bij de procedure:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc, gevestigd te Brentford (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC, A. Komninos, dikigoros en A. Schulz, Rechtsanwalt,

verzoekster in eerste aanleg,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door M. Hartmann-Rüppel, Rechtsanwalt,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland),

Spain Pharma SA, gevestigd te Madrid (Spanje),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), gevestigd te Madrid (Spanje),

interveniënten in eerste aanleg (C-513/06 P),

en

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door M. Hartmann-Rüppel en W. Rehmann, Rechtsanwälte,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc, gevestigd te Brentford (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC,

verzoekster in eerste aanleg,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door T. Christoforou, F. Castillo de la Torre en E. Gippini Fournier, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland),

Spain Pharma SA, gevestigd te Madrid (Spanje),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), gevestigd te Madrid (Spanje),

interveniënten in eerste aanleg (C-515/06 P),

en

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), gevestigd te Madrid (Spanje), vertegenwoordigd door M. Araujo Boyd en J. Buendía Sierra, abogados,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc, gevestigd te Brentford (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC, en A. Schulz, Rechtsanwalt,

verzoekster in eerste aanleg,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door T. Christoforou, F. Castillo de la Torre en E. Gippini Fournier, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door M. Hartmann-Rüppel, Rechtsanwalt,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, gevestigd te Mülheim an der Ruhr (Duitsland),

Spain Pharma SA, gevestigd te Madrid (Spanje),

interveniënten in eerste aanleg (C-519/06 P),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, A. Ó Caoimh, J. Klučka (rapporteur), U. Lõhmus en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,
griffier: K. Malaček, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 maart 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 juni 2009,

het navolgende

Arrest

1 Met hun hogere voorzieningen verzoeken de vennootschap GlaxoSmithKline Services Unlimited (hierna: „GSK") (C-501/06 P), de Commissie van de Europese Gemeenschappen (C-513/06 P), de European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) (C-515/06 P) en de Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) (C-519/06 P) het Hof om gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 27 september 2006, GlaxoSmithKline Services/Commissie (T-168/01, Jurispr. blz. II-2969; hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht nietig heeft verklaard de artikelen 2 tot en met 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)] (PB L 302, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking") en het door GSK ingestelde beroep heeft verworpen voor het overige.

2 Bij genoemde beschikking had de Commissie vastgesteld dat Glaxo Wellcome SA (hierna: „GW"), een dochteronderneming van GSK, inbreuk had gemaakt op artikel 81, lid 1, EG door met Spaanse groothandelaren een overeenkomst te sluiten waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen de prijzen die aan groothandelaren worden aangerekend wanneer zij terugbetaalbare geneesmiddelen in eigen land doorverkopen

aan apotheken of ziekenhuizen, en de hoogste prijzen die worden aangerekend in het geval van export naar een van de andere lidstaten. De Commissie had bovendien het verzoek om een ontheffing voor deze overeenkomst krachtens artikel 81, lid 3, EG verworpen.

Voorgeschiedenis van het geding

3 De aan dit geding ten grondslag liggende feiten, zoals zij in de punten 8 tot en met 21 van het bestreden arrest zijn uiteengezet, kunnen als volgt worden samengevat.

4 GSK is een in Brentford (Verenigd Koninkrijk) gevestigde vennootschap naar Brits recht. Zij behoort tot de groep GlaxoSmithKline, die een van de belangrijkste producenten van farmaceutische producten ter wereld is. De hoofdactiviteiten van GW, een te Madrid (Spanje) gevestigde vennootschap naar Spaans recht, zijn de ontwikkeling, de vervaardiging en de verkoop van geneesmiddelen in Spanje.

5 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: „overeenkomst"), 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 een aanvullende aanmelding gestuurd.

6 De overeenkomst is van toepassing op 82 geneesmiddelen die bestemd zijn voor de verkoop aan de Spaanse groothandelaren waarmee GW, buiten elk distributienetwerk om, zakelijke relaties onderhoudt. Deze groothandelaren kunnen ze verkopen aan

Spaanse ziekenhuizen of apotheken, die ze dan op doktersrecept aan patiënten afleveren. Zij kunnen ze ook verkopen naar andere lidstaten via de parallelhandel, die zij bedrijven wegens het bestaan van prijsverschillen. Acht van deze 82 geneesmiddelen komen volgens GSK bij uitstek in aanmerking voor parallelhandel, voornamelijk tussen Spanje en het Verenigd Koninkrijk.

7 Voor diezelfde 82 geneesmiddelen zijn in artikel 4 van de overeenkomst twee verschillende prijzen vastgesteld:

„A) Overeenkomstig artikel 100, lid 1, eerste alinea, en lid 2, van wet nr. 25/1990 van 20 december 1990 betreffende geneesmiddelen (BOE nr. 306 van 22 december 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 deze 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 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 [genoemde wet nr. 25/1990] en de vroegere Spaanse wetgeving inzake de prijsstelling van geneesmiddelen."

8 Bij brief van 6 maart 1998 heeft GW de ontwerpovereenkomst toegezonden aan 89 in Spanje gevestigde groothandelaren, waarvan er 75, die samen meer dan 90 % van de totale afzet van GW in Spanje in 1998 vertegenwoordigen, ze vervolgens hebben ondertekend. Deze overeenkomst is op 9 maart 1998 in werking getreden.

9 De rechtmatigheid van deze overeenkomst is met name door Aseprofar aangevochten voor de Spaanse mededingingsautoriteit en de Spaanse rechterlijke instanties.

10 Verder hebben met name EAEPC en Aseprofar bij de Commissie klachten ingediend waarin wordt gesteld dat de overeenkomst in strijd is met artikel 81, lid 1, EG.

11 Op 8 mei 2001 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven die luidt:

„Artikel 1

[GW] heeft inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, van het Verdrag door met Spaanse groothandelaren een overeenkomst te sluiten waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen de prijzen die groothandelaren worden aangerekend wanneer zij terugbetaal-

bare geneesmiddelen in eigen land doorverkopen aan apotheken of ziekenhuizen, en de hoogste prijzen die worden aangerekend in het geval van export naar een van de andere lidstaten.

Artikel 2

Het verzoek van [GW] om voor de in artikel 1 bedoelde overeenkomst een ontheffing te verlenen op grond van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, wordt verworpen.

Artikel 3

[GW] maakt onverwijld een eind aan de in artikel 1 bedoelde inbreuk voor zover zij dat nog niet heeft gedaan. Zij ziet af van het herhalen van enige maatregel die onder de inbreuk valt en van het nemen van andere maatregelen met hetzelfde oogmerk of gevolg.

Artikel 4

[GW] deelt de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking mee welke maatregelen de onderneming heeft genomen om aan deze inbreuk een eind te maken.

[…]"

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

12 Blijkens de punten 22 tot en met 37 van het bestreden arrest heeft GSK bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 juli 2001 beroep ingesteld tegen de litigieuze beschikking. Bij op 8 en 16 november 2001 ter griffie neergelegde akten hebben EAEPC 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 aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 27 november 2002 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht deze interventieverzoeken ingewilligd.

13 In het bestreden arrest oordeelde het Gerecht als volgt:

„1) De artikelen 2, 3 en 4 van [de litigieuze] beschikking […] worden nietig verklaard.

2) Het beroep wordt voor het overige verworpen.

3) [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.

4) 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.

5) […] [Aseprofar], […], [EAEPC] […] zullen ieder hun eigen kosten dragen."

Conclusies van partijen en procesverloop voor het Hof

14 Met haar hogere voorziening vraagt GSK het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin haar beroep tot nietigverklaring van artikel 1 van de litigieuze beschikking is verworpen, dan wel enige andere passende maatregel te nemen, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten van GSK.

15 In haar memorie van antwoord heeft de Commissie ook incidentele hogere voorziening ingesteld. Zij verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening van GSK in haar geheel te verwerpen;

— de punten 1 en 3 tot en met 5 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;

— de zaak definitief af te doen door het beroep tot nietigverklaring in zaak T-168/01 ongegrond te verklaren, en

— GSK te verwijzen in de kosten van de Commissie betreffende de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening.

16 In haar memorie van antwoord op de incidentele hogere voorziening, verzoekt GSK het Hof deze hogere voorziening niet-ontvankelijk dan wel ongegrond te verklaren, of niet-ontvankelijk en ongegrond, en voorts de Commissie te verwijzen in de kosten.

17 In hogere voorziening formuleert de Commissie dezelfde laatste drie verzoeken als in haar memorie van antwoord en in haar incidentele hogere voorziening in zaak C-501/06 P, te weten:

— de punten 1 en 3 tot en met 5 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;

— de zaak definitief af te doen door het beroep tot nietigverklaring in zaak T-168/01 ongegrond te verklaren, en

— GSK te verwijzen in de kosten van de Commissie betreffende de procedure in eerste aanleg en in hogere voorziening.

18 Met haar hogere voorziening vraagt EAEPC het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen voor zover het Gerecht de litigieuze beschikking nietig heeft verklaard, en

— GSK te verwijzen in de in eerste aanleg en in hogere voorziening gemaakte kosten.

19 Met haar hogere voorziening vraagt Aseprofar het Hof:

— punt 1 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;

— definitief uitspraak te doen in zaak T-168/01 door het verzoek van GSK in zijn geheel af te wijzen en de litigieuze beschikking te bevestigen;

— de punten 3 tot en met 5 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen, en

— GSK te verwijzen in de in eerste aanleg en in hogere voorziening gemaakte kosten.

20 Bij beschikking van 17 december 2008 heeft de president van het Hof besloten de zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P te voegen voor de mondelinge behandeling en het arrest.

Hogere voorzieningen

21 Duidelijkheidshalve, en gelet op de onderlinge gelijkenis, worden sommige van verzoeksters' middelen afzonderlijk, en andere tezamen onderzocht.

Ontvankelijkheid

Ontvankelijkheid van de autonome middelen in hogere voorziening betreffende artikel 81, lid 1, EG, aangevoerd door Aseprofar en de Commissie, ondersteund door de Republiek Polen

— Argumenten van partijen

22 GSK stelt dat de hogere voorzieningen van de Commissie en Aseprofar en de memorie in interventie van de Republiek Polen in wezen niet-ontvankelijk zijn. Met deze stukken betwisten de auteurs ervan de motivering en niet het dictum van het bestreden arrest met betrekking tot artikel 81, lid 1, EG. GSK merkt op dat de middelen die zijn aangevoerd tegen de motivering van het onderdeel van het bestreden arrest dat betrekking heeft op artikel 81, lid 1, EG, in geen geval gevolgen kunnen hebben voor punt 2 van het dictum van dit arrest dat artikel 1 van de litigieuze beschikking bevestigt in die zin dat de overeenkomst een inbreuk vormde op artikel 81, lid 1, EG. GSK betoogt dat, op grond van de rechtspraak betreffende de ontvankelijkheid van de hogere

voorzieningen, alle middelen die ertoe strekken de motivering van het Gerecht betreffende artikel 81, lid 1, EG ter discussie te stellen, niet-ontvankelijk zijn.

— Beoordeling door het Hof

23 Volgens de rechtspraak van het Hof onderstelt het bestaan van een procesbelang van een rekwirant dat de uitslag van de hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn (beschikkingen van 25 januari 2001, Lech-Stahlwerke/Commissie, C-111/99 P, Jurispr. blz. I-727, punt 18, en 8 april 2008, Saint-Gobain Glass Deutschland/ Commissie, C-503/07 P, Jurispr. blz. I-2217, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 In dit geval betogen de Commissie en Aseprofar dat het Gerecht bij zijn beoordeling van het mededingingsverstorende doel van de overeenkomst blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, maar verzoeken zij het Hof punt 2 van het dictum van het bestreden arrest te behouden maar anders te motiveren.

25 Zoals GSK terecht opmerkt, staat in die omstandigheden vast dat de door de Commissie en Aseprofar aangevoerde middelen niet in hun voordeel kunnen zijn, en evenmin een invloed kunnen hebben op punt 2 van het dictum van het bestreden arrest, dat de schending van artikel 81, lid 1, EG bevestigt.

26 Bijgevolg moeten de autonome hogere voorzieningen van de Commissie en van Aseprofar niet-ontvankelijk worden verklaard, aangezien zij zijn gericht tegen het onderdeel van de motivering van het bestreden arrest dat betrekking heeft op artikel 81, lid 1, EG.

Door GSK aangevoerde niet-ontvankelijkheid van de incidentele hogere voorziening van de Commissie

— Argumenten van partijen

27 GSK stelt in de eerste plaats dat de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk is op grond dat de Commissie tegen het bestreden arrest reeds hogere voorziening heeft ingesteld in zaak C-513/06 P. Volgens haar zijn de hogere voorziening en de incidentele hogere voorziening twee onderdelen van één alternatief die niet cumulatief kunnen worden geopend.

28 In de tweede plaats levert de incidentele hogere voorziening misbruik van procedure op, aangezien zij identiek is aan de hogere voorziening in zaak C-513/06 P, en is zij uit dien hoofde niet-ontvankelijk. Aangezien beide handelingen een geschil tussen dezelfde partijen betreffen, hetzelfde doel hebben en op dezelfde middelen berusten, is de latere handeling, namelijk de incidentele hogere voorziening, volgens GSK niet-ontvankelijk.

29 In de derde plaats is de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk omdat zij bepaalde onderdelen van het bestreden arrest waarmee een gunstig gevolg wordt gegeven aan de conclusies van de Commissie, betwist. Het gaat om een kennelijke niet-ontvankelijkheid, aangezien een middel dat is gericht tegen de motivering van een bestreden arrest die geen invloed heeft op het dictum ervan, niet kan slagen en derhalve moet worden afgewezen.

30 De Commissie stelt met name dat de meeste argumenten aangaande artikel 81, lid 1, EG betrekking hebben op kwesties betreffende lid 3 van dit artikel, aangezien zij gaan over de gestelde kenmerken van de markt die relevant zijn voor die twee leden. Voorts voert zij aan dat deze argumenten moeten worden opgevat als argumenten in antwoord op de in de hogere voorziening van GSK aangevoerde argumenten. De Commissie voegt hieraan toe dat geen enkele tekst de niet-ontvankelijkheid van een incidentele hogere voorziening meebrengt in het geval dat reeds een autonome hogere voorziening werd ingesteld.

— Beoordeling door het Hof

31 Met betrekking tot het argument dat de Commissie niet cumulatief een hogere voorziening en een incidentele hogere voorziening kan instellen, aangezien dit met name misbruik van procedure oplevert, volgt in de eerste plaats geenszins uit de tekst van artikel 116 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dat een partij niet cumulatief een hogere voorziening en een incidentele hogere voorziening mag instellen tegen eenzelfde arrest van het Gerecht, zulks ongeacht de omstandigheid dat meerdere zaken op dit arrest betrekking hebben en dat deze zaken werden gevoegd. In de tweede plaats hebben de zaken C-501/06 P en C-513/06 P hun autonoom karakter niet verloren, al zijn zij gevoegd.

32 Het argument van GSK kan dus niet worden aanvaard.

33 Met betrekking tot het argument dat de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk is omdat de auteur ervan de motivering van bepaalde onderdelen van het bestreden arrest en niet punt 2 van het dictum van dit arrest betwist, dient te worden opgemerkt dat, zoals bij een hogere voorziening, het bestaan van een procesbelang van een rekwirant onderstelt dat de uitslag van de incidentele hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn.

34 Zoals de advocaat-generaal in punt 52 van haar conclusie betoogt, heeft de Commissie echter in de loop van de procedure aangegeven dat haar betoog in het kader van de incidentele hogere voorziening er vooral toe strekte te antwoorden op de hogere voorziening van GSK. Volgens de Commissie moet een dergelijk betoog dus niet als een incidentele hogere voorziening in de zin van artikel 116, lid 1, eerste streepje, tweede mogelijkheid, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof worden beschouwd, maar als een verzoek tot verwerping van de door GSK ingestelde hogere voorziening in de zin van artikel 116, lid 1, eerste streepje, eerste mogelijkheid, van dit Reglement.

35 In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, de memorie van antwoord concludeert tot gehele of gedeeltelijke verwerping van de hogere voorziening dan wel gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van het Gerecht of gehele of gedeeltelijke toewijzing van het in eerste aanleg gevorderde; nieuwe conclusies zijn niet toegelaten.

36 Uit de tekst van deze bepaling blijkt immers geenszins dat Aseprofar, EAEPC of de Commissie de mogelijkheid wordt ontzegd verweermiddelen in te roepen om te antwoorden op de precieze middelen die GSK in haar hogere voorziening heeft aangevoerd, om de redenen toe te lichten waarom het Gerecht zich heeft vergist bij de interpretatie en de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, alsmede om uiteen te zetten hoe deze bepaling moet worden uitgelegd.

37 Bijgevolg kunnen de Commissie, alsmede Aseprofar en EAEPC in antwoord op de in zaak C-501/06 P door GSK ingestelde hogere voorziening de verwerping van de hogere voorziening van GSK tegen punt 2 van het dictum van het bestreden arrest vragen.

38 Anders dan GSK stelt, staat de omstandigheid dat de Commissie haar verweermiddelen heeft uiteengezet in het onderdeel van haar memorie van antwoord met het opschrift „incidentele hogere voorziening" niet in de weg aan die vaststelling. Er kan namelijk niet worden ontkend dat men niet alleen mag uitgaan van het formele opschrift van het onderdeel waarin de Commissie haar argumenten heeft uiteengezet en de inhoud zelf van dit onderdeel buiten beschouwing laten. In casu is het ongeacht de gekozen termen echter duidelijk dat het onderdeel „incidentele hogere voorziening" van de memorie van antwoord een verzoek tot verwerping van de hogere voorziening is.

39 Gelet op een en ander, moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de door GSK ingestelde incidentele hogere voorziening worden verworpen.

Door GSK aangevoerde middel inzake artikel 81, lid 1, EG

40 Er zij aan herinnerd dat het Gerecht in de punten 114 tot en met 147 van het bestreden arrest heeft onderzocht of de primaire conclusie van de Commissie, volgens welke artikel 4 van de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt omdat het tot doel heeft de parallelhandel te beperken, moet worden aanvaard.

41 In de punten 114 tot en met 116 van het bestreden arrest, heeft het Gerecht vastgesteld dat de overeenkomst beoogde een stelsel van gedifferentieerde prijzen in te voeren teneinde de parallelhandel te beperken en in principe moet worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken.

42 Het Gerecht heeft zich in de punten 117 tot en met 119 van het bestreden arrest evenwel op het standpunt gesteld dat, gelet op de juridische en economische context, deze doelstelling van beperking van de parallelhandel op zich niet volstond om aan te nemen dat de overeenkomst tot doel had de mededinging te belemmeren. Het Gerecht heeft integendeel geoordeeld dat in het onderhavige geval de toepassing van artikel 81, lid 1, EG niet uitsluitend afhankelijk kan zijn van het feit dat de overeenkomst tot doel heeft de parallelhandel in geneesmiddelen te beperken of de gemeenschappelijke markt op te splitsen — op grond van welke factoren zou kunnen worden geconcludeerd dat zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt — maar dat daarvoor bovendien moet 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.

43 In punt 121 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat, ook al staat vast dat de parallelhandel een zekere bescherming geniet, de parallelhandel niet als zodanig voor die bescherming in aanmerking komt, maar voor zover hij de ontwikkeling van het handelsverkeer en de versterking van de mededinging bevordert, 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. Volgens het Gerecht staat dus vast dat een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken in beginsel moet worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken, met name voor zover kan worden aangenomen dat daarmee de eindgebruikers deze voordelen worden ontnomen.

44 Het Gerecht heeft in punt 122 van het bestreden arrest evenwel overwogen dat, gelet op de juridische en economische context waarin de overeenkomst van GSK wordt toegepast, er niet van kon worden uitgegaan dat deze overeenkomst de eindgebruikers van geneesmiddelen dergelijke voordelen ontzegde. Naar zijn oordeel konden de Spaanse tussenpersonen immers het prijsvoordeel dat de parallelhandel kon meebrengen voor zichzelf houden, in welk geval dit voordeel niet aan de eindgebruikers werd doorgegeven.

45 In punt 133 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de Commissie verweten dat zij op geen enkel moment een onderzoek heeft gedaan naar 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 Europese Gemeenschap en anders dan de prijzen van andere verbruiksgoederen in ieder geval in belangrijke mate onttrokken zijn aan het vrije spel van vraag en aanbod. Het Gerecht heeft in punt 134 van het bestreden arrest geoordeeld dat vanwege deze omstandigheid er niet van kon worden uitgegaan dat de parallelhandel invloed had op de prijzen die werden gehanteerd voor eindgebruikers van geneesmiddelen die ten laste kwamen van de nationale ziekteverzekeringsstelsels, en hun uit dien hoofde een merkbaar voordeel verschafte dat overeenkwam met het voordeel dat zij zouden hebben genoten indien deze prijzen door het spel van vraag en aanbod waren bepaald.

46 Op grond van deze analyse heeft het Gerecht in punt 147 van het bestreden arrest uiteindelijk geoordeeld dat de primaire conclusie van de Commissie, dat artikel 4 van de overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt omdat het tot doel heeft de parallelhandel te beperken, niet kan worden aanvaard. Aangezien de prijzen van de betrokken geneesmiddelen door de toepasselijke regeling in belangrijke mate worden onttrokken aan het spel van vraag en aanbod en door de overheid worden vastgesteld of gecontroleerd, kan niet zonder meer worden aangenomen dat de parallelhandel een verlaging van die prijzen teweegbrengt en aldus het welzijn van de eindgebruikers bevordert. Uit een onderzoek van de tekst van artikel 4 van de overeenkomst 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 voorheen grotendeels ongekende situatie kan het mededingingsbeperkende karakter van deze overeenkomst derhalve niet reeds worden afgeleid uit de bewoordingen van genoemde overeenkomst, in haar context beschouwd, en moet noodzakelijkerwijs naar de gevolgen ervan worden gekeken, alleen al om de vermoedens die de toezichthoudende autoriteit op grond van deze lezing kon hebben, te verifiëren.

Argumenten van partijen

47 De hogere voorziening van GSK strekt tot nietigverklaring van punt 2 van het dictum van het bestreden arrest waarbij haar beroep tot nietigverklaring van artikel 1 van de litigieuze beschikking werd verworpen. GSK stelt dat het Gerecht artikel 81, lid 1, EG verkeerd heeft uitgelegd waar het oordeelde dat de overeenkomst de mededinging beperkte.

48 Daarentegen heeft het Gerecht haars inziens terecht geoordeeld dat het onderzoek door de Commissie naar het beperkende doel van de overeenkomst uit het oogpunt van artikel 81, lid 1, EG gebrekkig is doordat geen rekening is gehouden met de relevante juridische en economische context. Zij stelt echter dat het Gerecht op hetzelfde gebrek had moeten wijzen bij zijn toetsing van het onderzoek naar de gevolgen van deze overeenkomst.

49 Volgens GSK had het Gerecht moeten vaststellen dat de overeenkomst geen beperking van de mededinging tot gevolg kon hebben in de zin van een benadeling van het welzijn van de gebruikers.

50 In hun antwoorden op de hogere voorziening van GSK betwisten de Commissie, Aseprofar en EAEPC alle door GSK aangevoerde argumenten. Zij zijn van mening dat het Gerecht in het bestreden arrest terecht de schending van artikel 81, lid 1, EG heeft vastgesteld.

51 Zij concluderen dus tot verwerping van het door GSK aangevoerde middel inzake artikel 81, lid 1, EG. Zij stellen echter dat het Gerecht op verschillende punten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van het mededingingsverstorende doel van de overeenkomst. Volgens hen had een onderzoek naar de juridische en economische context, in overeenstemming met de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde beginselen, het Gerecht tot de slotsom moeten brengen dat de

overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking had. Aangezien punt 2 van het dictum van het bestreden arrest volgens hen evenwel gegrond is, verzoeken zij het Hof dit punt anders te motiveren.

52 In haar memorie van antwoord op de hogere voorziening van GSK betoogt de Commissie met name dat het Gerecht het begrip „ertoe strekken" in artikel 81, lid 1, EG verkeerd heeft uitgelegd en toegepast.

53 Volgens de Commissie hebben het Hof en het Gerecht steeds geoordeeld dat overeenkomsten die ertoe strekken de parallelhandel binnen de Gemeenschap te beperken, tot doel hebben de mededinging te beperken. Voorts heeft het Gerecht in het bestreden arrest niet alleen een beperkende rechtsnorm ter bescherming van de parallelhandel vastgesteld, maar heeft het deze rechtsnorm ook verkeerd en onvolledig toegepast zonder een afdoende motivering te geven. Zij voert aan dat het Gerecht in de punten 117 tot en met 122 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat de parallelhandel tussen de lidstaten enkel moet worden beschermd „voor zover [hij] de ontwikkeling van het handelsverkeer en de versterking van de mededinging bevordert". Zij verwijt het Gerecht echter verderop in zijn betoog de ontwikkeling van het handelsverkeer buiten beschouwing te laten, de versterking van de mededinging zo uit te leggen dat vereist is dat de parallelhandel aan de eindgebruikers de voordelen van een doeltreffende mededinging uit het oogpunt van bevoorrading of prijzen verschaft, en de voordelen van de parallelhandel uit het oogpunt van bevoorrading niet te hebben onderzocht.

Beoordeling door het Hof

54 Aangezien de Commissie, Aseprofar en EAEPC betogen dat het Gerecht bij zijn beoordeling van het mededingingsverstorende doel van de overeenkomst blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en het Hof verzoeken punt 2 van het dictum van het bestreden arrest te behouden maar anders te motiveren, moeten hun argumenten worden onderzocht vóór die van GSK tot staving van haar hogere voorziening.

55 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat de mededingingsbeperkende strekking en gevolgen van een overeenkomst geen cumulatieve, maar alternatieve voorwaarden zijn om te beoordelen of een dergelijke overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt. Volgens vaste rechtspraak sinds het arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, Jurispr. blz. 337), volgt uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden, hetgeen blijkt uit het voegwoord „of", dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking zelf van de overeenkomst, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. Wanneer echter uit de inhoud van de overeenkomst blijkt dat zij de mededinging niet in voldoende mate ongunstig beïnvloedt, moet worden gekeken naar de gevolgen ervan. Om de overeenkomst te verbieden moeten alle elementen waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk is verhinderd dan wel merkbaar beperkt of vervalst, aanwezig zijn. Uit de rechtspraak blijkt tevens dat de gevolgen van een overeenkomst niet moeten worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft (zie in die zin arrest van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, Jurispr. blz. I-4529, punten 28 en 30).

56 In de tweede plaats is het des te meer gerechtvaardigd eerst de argumenten met betrekking tot de mededingingsbeperkende strekking van de overeenkomst te onderzoeken, en pas dan die met betrekking tot haar mededingingsbeperkende gevolgen, omdat indien blijkt dat de Commissie, Aseprofar en EAEPC terecht een onjuiste rechtsopvatting aanvoeren, de hogere voorziening van GSK die is gericht tegen de motivering van het bestreden arrest met betrekking tot de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst moet worden afgewezen.

57 Onderzocht dient dus te worden of de beoordeling door het Gerecht, zoals uiteengezet in de punten 41 tot en met 46 van dit arrest, of de overeenkomst al dan niet een mededingingsbeperkende strekking heeft, in overeenstemming is met de in de desbetreffende rechtspraak ontwikkelde beginselen.

58 In dit verband moet worden beklemtoond dat volgens vaste rechtspraak bij de beoordeling van het mededingingsbeperkende karakter van een overeenkomst met name moet worden gelet op de bewoordingen en oogmerken ervan, alsmede op de economische en juridische context van de overeenkomst (zie in die zin arresten van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 25, en 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, Jurispr. blz. I-8637, punten 16 en 21). Bovendien staat, ook al vormt het voornemen van partijen geen

noodzakelijk element om uit te maken of een overeenkomst mededingingsbeperkend is, niets eraan in de weg dat de Commissie of de communautaire rechterlijke instanties met dit voornemen rekening houden (zie in die zin arrest IAZ International Belgium e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 23-25).

59 Op het gebied van de parallelhandel heeft het Hof reeds geoordeeld dat overeenkomsten die beogen deze parallelhandel te verbieden of te beperken, in principe tot doel hebben de mededinging te belemmeren (zie in die zin arresten van 1 februari 1978, Miller International Schallplatten/Commissie, 19/77, Jurispr. blz. 131, punten 7 en 18, en 12 juli 1979, BMW Belgium e.a./Commissie, 32/78, 36/78-82/78, Jurispr. blz. 2435, punten 20-28 en 31).

60 Zoals de advocaat-generaal in punt 155 van haar conclusie heeft opgemerkt, is dit beginsel dat een overeenkomst die beoogt de parallelhandel te beperken een „restrictie met mededingingsbeperkende strekking" vormt, van toepassing op de farmaceutische sector.

61 Het Hof heeft dienaangaande overigens in het kader van de toepassing van artikel 81 EG en in een zaak betreffende de farmaceutische sector geoordeeld dat een overeenkomst tussen een producent en een distributeur waarmee het herstel wordt beoogd van de tussen de lidstaten bestaande nationale barrières, in de weg zou kunnen staan aan de doelstelling van het Verdrag die ertoe strekt de nationale markten te integreren door de vestiging van een interne markt. Herhaaldelijk heeft het Hof zo overeenkomsten tot afscherming van de nationale markten volgens de nationale grenzen of overeenkomsten die de interpenetratie van de nationale markten moeilijker maken, met name die welke de parallelexport beogen te verbieden of te beperken, gekwalificeerd als overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te beperken in de zin van bedoeld artikel van het Verdrag (arrest van 16 september 2008, Sot. Lélos kai Sia e.a., C-468/06 tot en met C-478/06, Jurispr. blz. I-7139, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 Wat de vaststelling van het Gerecht betreft, dat een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, in beginsel moet worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken, voor zover kan worden aangenomen dat daarmee de eindgebruikers deze voordelen van een doeltreffende mededinging uit het oogpunt van bevoorrading en prijzen worden ontnomen, dient te worden opgemerkt dat deze vaststelling geen bevestiging vindt in de tekst van artikel 81, lid 1, EG en evenmin in de rechtspraak.

63 Uit die bepaling blijkt geenszins dat alleen de overeenkomsten die de gebruikers bepaalde voordelen ontnemen, een mededingingsbeperkende strekking kunnen hebben. Voorts zij gewezen op de rechtspraak van het Hof, dat artikel 81 EG, zoals ook de overige mededingingsregels van het Verdrag, niet uitsluitend is bedoeld om de belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen. Bijgevolg is er niet eerst sprake van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking wanneer de eindgebruikers de voordelen van een doeltreffende mededinging uit het oogpunt van bevoorrading en prijzen worden ontnomen (zie naar analogie arrest T-Mobile Netherlands e.a., reeds aangehaald, punten 38 en 39).

64 Door het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking afhankelijk te maken van het bewijs dat de overeenkomst nadelen met zich brengt voor de eindgebruikers en door niet het bestaan van een dergelijke strekking vast te stellen ten aanzien van deze overeenkomst, heeft het Gerecht dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

65 Er zij evenwel aan herinnerd dat wanneer blijkt dat door de motivering van een arrest van het Gerecht het gemeenschapsrecht is geschonden, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, dit niet betekent dat het arrest moet worden vernietigd (zie in die zin arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie, C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punt 28, en 12 november 1996, Ojha/Commissie, C-294/95 P, Jurispr. blz. I-5863, punt 52).

66 Dit is in casu het geval. Het volstaat immers erop te wijzen dat het Gerecht met punt 2 van het dictum van het bestreden arrest artikel 1 van de litigieuze beschikking waarbij de Commissie tot de slotsom kwam dat de overeenkomst in strijd was met artikel 81, lid 1, EG, heeft bevestigd. Punt 2 van het dictum van het bestreden arrest dient dus niet te worden vernietigd.

67 Gelet op een en ander, moet de hogere voorziening van GSK ongegrond worden verklaard voor zover zij ertoe strekt aan te tonen dat de overeenkomst verenigbaar was met artikel 81, lid 1, EG.

Door de Commissie, EAEPC, Aseprofar en de Republiek Polen ingeroepen middelen inzake artikel 81, lid 3, EG

68 Zowel in haar hogere voorziening als in haar memorie van antwoord voert de Commissie verschillende middelen met betrekking tot artikel 81, lid 3, EG aan. Bepaalde middelen en bepaalde onderdelen ervan zijn vergelijkbaar met de middelen aangevoerd door EAEPC en/of Aseprofar in hun respectieve hogere voorzieningen en door de Republiek Polen in haar memorie in interventie. De Commissie en EAEPC voeren overigens eigen middelen aan inzake artikel 81, lid 3, EG.

Middel van de Commissie ontleend aan een onjuiste opvatting van de juridische en economische context van de overeenkomst

69 De Commissie verwijst naar haar argumenten inzake artikel 81, lid 1, EG waarmee zij is opgekomen tegen de punten van het bestreden arrest die betrekking hebben op de door het Gerecht in aanmerking genomen juridische en economische context, met name de punten 122 en 124 tot en met 137 van het bestreden arrest. Zij stelt dat lid 3 van dit artikel verkeerd werd toegepast, op basis van onjuiste kenmerken van de farmaceutische sector.

70 Zij voegt hieraan toe dat het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat het naast elkaar bestaan van de verschillende nationale regelingen in de geneesmiddelensector een vervalsing van de mededinging kan opleveren. Wat volgens dit punt slechts een mogelijkheid is, wordt echter werkelijkheid in punt 276 van het arrest, waarin het Gerecht zich op het standpunt heeft gesteld dat de mededinging wordt vervalst door het bestaan van nationale regelingen.

71 GSK stelt dat zij op deze vraag heeft geantwoord in het kader van haar onderzoek van het middel inzake artikel 81, lid 1, EG.

72 Allereerst moet worden vastgesteld dat het Gerecht, waar het in punt 122 van het bestreden arrest spreekt van de situatie waarin het prijsvoordeel dat de parallelhandel meebrengt niet aan de eindgebruikers wordt doorgegeven, een hypothese schetst en niet een werkelijkheid, wat geen onjuiste opvatting van de in de onderhavige zaken in aanmerking genomen juridische en economische context kan opleveren.

73 Voorts blijkt uit de lezing van de punten 124 tot en met 137 van het bestreden arrest betreffende een dergelijke context niet dat het Gerecht dienaangaande blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting. In deze punten beschrijft het Gerecht de belangrijkste kenmerken van deze context, die overigens in de litigieuze beschikking zijn opgenomen.

74 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest geoordeeld dat het naast elkaar bestaan van de verschillende nationale regelingen een vervalsing van de mededinging kon opleveren wanneer werd onderzocht of door dit naast elkaar bestaan artikel 81, lid 1, EG niet kon worden toegepast. In punt 105 van ditzelfde arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat deze bepaling alleen dan niet gold wanneer de sector waarin de onderzochte overeenkomst is gesloten, was onderworpen aan een regeling die de mogelijkheid uitsluit van een mededinging die door deze overeenkomst zou kunnen worden verhinderd, vervalst of beperkt.

75 In dit stadium van de motivering hoefde het Gerecht niet vast te stellen of de desbetreffende regelingen de mededinging al dan niet daadwerkelijk vervalsten, anders dan het vervolgens in punt 276 van het bestreden arrest heeft vastgesteld. Er is dus geen tegenstrijdige motivering in dit opzicht.

76 Het middel van de Commissie moet dus ongegrond worden verklaard.

Middelen van de Commissie, EAEPC, Aseprofar en de Republiek Polen, ontleend aan een verkeerde toepassing van de toewijzing van de bewijslast, van de omvang van de vereiste bewijzen en van het begrip „bevordering van de technische vooruitgang"

77 Het middel van de Commissie, ontleend aan een verkeerde toepassing van de toewijzing van de bewijslast, van de omvang van de vereiste bewijzen en van het begrip „bevordering van de technische vooruitgang", omvat vijf onderdelen, waarvan sommige een vergelijkbare inhoud hebben als de middelen van EAEPC, Aseprofar en de Republiek Polen.

— Eerste onderdeel van het middel van de Commissie

78 De Commissie betoogt dat het Gerecht de rechtspraak inzake de toewijzing van de bewijslast en inzake de omvang van de vereiste bewijzen in het kader van artikel 81, lid 3, EG verkeerd heeft toegepast. Zij heeft bezwaren tegen punt 242 van het bestreden arrest en tegen de punten 269 en 303 van ditzelfde arrest die verwijzen naar de voor de concentratiecontrole geldende rechtspraak, criteria en beginselen. Het onderzoek naar de mededingingverstorende gevolgen van een concentratie is echter helemaal niet vergelijkbaar met het onderzoek naar de toepassing van artikel 81, lid 3, EG.

79 Anders dan in de concentratiezaken waarin volgens haar op de aanmeldende partijen geen enkele bijzondere bewijslast rust, is het vaste rechtspraak dat, in de context van deze bepaling, de betrokken ondernemingen de Commissie het bewijs dienen over te leggen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan. De Commissie verwijst ter zake naar de arresten van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429), en 17 september 1985, Ford-Werke en Ford of Europe/Commissie (25/84 en 26/84, Jurispr. blz. 2725) aan.

80 In antwoord hierop verwijst GSK naar het arrest 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 en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 79), en naar de beschikking van 28 september 2006, Unilever Bestfoods/Commissie (C-552/03 P, Jurispr. blz. I-9091, punt 102), ten betoge dat het Gerecht de relevante regels op het gebied van de bewijslast niet heeft geschonden. Volgens haar heeft het Gerecht slechts twee keer naar de concentratieregeling verwezen, primair om de toetsing door het Gerecht van het onderzoek van de Commissie krachtens artikel 81, lid 3, EG te beschrijven, en subsidiair om aan te geven dat wanneer de onderneming bewijsmateriaal heeft geleverd, het aan de Commissie staat om een prospectief onderzoek uit te voeren.

81 Het Gerecht heeft alleen vastgesteld dat de Commissie, anders dan zij had moeten doen, de argumenten van GSK niet ernstig had genomen. GSK benadrukt dat het Gerecht ook heeft verwezen naar zijn arresten van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie (T-86/95, Jurispr. blz. II-1011), en van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie (T-65/98, Jurispr. blz. II-4653), die betrekking hebben op artikel 81, lid 3, EG. Wanneer de onderneming met relevante, betrouwbare en plausibele argumenten heeft aangetoond dat de voorwaarden van deze bepaling redelijkerwijze toepassing kunnen vinden, moet de Commissie deze argumenten weerleggen.

82 Opgemerkt zij dat het Gerecht in de punten 233 tot en met 236 van het bestreden arrest heeft herinnerd aan de rechtspraak, de beginselen en de criteria die gelden voor de bewijslast en de omvang van de vereiste bewijzen inzake een verzoek om ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG. Het heeft terecht benadrukt dat wie zich op deze bepaling beroept, met overtuigende argumenten en bewijsmateriaal moet aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden om voor een ontheffing in aanmerking te komen (zie in die zin arrest van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 45).

83 De bewijslast rust dus op de onderneming die een ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG vraagt. De door die onderneming aangevoerde feiten kunnen echter van dien aard zijn dat de andere partij verplicht wordt een verklaring of rechtvaardiging te geven, bij

ontbreken waarvan mag worden geconcludeerd dat aan de bewijsplicht is voldaan (zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 279).

84 Voorts heeft het Gerecht in de punten 240, 241, 243 en 244 van het bestreden arrest herinnerd aan de beginselen en de criteria die van toepassing zijn op zijn toetsing van de beschikking van de Commissie in antwoord op een verzoek om ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG. Het Gerecht heeft terecht opgemerkt dat het in geval van een verzoek om nietigverklaring van een dergelijke beschikking, overgaat tot een toetsing die, wat de grond van de zaak betreft, beperkt is.

85 Deze opmerking is volledig in overeenstemming met het beginsel dat de toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische analyse door de Commissie zich noodzakelijkerwijs moet beperken tot de vraag 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 de feiten dan wel van misbruik van bevoegdheid (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 279).

86 Het Gerecht heeft hier ook aan toegevoegd dat het niet bevoegd is om zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de auteur van de beschikking waarvan hem wordt gevraagd de rechtmatigheid te toetsen.

87 Door aan deze elementen te herinneren heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, en deze omstandigheid levert geen grond op voor de gevolgtrekking dat de verwijzingen naar rechtspraak inzake concentratiezaken in punt 242 van het bestreden arrest, en de tekst van de punten 269 en 303 van ditzelfde arrest kunnen leiden tot een wijziging van de toewijzing van de bewijslast en van de omvang van de vereiste bewijzen in het kader van artikel 81, lid 3, EG.

88 Het eerste onderdeel van het desbetreffende middel van de Commissie moet dus worden verworpen.

— Tweede onderdeel van het middel van de Commissie

89 De Commissie heeft bezwaren tegen de punten 249 en 252 van het bestreden arrest en betoogt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het volstaat dat de onderneming die een ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG wil verkrijgen, het bewijs levert van de waarschijnlijkheid van efficiencywinst.

90 Uit het oogpunt van de rechtspraak van het Hof zou dit een onjuist criterium zijn. De Commissie verwijst met name naar de reeds aangehaalde arresten van het Hof, Consten en Grundig/Commissie, en van het Gerecht, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, en Van den Bergh Foods/Commissie, ten betoge dat de aanmeldende partij moet aantonen dat uit de beperking van de mededinging merkbare objectieve voordelen voortvloeien.

91 In antwoord hierop voert GSK aan dat de door de Commissie aangehaalde zaken betrekking hebben op kartelzaken en zaken van parallelhandel in andere sectoren dan de farmaceutische sector, waar de betrokken maatregelen geen intrinsieke efficiencywinst hebben doen ontstaan en waar de ondernemingen geen geloofwaardige argumenten betreffende het bestaan van dergelijke voordelen naar voren hebben gebracht. De aanpak van het Gerecht weerspiegelt ook de beschikkingspraktijk van de Commissie in vroegere zaken waarin zij heeft erkend dat een overeenkomst voordelen kan opleveren [beschikking 2004/841/EG van de Commissie van 7 april 2004 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag betreffende zaak COMP/A.38284/D2 - Société Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane SpA (PB L 362, blz. 17)], efficiencywinst zou kunnen hebben [beschikking 2004/207/EG van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag, PB 2004, L 75, blz. 32)], of dat haar voordelen duidelijk blijken [beschikking 2003/778/EG van de Commissie van 23 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (COMP/C.2-37.398 — Gemeenschappelijke verkoop van de commerciële rechten voor de UEFA Champions League, PB L 291, blz. 25)].

92 Opgemerkt zij dat het Gerecht in punt 247 van het bestreden arrest er terecht aan heeft herinnerd dat om in aanmerking te komen voor een ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG, een overeenkomst moet 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 opwegen tegen de nadelen voor de mededinging die daaruit voortvloeien (zie in die zin arrest Consten en Grundig/Commissie, reeds aangehaald, blz. 502 en 503).

93 Zoals de advocaat-generaal in punt 193 van haar conclusie beklemtoont, kan een voor een bepaalde periode verleende ontheffing een prospectief onderzoek van de daadwerkelijke realisering van de voordelen van de overeenkomst vereisen, en volstaat het dat de Commissie op basis van de te harer beschikking staande gegevens tot de overtuiging komt dat de waarschijnlijkheid dat het merkbaar objectief voordeel een concrete vorm aanneemt, volstaat om aan te nemen dat de overeenkomst een dergelijk voordeel omvat.

94 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in punt 249 van het bestreden arrest oordeelde dat de aanpak van de Commissie kan meebrengen dat moet worden onderzocht of, gezien de verstrekte feitelijke argumenten en bewijsstukken, het al dan niet waarschijnlijker lijkt dat met de betrokken overeenkomst merkbare objectieve voordelen kunnen worden gerealiseerd.

95 Het Gerecht heeft evenmin blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in punt 252 van het bestreden arrest heeft opgemerkt dat moest worden vastgesteld of de Commissie tot de conclusie is kunnen komen dat de argumenten en de bewijsstukken van GSK, die een prospectief onderzoek impliceren, niet met een voldoende mate van waarschijnlijkheid aantonen dat artikel 4 van de overeenkomst het mogelijk maakt een merkbaar objectief voordeel te realiseren dat tegen de nadelen die het meebrengt voor de mededinging opweegt door de innovatie te bevorderen.

96 Het tweede onderdeel van het middel van de Commissie moet dus ongegrond worden verklaard.

— Derde onderdeel van het middel van de Commissie en tweede middel van EAEPC

97 De Commissie heeft bezwaren tegen de punten 276 en 301, 162 tot en met 169, en 281 tot en 293 van het bestreden arrest. Zij betoogt dat het Gerecht artikel 81, lid 3, EG verkeerd heeft toegepast door te oordelen dat de structurele aard van de prijsverschillen leidt tot de verzwaring van de bewijslast en het onderzoek van de omvang van de eventuele efficiencywinst overbodig maakt. Volgens de Commissie was het Gerecht voor haar veeleisend wat het onderzoek van de argumenten van GSK betreft, op grond dat de situatie waarin die vennootschap zich bevond structureel was.

98 De Commissie benadrukt met name dat indien, zoals het Gerecht in punt 284 van het bestreden arrest stelt, het fenomeen slechts structureel is door het bestaan van verschillende prijzen voor hetzelfde geneesmiddel in de verschillende lidstaten, elk fenomeen dan structureel zou zijn, aangezien zelden een consumptiegoed zal worden gevonden met dezelfde prijs in heel de Gemeenschap. Volgens haar zijn de problemen van de farmaceutische sector niet meer structureel dan die van de andere sectoren, en zij heeft de valutaschommelingen nooit enkel gezien als een belangrijke factor die een ander structureel probleem verergert. Ten slotte mag, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, de omvang van de verplichtingen van de Commissie aangaande de beoordeling van de bewijselementen niet afhangen van de regelgevende context. Dienaangaande is sprake van een tegenstrijdige motivering in het bestreden arrest, aangezien in punt 192 daarvan het Gerecht bovendien heeft geoordeeld dat „het feit dat de juridische en economische context waarin de ondernemingen actief zijn, bijdraagt aan een beperking van de mededinging, voor deze ondernemingen geen vrijbrief oplevert om op hun beurt de mededingingsregels te schenden door de mededinging die deze context laat voortbestaan of voortbrengt, te verhinderen of te beperken”.

99 GSK herinnert aan de rapporten waaruit volgens haar blijkt waarom onderzoek en ontwikkeling op farmaceutisch gebied slechts kan worden gefinancierd met de lopende inkomsten. Zij wijst op de punten van het bestreden arrest waarin het Gerecht de conclusies van de Commissie heeft overgenomen die als onbeargumenteerd, onsamenhangend en lapidair worden beschouwd.

100 Van haar kant formuleert EAEPC bezwaren tegen het bestreden arrest met het argument dat het aan GSK was om aan te tonen dat aan alle in artikel 81, lid 3, EG gestelde toepassingsvoorwaarden was voldaan en dat de algemene opmerkingen van deze onderneming ontoereikend waren. Het kwam de Commissie niet toe om het bevorderen van innovatie als merkbaar objectief voordeel in aanmerking te nemen enkel op basis van deze algemene opmerkingen. EAEPC kant zich met name tegen punt 236 van het bestreden arrest met het argument dat het reeds aangehaalde en door het Gerecht aangevoerde arrest Aalborg Portland e.a./Commissie geen toepassing van de regel inzake vrijstelling van de bewijslast inhoudt. De bewijslast in artikel 81, lid 3, EG gaat slechts over op de Commissie indien bepaald bewijsmateriaal in de vorm van vermoedens wordt verschaft. Algemene argumenten, zelfs wanneer zij betrekking hebben op de juridische en economische context van de farmaceutische sector, kunnen niet als dergelijke vermoedens worden beschouwd.

101 In antwoord hierop betoogt GSK dat het Gerecht terecht van de Commissie een onderzoek heeft verlangd van de juridische en economische context die als basis dient voor de argumentatie en de bewijsstukken van GSK. De door haar overgelegde bewijzen zijn niet algemeen en onnauwkeurig, maar onderstrepen integendeel de juridische en economische basiscontext waarvan is uit te gaan voor een zinvol onderzoek. Ten slotte heeft het Gerecht de regels inzake bewijslast toegepast door de Commissie om een voldoende diepgaand onderzoek te verzoeken van de feitelijke argumenten en bewijsstukken die GSK haar heeft voorgelegd. De bewijzen van GSK volstonden om vast te stellen dat de overeenkomst in aanmerking kwam voor een ontheffing.

102 Er zij aan herinnerd dat het onderzoek van een overeenkomst met het oog op de vaststelling of deze overeenkomst bijdraagt tot verbetering van de productie of van de distributie der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, en of zij merkbare objectieve voordelen oplevert, moet gebeuren in het licht van de feitelijke argumenten en bewijsstukken die zijn overgelegd in het kader van het verzoek om ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG.

103 Voor een dergelijk onderzoek kan het nodig zijn de kenmerken en de specificiteit van de sector die onder de overeenkomst valt in aanmerking te nemen indien deze kenmerken en specificiteit beslissend zijn voor de uitkomst van het onderzoek. Daarbij komt dat een dergelijke inaanmerkingneming niet betekent dat de bewijslast wordt omgekeerd,

maar enkel waarborgt dat het onderzoek van het verzoek om ontheffing gebeurt in het licht van de feitelijke argumenten en passende bewijsstukken die de verzoeker heeft overgelegd.

104 Waar het Gerecht in de punten 276 en 303 van het bestreden arrest in wezen heeft geoordeeld dat de Commissie ten onrechte geen rekening heeft gehouden met bepaalde elementen waarop GSK heeft gewezen in haar verzoek, waaronder met name de structurele kenmerken van de betrokken farmaceutische sector, en dat een dergelijke omissie het door GSK ingestelde verzoek om ontheffing aantastte door een gebrek aan onderzoek, heeft het dienaangaande echter geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

105 Wat verder de ontoereikende motivering betreft die de Commissie aanvoert met betrekking tot punt 292 van het bestreden arrest, dat betrekking heeft op de prijsverschillen en de wisselkoersschommelingen, is deze instelling van mening dat het onmogelijk is in dit punt vast te stellen naar welk gedeelte van haar mededeling COM (1998) 588 def. van 25 november 1999 betreffende de interne markt voor geneesmiddelen, wordt verwezen. Volstaan kan echter worden met te verwijzen naar de inhoud van deze mededeling, zoals door het Gerecht samengevat in punt 264 van het bestreden arrest, en die de Commissie niet betwist, om de twee punten van deze mededeling die betrekking hebben op de prijsverschillen en de wisselkoersschommelingen waarnaar het Gerecht verwijst, te identificeren.

106 Het derde onderdeel van het middel van de Commissie en het tweede middel van EAEPC moeten dus ongegrond worden verklaard.

— Vierde onderdeel van het middel van de Commissie

107 De Commissie heeft bezwaren tegen de punten 292 en 293 van het bestreden arrest. Het Gerecht heeft hierin geoordeeld dat de valutaschommelingen een beperking van de mededinging kunnen rechtvaardigen, wat een verkeerde toepassing van artikel 81, lid 3, EG vormt.

108 De communautaire wettelijke regeling laat ondernemingen niet toe zich op het gevolg van de valutaschommelingen te beroepen ter rechtvaardiging van de belemmering van de parallelhandel.

109 Opgemerkt zij dat het Gerecht in voormelde punten van het bestreden arrest niet van oordeel was dat een concurrentiebeperkende overeenkomst om valutaschommelingen te compenseren, op grond van artikel 81, lid 3, EG kon worden vrijgesteld.

110 Het Gerecht heeft in die punten enkel vastgesteld:

„292 […] de parallelhandel [is] 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. […]. In haar verweerschrift erkent zij eveneens dat valutaschommelingen een realiteit blijven voor de lidstaten die niet zijn doorgegaan naar de derde fase van de [Economische Monetaire Unie] in 1999, 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 [litigieuze] 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 [litigieuze] 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 was en werd verklaard door het feit dat de [overeenkomst] tussen de lente en de herfst van 1998 [was] toegepast, zoals blijkt uit de punten 19, 23, 26, 64, 67 en 168 van de [litigieuze] beschikking, voldoende geloofwaardig om een serieus onderzoek waard te zijn."

111 Het vierde onderdeel van het middel van de Commissie moet dus ongegrond worden verklaard.

— Vijfde onderdeel van het middel van de Commissie, ondersteund door de Republiek Polen, en eerste onderdeel van het tweede middel van Aseprofar

112 De Commissie heeft bezwaren tegen de punten 255, 269, 274, 281, 297 en 300 van het bestreden arrest. Zij is van mening dat genoemd arrest het oorzakelijke verband dat nodig is voor de toepassing van artikel 81, lid 3, EG verkeerd toepast door te oordelen dat de beperking van de mededinging bijdraagt tot de bevordering van de technische vooruitgang, aangezien de inkomensstijging ten goede komt aan de producent en niet aan de groothandelaar. Zij benadrukt dienaangaande dat moet worden nagegaan of de beperking werkelijk bijdraagt tot de technische vooruitgang en niet of hieruit een inkomensstijging volgt die, indien de ondernemingen dat wensen, kan worden geïnvesteerd in onderzoek en ontwikkeling. Het volstaat niet dat een deel van de inkomensstijging naar de uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling gaat en dat zij ten goede komt aan de producenten en niet aan de tussenpersonen. De Commissie voegt hieraan toe dat, anders dan is gesteld in het arrest van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie (45/85, Jurispr. blz. 405), het Gerecht in het bestreden arrest heeft geoordeeld dat volstaat dat een deel van de inkomensstijging naar de uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling gaat om aan dit vereiste te voldoen. Zij meent dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door toe te geven dat de voorwaarde inzake de verbetering van de distributie van producten of inzake de bevordering van de technische vooruitgang kan worden vervuld ook wanneer iedere specifieke samenhang tussen de beperking van de mededinging en het gestelde voordeel ontbreekt.

113 In haar antwoord beschrijft GSK het verband tussen de winst en de investering op het gebied van onderzoek en ontwikkeling. Dit verband moet worden onderzocht in het licht van een alomvattend kwantitatief onderzoek over een lange periode, eerder dan over enkele maanden.

114 Aseprofar voert dienaangaande ook een onjuiste opvatting van het Gerecht aan. De redenering van GSK dat de parallelhandel haar winst vermindert, en dus haar uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling en bijgevolg haar innovatie, is dusdanig hypothetisch en algemeen dat zij van toepassing kan zijn op elke beperking van de mededinging, in

eender welke sector die grote inspanningen doet voor onderzoek en ontwikkeling. De redenering die gebaseerd is op het vermeende oorzakelijke verband tussen parallelhandel en innovatie, is onjuist.

115 Tot staving van haar antwoord zet GSK de financieringswijze van het onderzoek door de farmaceutische ondernemingen uiteen. Zij legt bovendien uit dat de patiënten die in het Verenigd Koninkrijk wonen niet profiteren van de parallelhandel in geneesmiddelen. Aseprofar geeft een vereenvoudigende en vervormde versie van haar standpunt. Het probleem is dat de Commissie niet de moeite heeft genomen om te onderzoeken of de overeenkomst „merkbare objectieve voordelen" bevatte. Zij is van mening dat de feitelijke beweringen van Aseprofar niet-ontvankelijk zijn en hoe dan ook ongegrond. Het Gerecht heeft zich bepaald tot de vaststelling dat de argumenten van GSK verdere overweging verdienden.

116 Er zij op gewezen dat het Gerecht in de punten 255 en 270 tot en met 274 van het bestreden arrest slechts heeft uiteengezet respectievelijk hoe de argumenten van GSK naar voren waren gebracht en waarin de argumenten inzake het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies bestonden.

117 In punt 269 van het arrest heeft het Gerecht voorts onder verwijzing naar punt 242 ervan herinnerd aan de omvang van zijn toetsing van de door de Commissie gegeven beoordeling.

118 In de punten 281, 297 en 303 van het bestreden arrest heeft het Gerecht achtereenvolgens geoordeeld dat de Commissie niet met alle door GSK ingediende relevante gegevens betreffende het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies en de door artikel 4 van de overeenkomst teweeggebrachte efficiencywinst rekening heeft gehouden, en vervolgens daaraan de conclusie verbonden dat de litigieuze beschikking was aangetast door een gebrek aan onderzoek.

119 Daaruit volgt echter niet dat dienaangaande sprake is van een onjuiste rechtsopvatting. Geen enkele onjuiste opvatting van de argumenten van GSK, en geen enkele onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de omvang van de toetsing door het Gerecht van de beoordeling door de Commissie kan naar behoren worden aangetoond.

120 Opgemerkt zij dat, anders dan de Commissie stelt, uit het reeds aangehaalde arrest Verband der Sachversicherer/Commissie niet volgt dat het bestaan van een merkbaar objectief voordeel noodzakelijkerwijze veronderstelt dat alle extra financiële middelen worden geïnvesteerd in onderzoek en ontwikkeling.

121 Het vijfde onderdeel van het middel van de Commissie en het eerste onderdeel van het tweede middel van Aseprofar moeten dus ongegrond worden verklaard.

Middelen van de Commissie en EAEPC betreffende een onjuiste opvatting van de inhoud van de litigieuze beschikking en middel van de Commissie betreffende de mogelijkheid zich te beroepen op gebeurtenissen uit het verleden

122 De Commissie betoogt dat het Gerecht de inhoud van de beschikking onjuist heeft opgevat waar het heeft geoordeeld dat zij de efficiencywinst slechts in één punt van de litigieuze beschikking heeft onderzocht. Voorts is de Commissie van mening dat het Gerecht artikel 81, lid 3, EG verkeerd heeft toegepast waar het heeft geoordeeld dat zij zich niet op gebeurtenissen uit het verleden mocht beroepen om een prospectief onderzoek te doen.

123 De Commissie heeft bezwaren tegen punt 261 van het bestreden arrest waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat zij het niet nodig had geacht om in bijzonderheden te onderzoeken of was aangetoond dat artikel 4 van de overeenkomst een efficiencywinst zou opleveren; deze vraag was slechts terloops ter sprake gekomen in punt 156 van de litigieuze beschikking. Zij betwist ook de punten 299 en volgende van het arrest waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat zij zich niet met stelligheid en zonder argumenten op

het standpunt mocht stellen dat de door GSK voorgelegde feitelijke argumenten en bewijsstukken van hypothetische aard moesten worden geacht.

124 Zij benadrukt dat zij in de litigieuze beschikking de efficiencywinst heeft behandeld en dat zij een beschrijving heeft gegeven van gebeurtenissen uit het verleden waaruit blijkt dat de parallelhandel geen duidelijk verband vertoont met de onderzoeks- en ontwikkelingsbudgetten. De Commissie heeft zich terecht gebaseerd op elementen uit het verleden, en op gegevens betreffende de jaren na de litigieuze beschikking, anders dan het Gerecht op dit punt stelt.

125 GSK is van mening dat het zeker niet ongepast was en het zeker geen gerechtelijke dwaling vormde dat het Gerecht, toen het zich moest uitspreken over een beschikking waarin de Commissie weigerde een billijk en gemotiveerd antwoord te geven op haar serieuze en geloofwaardige argumenten, de litigieuze beschikking op deze gronden vernietigde.

126 Volgens EAEPC heeft het Gerecht de argumentatie van GSK kunstmatig in twee opgesplitst. In tegenstelling tot wat het Gerecht in punt 255 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, is er geen reden om het argument van GSK dat de parallelhandel efficiencyverlies veroorzaakt en dat artikel 4 van de overeenkomst efficiencywinst oplevert, in twee delen op te splitsen. De zienswijze van het Gerecht in punt 261 van het arrest dat de Commissie het tweede deel van het argument van GSK inzake genoemd artikel 4 niet in bijzonderheden heeft onderzocht, is ongegrond.

127 GSK voert aan dat dit argument van EAEPC noch gepast noch relevant is. Dit argument is formalistisch, aangezien het Gerecht in punt 262 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat „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 [overeenkomst] verbonden efficiencywinst, geen voldoende onderbouwing [kan] worden geacht van de conclusies waartoe de Commissie op deze punten is gekomen". In ieder geval werd de litigieuze beschikking niet vernietigd wegens de opbouw van de argumentatie, maar wegens de ontoereikendheid van het onderzoek door de Commissie. GSK voegt hieraan toe dat haar betoog steeds bestond uit twee hoofdlijnen, namelijk dat de parallelhandel leidt tot een efficiencyverlies en dat

artikel 4 van de overeenkomst een efficiencywinst ten gevolge heeft, en het Gerecht heeft terecht een onderscheid gemaakt tussen deze twee aspecten van haar betoog.

128 Vastgesteld dient te worden dat het Gerecht in het kader van zijn toetsing van de wijze waarop de Commissie de feitelijke argumenten en bewijsstukken heeft onderzocht die GSK heeft aangevoerd om het bestaan van een merkbaar objectief voordeel aan te tonen, in de punten 263 tot en met 268 van het bestreden arrest in de eerste plaats de relevantie van die argumenten en elementen heeft onderzocht. In de tweede plaats heeft het in de punten 269 tot en met 280 van dat arrest het bestaan van een aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies besproken, alvorens in de derde plaats in de punten 281 tot en met 293 van dat arrest de omvang van dit efficiencyverlies te behandelen. In de vierde en laatste plaats ten slotte werd de aan artikel 4 van de overeenkomst verbonden efficiencywinst in de punten 294 tot en met 303 van ditzelfde arrest onderzocht.

129 Dit onderzoek in vier fasen, voorafgaand aan de afweging, in de punten 304 tot en met 307 van het bestreden arrest, van het in de beperking van de mededinging geïdentificeerde merkbaar objectief voordeel en de nadelen die deze beperking voor de mededinging veroorzaakt, heeft duidelijk ten doel voor de onderhavige zaken vast te stellen of de Commissie terecht de afwezigheid van een merkbaar objectief voordeel heeft vastgesteld als grond voor de afwijzing van de ontheffing krachtens artikel 81, lid 3, EG.

130 Op deze wijze heeft het Gerecht zijn toezicht uitgeoefend om uit te maken of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt, en is niet gebleken van een onjuiste rechtsopvatting in het kader van dit toezicht.

131 Zo kon het Gerecht in punt 261 van het bestreden arrest tot de vaststelling komen dat de Commissie in wezen had onderzocht of de parallelhandel een efficiencyverlies voor de mededinging veroorzaakte en dat zij het niet nodig had geacht om in bijzonderheden te onderzoeken of artikel 4 van de overeenkomst voor de mededinging een efficiencywinst opleverde. Het heeft dus in punt 262 van het arrest geconcludeerd dat het onderzoek door de Commissie ontoereikend was geweest.

132 Voorts volstaat het met betrekking tot de inaanmerkingneming van gebeurtenissen uit het verleden vast te stellen, zoals de advocaat-generaal in punt 247 van haar conclusie heeft opgemerkt, dat het Gerecht niet heeft uitgesloten dat de Commissie, al stelt zij zelf het tegenovergestelde, zich op dergelijke gebeurtenissen kan baseren.

133 De desbetreffende middelen van de Commissie en EAEPC moeten dus ongegrond worden verklaard.

Middelen van EAEPC ontleend aan uitleggingsfouten

134 EAEPC betoogt dat het Gerecht de feiten verkeerd of niet heeft uitgelegd. Zij heeft in dit verband met name bezwaren tegen de punten 275 en 277 van het bestreden arrest. Zij merkt op dat de Commissie de specifieke argumenten van GSK had onderzocht en terecht heeft gemeend dat laatstgenoemde het oorzakelijke verband tussen de beperking van de parallelhandel die voortvloeit uit de invoeging van artikel 4 van de overeenkomst en de toename van innovatie die voortvloeit uit een verhoging van de uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling, niet voldoende had aangetoond. Uit het door GSK overgelegde rapport II van Frontier Economics volgt dat „nooit is aangevoerd dat de parallelhandel de belangrijkste factor is inzake onderzoek en ontwikkeling". Het Gerecht heeft zijn beoordeling op onjuiste feiten gebaseerd, met name dat de eindgebruiker in de medische sector enkel de patiënt zou zijn, zonder er rekening mee te houden dat het nationale gezondheidsstelsel ook als zodanig moet worden beschouwd.

135 GSK antwoordt in wezen dat het voornaamste element van de redenering van het Gerecht is gebaseerd op de omstandigheid dat de beperkende gevolgen, hoewel die waarneembaar waren, niet onmiddellijk verschenen en zeker niet konden worden vermoed gelet op het regelgevingskader voor de farmaceutische sector.

136 Zoals de advocaat-generaal in punt 280 van haar conclusie heeft opgemerkt, moet worden vastgesteld dat uit het bestreden arrest, en met name uit punt 277 hiervan, niet blijkt dat het Gerecht uit rapport II van Frontier Economics heeft afgeleid dat er een rechtstreeks verband tussen de parallelhandel en de uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling bestond.

137 Evenmin blijkt, met name niet uit punt 275 van het bestreden arrest, dat het Gerecht de litigieuze beschikking onjuist heeft voorgesteld door te oordelen dat de Commissie een grondig onderzoek van de door GSK verstrekte feitelijke argumenten en bewijsstukken achterwege had gelaten.

138 Zoals reeds is vastgesteld in punt 130 van het onderhavige arrest, heeft het Gerecht zijn toezicht uitgeoefend om uit te maken of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt en is niet gebleken van een onjuiste rechtsopvatting in het kader van dit toezicht.

139 De middelen van EAEPC ontleend aan uitleggingsfouten moeten dus ongegrond worden verklaard.

Middelen van de Commissie en Aseprofar ontleend aan een verkeerd begrip van het toepasselijke niveau van rechterlijk toezicht

140 Het middel van de Commissie bestaat uit twee onderdelen, waarvan het tweede in wezen overeenkomt met een van de middelen van Aseprofar.

141 Wat het eerste onderdeel van het middel van de Commissie betreft, betoogt deze dat het Gerecht in het bestreden arrest geen motiveringsgebrek noch een kennelijke beoordelingsfout vaststelt, maar een nieuwe categorie voor toetsing vatbare fouten invoert, namelijk het „gebrek aan serieus onderzoek", dat onbekend is in de rechtspraak inzake rechterlijke toetsing in het kader van artikel 81, lid 3, EG. Zij verwijst naar de punten 269, 277, 281, 286 en 313 van het bestreden arrest. Volgens haar heeft het Hof nooit de grond „gebrek aan serieus onderzoek" toegepast en heeft het Gerecht niet het bestaan van een kennelijke beoordelingsfout aangetoond. Een behoorlijk omschreven bewijslast en bewijsdrempel hadden het Gerecht ertoe moeten brengen het beroep af te wijzen of op zijn minst uit te leggen waar de kennelijke beoordelingsfout was gemaakt.

142 GSK werpt tegen dat het Gerecht de Commissie verwijt haar gedetailleerde en serieuze argumenten niet te hebben beoordeeld, wat niet afdoet aan de aard van het rechterlijke toezicht dat hij moet uitoefenen. Dat deze argumenten niet zijn „beoordeeld", valt binnen de werkingssfeer van het toezicht op de kennelijke beoordelingsfout.

143 Wat het tweede onderdeel van haar middel betreft, betoogt de Commissie, net als Aseprofar in het kader van het door haar aangevoerde middel, dat het Gerecht het juiste niveau aan rechterlijk toezicht heeft overschreden door, in tegenstelling tot wat het in punt 243 van het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht, zijn eigen economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie. De Commissie heeft met name bezwaren tegen punt 278 van het bestreden arrest waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat zij „het betoog van GSK dat de hoogte van haar winsten dient te worden genuanceerd, buiten beschouwing [laat] gelet op de manier waarop zij in de boekhouding worden opgenomen". Een dergelijke motivering is dermate beknopt dat het onmogelijk is te weten waarover het Gerecht het heeft.

144 Aseprofar voegt daaraan toe dat het Gerecht het bestaan van een kennelijke beoordelingsfout had moeten controleren in plaats van een ander standpunt in te nemen dan de Commissie en zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie.

145 Om dezelfde redenen als die betreffende het eerste onderdeel van het middel van de Commissie, betwist GSK dat het door het Gerecht uitgeoefende toezicht ertoe heeft kunnen leiden de beoordeling van het Gerecht in de plaats werd gesteld van die van de Commissie.

146 Zoals in punt 85 van het onderhavige arrest reeds in herinnering is gebracht, verricht de gemeenschapsrechter een beperkte toetsing van de ingewikkelde economische analyse van de Commissie. Deze rechter beperkt zich dienaangaande tot de vraag 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 dan wel van misbruik van bevoegdheid.

147 In het kader van een dergelijke toetsing kan het Gerecht immers nagaan of de Commissie de litigieuze beschikking toereikend heeft gemotiveerd (zie in die zin arrest Remia e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 40, en arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punten 28 en 29).

148 Het Gerecht heeft dus op goede gronden de motivering van de litigieuze beschikking inzake de relevante feitelijke argumenten en bewijsstukken die GSK heeft aangevoerd tot staving van haar verzoek om ontheffing kunnen controleren.

149 Voorts moet erop worden gewezen dat het Gerecht slechts heeft geoordeeld dat de Commissie geen rekening had gehouden met alle relevante feitelijke argumenten en bewijsstukken van GSK en zijn motivering niet in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie voor de verlening van de vrijstelling.

150 Beide onderdelen van het middel van de Commissie en het middel van Aseprofar moeten dus ongegrond worden verklaard.

Middelen van de Commissie en Aseprofar ontleend aan een ontoereikende motivering

151 De Commissie betoogt dat de motivering van punt 263 van het bestreden arrest ontoereikend is. Dit punt luidt:

„De feitelijke argumenten van GSK en de ter ondersteuning daarvan overgelegde bewijsstukken lijken relevant, betrouwbaar en waarschijnlijk, gelet op hun inhoud […], die zelf op diverse belangrijke punten wordt bevestigd door documenten van de Commissie".

152 De Commissie heeft gepreciseerd dat de punten 265 en 266 van het bestreden arrest de ontoereikende motivering verergeren en benadrukt dienaangaande dat het Gerecht met name in genoemd punt 265 weliswaar heeft geoordeeld dat „een aantal van [de] argumenten [van GSK] en van de economische analyses in de ter ondersteuning daarvan overgelegde bewijsstukken" door mededeling COM(1998) 588 def. worden bevestigd, „zodat zij getuigen van de betrouwbaarheid en de waarschijnlijkheid daarvan", maar dat het niet mogelijk is vast te stellen welke van deze elementen werkelijk worden bevestigd.

153 De Commissie voegt hieraan toe dat het dossier geen enkel bewijs bevat dat GSK haar onderzoeks- en ontwikkelingsbudget niet kan verhogen met een bedrag dat overeenkomt met het zeer bescheiden inkomstenverlies door de parallelhandel in haar producten.

154 In dezelfde zin betoogt Aseprofar met name dat het Gerecht niet heeft uitgelegd waarom het kernpunt van het betoog van de Commissie, met name dat het oorzakelijke verband tussen de parallelhandel en de innovatie niet was aangetoond, niet kon slagen.

155 Dienaangaande lijkt de ingevolge de artikelen 36 en 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie op het Gerecht rustende motiveringsplicht (zie arrest van 2 april 2009, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie, C-431/07 P, Jurispr. blz. I-2665, punt 42) in casu niet te zijn geschonden.

156 Er zij immers op gewezen dat het Gerecht in de punten 255 tot en met 259 van het bestreden arrest de verschillende door GSK aangevoerde feitelijke argumenten en bewijselementen heeft herhaald. In punt 261 van het arrest heeft het geoordeeld dat de Commissie in de litigieuze beschikking in wezen had onderzocht of was aangetoond dat de parallelhandel een efficiencyverlies veroorzaakte, zonder het nodig te achten te onderzoeken of ook was aangetoond dat artikel 4 van de overeenkomst een efficiencywinst veroorzaakte.

157 Het Gerecht heeft in punt 262 van het bestreden arrest hieraan toegevoegd dat gelet op de relevantie van de door GSK aangevoerde feitelijke argumenten en bewijsstukken het onderzoek van de Commissie niet kon worden beschouwd als een voldoende onderbouwing van haar conclusies.

158 Zoals reeds is aangegeven in punt 128 van het onderhavige arrest, is het aansluitend bij deze overweging nader ingegaan op de relevantie van de feitelijke argumenten en bewijsstukken van GSK en op het aan de parallelhandel verbonden efficiencyverlies, de omvang van dit efficiencyverlies, de aan artikel 4 van de overeenkomst verbonden efficiencywinst en de afweging van deze verschillende aspecten.

159 De desbetreffende middelen van de Commissie en Aseprofar moeten dus ongegrond worden verklaard.

Middelen van de Commissie en Aseprofar betreffende de overige voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, lid 3, EG

160 De Commissie heeft bezwaren tegen punt 309 van het bestreden arrest en is van mening dat het bestreden arrest geen enkele motivering bevat met betrekking tot de voorwaarde betreffende de „onmisbaarheid" van de beperking.

161 Aseprofar betoogt bovendien dat het Gerecht een kennelijke fout heeft gemaakt in de punten 235 tot en met 240 van het bestreden arrest waarin het heeft verklaard dat de Commissie haar onderzoek heeft geconcentreerd op de eerste voorwaarde voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG. Het Gerecht heeft niet de gegrondheid onderzocht van het onderzoek door de Commissie van de argumenten volgens welke een belangrijk gedeelte van de efficiencywinst wordt doorberekend aan de consumenten die daar zo voordeel uit kunnen trekken. Zo ook had het Gerecht moeten onderzoeken of de Commissie een kennelijke fout had gemaakt door te concluderen dat GSK niet had aangetoond dat haar beperking onontbeerlijk was voor de innovatie. Bovendien was de Commissie, anders dan het Gerecht in punt 315 van het bestreden arrest heeft overwogen, niet gehouden de argumenten te weerleggen die niet door GSK werden opgeworpen betreffende de voorwaarde inzake het ontbreken van een wezenlijke beperking van de mededinging.

162 In antwoord hierop voert GSK aan dat het rechterlijke toezicht niet tot doel heeft te bepalen of de Commissie een ontheffing had moeten verlenen. Op basis van verordening nr. 17 is de Commissie bij uitsluiting bevoegd om deze beoordeling te doen, wat verklaart waarom het Gerecht het onderzoek van de tweede tot en met de vierde in artikel 81, lid 3, EG gestelde toepassingsvoorwaarde heeft verbonden aan de uitslag van het onderzoek van de eerste. Het Gerecht heeft in punt 309 van het bestreden arrest terecht geconcludeerd dat „uit de [litigieuze] beschikking en de discussies [blijkt] 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 [overeenkomst] en het feit dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld, zijn gebaseerd op de conclusie met betrekking tot het bestaan van efficiencywinst" en, in punt 310 van genoemd arrest, dat „omdat deze laatste [conclusie] onrechtmatig is, voor zover betrekking hebbend op het bestaan van een bijdrage aan de bevordering van de technische vooruitgang, […] deze conclusies eveneens ongeldig [zijn]".

163 In de eerste plaats staat het niet aan het Gerecht 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. Zoals in punt 85 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, beperkt de toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische analyse van de Commissie zich immers tot de vraag 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 de feiten dan wel van misbruik van bevoegdheid.

164 Wanneer de Commissie geen gronden inzake een van de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG heeft aangevoerd, onderzoekt het Gerecht in het kader van een dergelijke toetsing of de motivering van de beschikking van de Commissie betreffende deze voorwaarde al dan niet toereikend is.

165 Dat is precies wat het Gerecht heeft gedaan in punt 309 van het bestreden arrest.

166 In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat het Gerecht punt 187 van de litigieuze beschikking niet onjuist heeft opgevat door vast te stellen dat de conclusies van de Commissie, die meende dat artikel 4 van de overeenkomst niet onmisbaar was, ontoereikend waren want gebaseerd op het feit dat zij deze bepaling geen merkbaar objectief voordeel met zich meebracht.

167 De desbetreffende middelen van de Commissie en van Aseprofar moeten dus ongegrond worden verklaard.

168 Gelet op een en ander moeten de hogere voorzieningen van GSK, EAEPC, Aseprofar en de Commissie worden afgewezen.

Kosten

169 Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is of wanneer, bij gegrondheid ervan, het Hof zelf de zaak afdoet. Volgens artikel 69, lid 2, van dit Reglement, dat krachtens artikel 118 daarvan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 69, lid 3, eerste alinea, van het Reglement kan het Hof evenwel de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen. Volgens lid 4, eerste alinea, van dit artikel dragen de lidstaten die tussenkomen in het geding, hun eigen kosten.

170 Aangezien GSK, EAEPC, Aseprofar en de Commissie in casu ieder in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij in hun eigen kosten betreffende de respectieve procedures worden verwezen en moet worden beslist dat de Republiek Polen haar eigen kosten draagt.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart:

1) De door GlaxoSmithKline Services Unlimited, voorheen Glaxo Wellcome plc, de Commissie van de Europese Gemeenschappen, de European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) en de Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) ingestelde hogere voorzieningen worden afgewezen.

2) Elke partij draagt haar eigen kosten betreffende de respectieve procedures.

3) De Republiek Polen draagt haar eigen kosten.

ondertekeningen