ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

6 de Outubro de 2009 *

Nos processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P,

que tem por objecto quatro recursos de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, interpostos os dois primeiros em 11 de Dezembro de 2006 e os dois seguintes em 18 de Dezembro e 13 de Dezembro de 2006, respectivamente

GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc, com sede em Brentford (Reino Unido), representada por I. Forrester, QC, e por S. Martínez Lage, abogado, A. Komninos, dikigoros, e A. Schulz, Rechtsanwalt,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

* Língua do processo: inglês.

Comissão das Comunidades Europeias, representada por T. Christoforou, F. Castillo da Torre e E. Gippini Fournier, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

apoiada por:

República da Polónia, representada por E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko e K. Majcher, na qualidade de agentes,

interveniente no presente recurso,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por M. Hartmann-Rüppel e W. Rehmann, Rechtsanwälte,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, com sede em Mülheim an der Rhur (Alemanha), representada por W. Rehmann, Rechtsanwalt,

Spain Pharma SA, com sede em Madrid (Espanha),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), com sede em Madrid (Espanha), representada por M. Araujo Boyd e J. Buendía Sierra, abogados,

intervenientes em primeira instância (C-501/06 P),

e

Comissão das Comunidades Europeias, representada por T. Christoforou, F. Castillo da Torre e E. Gippini Fournier, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

apoiada por:

República da Polónia, representada por E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko e K. Majcher, na qualidade de agentes,

interveniente no presente recurso,

sendo as outras partes no processo:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc, com sede em Brentford (Reino Unido), representada por I. Forrester, QC, bem como A. Komninos, dikigoros, e A. Schulz, Rechtsanwalt,

recorrente em primeira instância,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por M. Hartmann-Rüppel, Rechtsanwalt,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, com sede em Mülheim an der Rhur (Alemanha),

Spain Pharma SA, com sede em Madrid (Espanha),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), com sede em Madrid (Espanha),

intervenientes em primeira instância (C-513/06 P),

e

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por M. Hartmann-Rüppel e W. Rehmann, Rechtsanwälte,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc, com sede em Brentford (Reino Unido), representada por I. Forrester, QC,

recorrente em primeira instância,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por T. Christoforou, F. Castillo della Torre e E. Gippini Fournier, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, com sede em Mülheim an der Rhur (Alemanha),

Spain Pharma SA, com sede em Madrid (Espanha),

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), com sede em Madrid (Espanha),

intervenientes em primeira instância (C-515/06 P),

e

Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar), com sede em Madrid (Espanha), representada por M. Araujo Boyd e J. Buendía Sierra, abogados,

recorrente,

sendo as outras partes no processo:

GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc, com sede em Brentford (Reino Unido), representada por I. Forrester, QC, e A. Schulz, Rechtsanwalt,

recorrente em primeira instância,

Comissão das Comunidades Europeias, representada por T. Christoforou, F. Castillo della Torre e E. Gippini Fournier, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), com sede em Bruxelas (Bélgica), representada por M. Hartmann-Rüppel, Rechtsanwalt,

Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV, com sede em Mülheim an der Rhur (Alemanha),

Spain Pharma SA, com sede em Madrid (Espanha),

intervenientes em primeira instância (C-519/06 P),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: A. Rosas, presidente de secção, A. Ó Caoimh, J. Klučka (relator), U. Lõhmus e A. Arabadjiev, juízes,

advogada-geral: V. Trstenjak,
secretário: K. Malacek, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 18 de Março de 2009,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 30 de Junho de 2009,

profere o presente

Acórdão

1 Com os seus recursos, a sociedade GlaxoSmithKline Services Unlimited («GSK») (C-501/06 P), a Comissão das Comunidades Europeias (C-513/06 P), a European Association of Euro Pharmaceutical Companies («EAEPC») (C-515/06 P) e a Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos («Aseprofar») (C-519/06 P) pedem ao Tribunal de Justiça a anulação parcial do acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 27 de Setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão (T-168/01, Colect., p. II-2969, a seguir «acórdão recorrido»), no qual este tribunal anulou os artigos 2.º a 4.º da Decisão 2001/791/CE da Comissão, de 8 de Maio de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE [processos: IV/36.957/F3 Glaxo Wellcome (notificação), IV/36.997/F3 Aseprofar e Fedifar (denúncia), IV/37.121/F3 Spain Pharma (denúncia), IV/37.138/F3 BAI (denúncia) e IV/37.380/F3 EAEPC (denúncia)] (JO L 302, p. 1, a seguir «decisão impugnada») e, quanto ao restante, negou provimento ao recurso interposto pela GSK.

2 Através da referida decisão, a Comissão tinha concluído que a Glaxo Wellcome SA (a seguir «GW»), filial da GSK, tinha violado o artigo 81.º, n.º 1, CE ao concluir com os

grossistas espanhóis um acordo que fazia uma distinção entre preços facturados aos grossistas em caso de revenda de medicamentos reembolsáveis às farmácias ou aos hospitais no território nacional e os preços mais elevados facturados em caso de exportação desses medicamentos para qualquer outro Estado-Membro. Além disso, a Comissão tinha indeferido o pedido de isenção do referido acordo ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

Antecedentes do litígio

3 Os factos na origem do presente litígio, tal como são expostos nos n.os 8 a 21 do acórdão recorrido, podem ser resumidos da forma seguinte.

4 A GSK é uma sociedade de direito britânico estabelecida em Brentford (Reino Unido). Pertence ao grupo GlaxoSmithKline, que é um dos principais produtores mundiais de produtos farmacêuticos. A GW, sociedade de direito espanhol com sede em Madrid (Espanha) tem como actividades principais o desenvolvimento, a produção e a comercialização de medicamentos em Espanha.

5 Por carta de 6 de Março de 1998, a GW notificou à Comissão um documento intitulado «Condições gerais de venda de especialidades farmacêuticas da [GW] e das suas filiais aos grossistas autorizados» (a seguir «acordo»), a fim de obter um certificado negativo ou uma isenção ao abrigo do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22). Por carta de 28 de Julho de 1998, a GSK enviou à Comissão uma notificação complementar.

6 O acordo aplica-se a 82 medicamentos destinados a ser vendidos aos grossistas estabelecidos em Espanha, com os quais a GW estabelece relações comerciais à margem de qualquer rede de distribuição. Estes últimos podem destiná-los à revenda

aos hospitais espanhóis ou às farmácias espanholas, que os distribuem em seguida aos pacientes mediante apresentação de uma receita médica. Podem também destiná-los à revenda noutros Estados-Membros, através do comércio paralelo, a que se dedicam em razão da existência de diferenças de preços. Entre os referidos 82 medicamentos figuram oito apresentados pela GSK como particularmente susceptíveis de serem objecto de comércio paralelo, principalmente entre a Espanha e o Reino Unido.

7 Para o conjunto destes 82 medicamentos, o artigo 4.º do acordo prevê dois preços diferentes, dispondo:

«A) Nos termos do disposto no n.º 1, primeiro parágrafo, e 2 do artigo 100.º da Lei 25/1990, de 20 de Dezembro de 1990, relativa aos medicamentos (BOE n.º 306, de 22 de Dezembro de 1990), os preços dos produtos farmacêuticos da [GW] e das suas filiais não ultrapassará, em qualquer caso, os preços industriais máximos estabelecidos pelas autoridades espanholas competentes no domínio da saúde, quando se verifiquem as duas condições que permitem a aplicação das referidas regras jurídicas, a saber:

— que os produtos farmacêuticos supramencionados são financiados pelos fundos da Segurança Social espanhola ou por fundos públicos espanhóis,

— que os produtos farmacêuticos adquiridos são posteriormente comercializados a nível nacional, isto é, através de farmácias ou de hospitais espanhóis.

B) Se uma das condições não estiver preenchida (ou seja, nos casos em que a legislação espanhola autoriza os laboratórios a fixarem livremente os preços dos seus próprios produtos farmacêuticos), [a GW] e as suas filiais fixarão o preços dos seus produtos farmacêuticos segundo critérios económicos efectivos, objectivos e não discriminatórios e independentemente do destino que o comprador venha a dar

aos produtos. Em especial, [a GW] e as suas filiais aplicam aos seus produtos farmacêuticos os preços que, com base nos seus estudos económicos internos, tiverem sido inicialmente propostas às autoridades espanholas competentes no domínio da saúde e objectivamente actualizados tomando em consideração o aumento do custo de vida de acordo com as disposições dos n.os 1, primeiro parágrafo, e 2 do artigo 100.º da [referida Lei 25/1990] e outra legislação espanhola anterior relativamente à fixação de preços de medicamentos.»

8 Por carta de 6 de Março de 1998, a GW enviou um projecto de acordo a 89 grossistas estabelecidos em Espanha, 75 dos quais, representando mais de 90% das vendas totais da GW em Espanha em 1998, o assinaram imediatamente. O referido acordo entrou em vigor em 9 de Março de 1998.

9 A legalidade deste último foi contestada, nomeadamente pela Aseprofar, perante a autoridade espanhola da concorrência e nos órgãos jurisdicionais espanhóis.

10 Além disso, foram apresentadas denúncias à Comissão, designadamente pela EAEPC e pela Aseprofar, segundo as quais o acordo infringia o artigo 81.º, n.º 1, CE.

11 Em 8 de Maio de 2001, a Comissão adoptou a decisão impugnada que prevê:

«Artigo 1.º

A [GW] SA infringiu o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado [CE] ao concluir um acordo com os grossistas espanhóis que estabelece uma distinção entre preços cobrados a grossistas

válidos para a revenda interna de medicamentos reembolsáveis a farmácias ou hospitais e preços mais elevados cobrados pelas exportações para quaisquer outros Estados-Membros.

Artigo 2.º

É rejeitado o pedido da [GW] de uma isenção do acordo a que se refere o artigo 1.º nos termos do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado.

Artigo 3.º

A [GW] porá imediatamente termo à infracção a que se refere o artigo 1.º, caso não o tenha ainda feito. Abster-se-á de repetir quaisquer medidas que constituam esta infracção bem como de tomar medidas que tenham o mesmo objecto ou efeito.

Artigo 4.º

A [GW] deve, no prazo de dois meses a contar da data de notificação da presente decisão, informar a Comissão das medidas que tomou para pôr termo à infracção.

[…] »

Tramitação do processo no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

12 Resulta dos n.os 22 a 37 do acórdão recorrido que, por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 23 de Julho de 2001, a GSK interpôs recurso da decisão impugnada. Em requerimentos apresentados na mesma Secretaria em 8 e 16 de Novembro de 2001, a EAEPC e a Aseprofar pediram a sua admissão como intervenientes em apoio das conclusões da Comissão, nos termos do artigo 40.º, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. Por despacho de 27 de Novembro de 2002, o presidente da Primeira Secção do Tribunal de Primeira Instância deferiu estes pedidos de intervenção.

13 No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância decidiu:

«1) Os artigos 2.º, 3.º, e 4.º da decisão [impugnada] são anulados.

2) O recurso é julgado improcedente quanto ao restante.

3) A [GSK] suportará metade das suas próprias despesas e metade das despesas da Comissão, incluindo as relativas às intervenções.

4) A Comissão suportará metade das suas próprias despesas e metade das despesas da [GSK], incluindo as relativas às intervenções.

5) A Aseprofar], […], a EAEPC], […] suportarão cada uma as suas próprias despesas.»

Pedidos das partes e tramitação processual no Tribunal de Justiça

14 No seu recurso, a GSK pede que o Tribunal se digne:

— anular o acórdão recorrido na parte em que nega provimento ao recurso de anulação interposto pela GSK do artigo 1.º da decisão impugnada e adoptar quaisquer outras medidas consideradas necessárias, e

— condenar a Comissão nas despesas.

15 Na sua contestação, a Comissão interpôs também um recurso subordinado. Pede que o Tribunal de Justiça se digne:

— negar provimento, na totalidade, ao recurso interposto pela GSK;

— anular o n.º 1 e os n.os 3 a 5 da parte decisória do acórdão recorrido;

— decidir definitivamente a causa quanto ao mérito, negando provimento ao recurso interposto no processo T-168/01;

— condenar a GSK nas despesas da Comissão decorrentes do processo em primeira instância e do presente recurso.

16 Na sua resposta ao recurso subordinado, a GSK pede ao Tribunal de Justiça que declare o referido recurso inadmissível ou improcedente e condene a Comissão nas despesas.

17 No seu recurso, a Comissão formula os mesmos três pedidos que formulara na sua contestação e no recurso subordinado no processo C-501/06 P, a saber, que o Tribunal se digne:

— anular o n.º 1 e os n.ºs 3 a 5 da parte decisória do acórdão recorrido;

— decidir definitivamente a causa quanto ao mérito, negando provimento ao recurso interposto no processo T-168/01

— condenar a GSK nas despesas da Comissão decorrentes do processo em primeira instância e do presente recurso.

18 No seu recurso, a EAEPC pede que o Tribunal se digne:

— anular o acórdão recorrido na parte em que o Tribunal anulou a decisão impugnada, e

— condenar a GSK nas despesas da primeira instância e do presente recurso.

19 Com o seu recurso, a Aseprofar pede que o Tribunal se digne:

— anular o n.º 1 da parte decisória do acórdão recorrido;

— tomar uma decisão definitiva no processo T-168/01, julgando totalmente improcedente o pedido da GSK e confirmando a decisão impugnada;

— anular os n.os 3 a 5 da parte decisória do acórdão recorrido, e

— condenar a GSK nas despesas de primeira instância e do presente recurso.

20 Por despacho de 17 de Dezembro de 2008, o presidente do Tribunal de Justiça decidiu apensar os processos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P para efeitos de fase oral e do acórdão.

Quanto aos recursos

21 Por preocupações de clareza e tendo em conta a sua semelhança, alguns dos fundamentos invocados pelos recorrentes são examinados separadamente e outros são objecto de um exame conjunto.

Quanto à admissibilidade

Admissibilidade dos fundamentos dos recursos autónomos relativos ao artigo 81.º, n.º 1, CE invocados pela Aseprofar e pela Comissão, apoiada pela República da Polónia

— Argumentação das partes

22 A GSK sustenta que os recursos da Comissão e da Aseprofar bem como as alegações de intervenção da República da Polónia são, no essencial, inadmissíveis. Com estes documentos, os seus autores contestam a fundamentação e não a parte decisória do acórdão recorrido que se refere ao artigo 81.º, n.º 1, CE. A GSK observa que os fundamentos dirigidos contra a fundamentação da parte do acórdão recorrido relativa ao artigo 81.º, n.º 1, CE não podem, em caso algum, ter efeitos sobre o n.º 2 da parte decisória do referido acórdão, que confirma o artigo 1.º da decisão impugnada no sentido de que o acordo constituía uma violação do artigo 81.º, n.º 1, CE. A GSK sustenta que, nos termos da jurisprudência relativa à admissibilidade dos recursos de

decisões do Tribunal de Primeira Instância, todos os fundamentos destinados a pôr em causa a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância relativa ao artigo 81.º, n.º 1, CE são inadmissíveis.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

23 Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a existência de interesse em agir de um recorrente pressupõe que o recurso seja susceptível, pelo seu resultado, de proporcionar um benefício à parte que o interpõe (despachos de 25 de Janeiro de 2001, Lech-Stahlwerke/Comissão, C-111/99 P, Colect., p. I-727, n.º 18, e de 8 de Abril de 2008, Saint-Gobain Glass Deutschland/Comissão, C-503/07 P, Colect., p. I-2217, n.º 48 e jurisprudência citada).

24 Neste caso, a Comissão e a Aseprofar sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na apreciação que fez do objectivo anticoncorrencial do acordo, mas pedem ao Tribunal de Justiça que mantenha o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido, procedendo a uma substituição dos fundamentos.

25 Nestas condições, como observa com razão a GSK, é evidente que os fundamentos invocados pela Comissão e pela Aseprofar não podem, por um lado, trazer-lhes qualquer benefício e, por outro, não são susceptíveis influenciar o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido, que confirma a violação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

26 Por consequência, devem declarar-se inadmissíveis os recursos autónomos da Comissão e da Aseprofar na parte em que se dirigem contra a parte dos fundamentos do acórdão recorrido relativa ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

Quanto à inadmissibilidade do recurso subordinado da Comissão, invocada pela GSK

— Argumentos das partes

27 A GSK afirma, em primeiro lugar, que o recurso subordinado é inadmissível, em virtude de a Comissão já ter interposto um recurso do acórdão recorrido no processo C-513/06 P. Na sua opinião, o recurso principal e o recurso subordinado constituem duas partes de uma alternativa e não podem ser interpostos cumulativamente.

28 Em segundo lugar, o recurso subordinado, na medida em que é idêntico ao recurso interposto no processo C-513/06 P, constitui um abuso de processo e, como tal, é inadmissível. Na opinião da GSK, uma vez que os dois actos dizem respeito a um litígio que opõe as mesmas partes, são dirigidos aos mesmos fins e se baseiam nos mesmos fundamentos, o acto posterior, ou seja, o recurso subordinado, é inadmissível.

29 Em terceiro lugar, o recurso subordinado é inadmissível na medida em que contesta algumas partes do acórdão recorrido que dão razão aos pedidos da Comissão. A inadmissibilidade é manifesta, uma vez que um fundamento dirigido contra os fundamentos de um acórdão recorrido que não têm influência na parte decisória do mesmo é inútil e, por isso, deve ser rejeitado.

30 A Comissão sustenta nomeadamente que a maior parte dos argumentos relativos ao artigo 81.º, n.º 1, CE se referem a questões que dizem respeito ao n.º 3 do mesmo artigo, porque se referem às alegadas especificidades no mercado que são pertinentes para os dois parágrafos. Além disso, sustenta que os argumentos devem entender-se como argumentos de resposta aos que foram apresentados no recurso da GSK. A Comissão acrescenta que nenhum texto legal implica a inadmissibilidade da interposição de um recurso subordinado na hipótese de já ter sido interposto o recurso principal.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

31 Quanto ao argumento de que a Comissão não pode interpor simultaneamente um recurso principal e um recurso subordinado, uma vez que isso constitui designadamente um abuso de processo, deve observar-se que, em primeiro lugar, não resulta de forma nenhuma da redacção do 116.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça que uma parte não possa interpor cumulativamente um recurso principal e um recurso subordinado de um mesmo acórdão do Tribunal de Primeira Instância, independentemente de vários processos se referirem a esse acórdão e de estes processos terem sido apensados. Em segundo lugar, apesar da apensação dos processos C-501/06 P e C-513/06 P, estes não perderam o seu carácter autónomo.

32 Por conseguinte, o argumento da GSK não pode ser acolhido.

33 No que respeita ao argumento de que o recurso subordinado é inadmissível pelo facto de o seu autor contestar a fundamentação de algumas partes do acórdão recorrido e não o n.º 2 da parte decisória do referido acórdão, deve observar-se que, da mesma forma que num recurso principal, a existência de interesse em agir de um recorrente pressupõe que o recurso subordinado seja susceptível, pelo seu resultado, de proporcionar um benefício à parte que o interpôs.

34 Todavia, como observa a advogada-geral no n.º 52 das suas conclusões, a Comissão afirmou no decurso do processo que a sua argumentação no recurso subordinado visava sobretudo responder ao recurso da GSK. Segundo a Comissão, essa argumentação deve, pois, ser considerada não como um recurso subordinado, na acepção do artigo 116.º, n.º 1, primeiro travessão, segunda alternativa, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, mas como um pedido de rejeição do recurso interposto pela GSK na acepção do artigo 116.º, n.º 1, primeiro travessão, primeira alternativa, do referido regulamento.

35 A este propósito, deve notar-se que, nos termos do artigo 116.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, as conclusões de resposta devem ter como objecto o indeferimento, total ou parcial, do recurso ou a anulação, total ou parcial, da decisão do Tribunal de Primeira Instância ou o provimento, no todo ou em parte, dos pedidos apresentados em primeira instância, não sendo permitido formular pedidos novos.

36 Ora, não resulta de modo algum da redacção da referida disposição que a Aseprofar, a EAEPC ou a Comissão estejam privadas da possibilidade de invocar fundamentos de defesa para responder aos fundamentos precisos suscitados pela GSK no seu recurso, para explicar as razões pelas quais o Tribunal de Primeira Instância errou na interpretação e aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, e para expor qual deveria ser a interpretação dessa disposição.

37 Daí se conclui que, em resposta ao recurso interposto pela GSK no processo C-501/06 P, a Comissão, tal como a Aseprofar e a EAEPC, podem pedir o indeferimento do recurso da GSK dirigido contra o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido.

38 Contrariamente ao que alega a GSK, o facto de a Comissão ter exposto os seus fundamentos de defesa na parte da contestação intitulada «recurso subordinado» não é susceptível de pôr em causa esta conclusão. Com efeito, é inegável que não se pode atender unicamente ao título formal da parte em que a Comissão desenvolveu a sua argumentação sem ter em conta o próprio conteúdo dessa parte. Ora, no caso vertente, independentemente dos termos escolhidos, é manifesto que a parte designada «recurso subordinado» da contestação é um pedido de indeferimento do recurso.

39 Tendo em conta as considerações precedentes, a excepção de inadmissibilidade do recurso subordinado invocada pela GSK deve ser julgada improcedente.

Quanto ao fundamento relativo ao artigo 81.º, n.º 1, CE invocado pela GSK

40 Deve notar-se que foi nos n.os 114 a 147 do acórdão recorrido que o Tribunal de Primeira Instância apreciou se a conclusão principal da Comissão podia ser acolhida, conclusão segundo a qual o artigo 4.º do acordo deve ser considerado proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE na medida em que tem por objectivo restringir o comércio paralelo.

41 Nos n.os 114 a 116 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que o acordo procurava instaurar um sistema de preços diferenciados destinado a limitar o comércio paralelo e que, em princípio, deve considerar-se que tem como objectivo restringir a concorrência.

42 Todavia, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 117 a 119 do acórdão recorrido, considerou que, tendo em conta o contexto jurídico e económico, esse objectivo de limitação do comércio paralelo não bastava por si só para presumir que o acordo tinha um objectivo anticoncorrencial. Pelo contrário, o Tribunal considerou que a aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE ao caso vertente não pode depender apenas do facto de o acordo visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou compartimentar o mercado comum, elementos que permitem concluir que esse acordo afecta as trocas comerciais entre os Estados-Membros, mas exige, além disso, uma análise destinada a determinar se tem por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em causa, em detrimento do consumidor final.

43 No n.º 121 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância precisou que, embora seja um dado adquirido que o comércio paralelo beneficia de uma certa protecção, essa protecção não é conferida ao comércio em si mesmo mas na medida em que favorece, por um lado, o desenvolvimento das trocas comerciais e, por outro, o reforço da concorrência, ou seja, sob este segundo ponto de vista, na medida em que proporciona aos consumidores finais as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preço. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, se está assente que se deve considerar, em princípio, que um acordo destinado a limitar o comércio paralelo tem por objecto restringir a concorrência, é na medida em que se pode presumir que esse acordo priva os consumidores finais destas vantagens.

44 Ora, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 122 do acórdão recorrido, considerou que, tendo em conta o contexto jurídico e económico em que se desenvolvia o acordo concluído pela GSK, não se podia presumir que esse acordo privava os consumidores finais de medicamentos dessas vantagens. Com efeito, o mesmo tribunal considerou que os intermediários espanhóis podiam conservar a vantagem que o comércio paralelo podia implicar em termos de preços, caso em que este não seria repercutido para os consumidores finais.

45 No n.º 133 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância alegou que a Comissão não tinha examinado em momento algum a característica específica e essencial do sector, que consiste em que os preços dos produtos em causa, submetidos ao controlo dos Estados-Membros, que os fixam directa ou indirectamente nos níveis que entendem apropriados, se estabelecem a níveis estruturalmente diferentes na Comunidade Europeia e, contrariamente aos preços de outros bens de consumo, ficam de qualquer modo subtraídos, em larga medida, ao livre jogo da oferta e da procura. O Tribunal, no n.º 134 do acórdão recorrido, considerou que esta circunstância obsta a que se possa presumir que o comércio paralelo tinha uma incidência sobre os preços praticados na venda aos consumidores finais de medicamentos reembolsados pelos sistemas nacionais de seguro de doença e que, desta forma, lhes trazia uma vantagem sensível semelhante à que lhes adviria se esses preços fossem determinados pelo jogo da oferta e da procura.

46 Com base nesta análise, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 147 do acórdão recorrido, considerou finalmente que a conclusão principal da Comissão, segundo a qual o artigo 4.º do acordo deve ser considerado proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, na medida em que tem por objectivo restringir o comércio paralelo, não pode ser acolhida. Estando os preços dos medicamentos em causa subtraídos em larga medida ao livre jogo da oferta e da procura, em virtude da regulamentação aplicável, e sendo fixados ou controlados pelos autoridades públicas, não se pode considerar adquirido desde logo que o comércio paralelo visa fazê-los baixar e acrescer desta forma o bem-estar dos consumidores finais. A análise dos termos do artigo 4.º do acordo efectuada neste contexto não permite, pois, presumir que esta disposição, que visa limitar o comércio paralelo, visa também reduzir o bem-estar dos consumidores finais. Nesta situação, em grande parte inédita, o carácter restritivo da concorrência desse acordo não pode, por isso, deduzir-se da simples leitura dos termos do referido acordo, efectuada no seu contexto, e os efeitos deste devem necessariamente ser tomados em conta, quanto mais não seja para confirmar o que a leitura do mesmo tenha permitido à autoridade reguladora pressentir.

Argumentação das partes

47 Com o seu recurso, a GSK pretende obter a anulação do n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido, na medida em que julgou improcedente o seu recurso em que pedia a anulação do artigo 1.º da decisão impugnada. A GSK sustenta que o Tribunal de Primeira Instância fez uma interpretação errada do artigo 81.º, n.º 1, CE, ao considerar que o acordo tinha um efeito anticoncorrencial.

48 Pelo contrário, na opinião da GSK, o Tribunal teve razão quando decidiu que a análise feita pela Comissão do objectivo de restrição do acordo, na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE, estava viciada pelo facto de esta instituição não ter tido em conta o contexto jurídico e económico pertinente. Todavia, a GSK sustenta que o Tribunal de Primeira Instância devia ter observado a mesma deficiência de fundamentação quando examinou a análise dos efeitos do referido acordo.

49 No entender da GSK, o Tribunal devia ter declarado que o acordo não podia ter por efeito restringir a concorrência no sentido de uma redução do bem-estar dos consumidores.

50 Nas respostas ao recurso da GSK, a Comissão, a Aseprofar e a EAEPC contestam todos os argumentos invocados pela GSK. Consideram que, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância concluiu com razão pela violação do artigo 81.º, n.º 1, CE.

51 Ao mesmo tempo que pedem, assim, a rejeição do fundamento relativo ao artigo 81.º, n.º 1, CE, invocado pela GSK, concluem, todavia, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu diversos erros de direito na apreciação do objectivo anticoncorrencial do acordo. Alegam que uma análise do contexto jurídico e económico, conforme com os princípios elaborados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, devia ter levado o Tribunal de Primeira Instância a concluir que o acordo tinha um objectivo

anticoncorrencial. No entanto, sendo o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido fundado, pedem ao Tribunal de Justiça a substituição da respectiva fundamentação.

52 Na contestação do recurso da GSK, a Comissão sustenta, em particular, que o Tribunal de Primeira Instância fez uma interpretação e uma aplicação erradas do conceito de «objectivo» que consta do artigo 81.º, n.º 1, CE.

53 Segundo a Comissão, por um lado, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância sempre decidiram que os acordos que têm por objectivo restringir o comércio paralelo no interior da Comunidade Europeia têm por objectivo restringir a concorrência. Por outro lado, no acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância adoptou não apenas uma norma jurídica restritiva para a protecção do comércio paralelo, mas aplicou-a de modo errado e incompleto, sem fornecer fundamentação suficiente. A Comissão observa que, nos n.os 117 a 122 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que o comércio paralelo entre os Estados-Membros deve ser protegido apenas «na medida em que favorece, por um lado, o desenvolvimento das trocas comerciais e, por outro, o reforço da concorrência». Ora, a Comissão alega que o Tribunal ignorou o desenvolvimento das trocas comerciais na sequência do seu raciocínio, interpretou o reforço da concorrência no sentido de que este exige que o comércio paralelo proporcione aos consumidores finais as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços e omitiu qualquer exame das vantagens em termos de aprovisionamento proporcionadas pelo comércio paralelo.

Apreciação do Tribunal de Justiça

54 Uma vez que a Comissão, a Aseprofar e a EAEPC sustentam que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito na apreciação que fez relativamente ao objectivo anticoncorrencial do acordo e pedem ao Tribunal de Justiça que mantenha o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido procedendo à substituição da respectiva fundamentação, há que examinar os seus argumentos antes dos que invoca a GSK para sustentar o seu recurso.

55 Em primeiro lugar, deve notar-se que o objectivo e o efeito anticoncorrenciais do acordo são condições não cumulativas, mas alternativas, para apreciar se esse acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Recueil, p. 337; Colect. 1965-1968, p. 381), o carácter alternativo desta condição, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objectivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Todavia, no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, devem então examinar-se os seus efeitos e, para lhe impor a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efectivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível. Resulta também da jurisprudência que não é necessário examinar os efeitos do acordo a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado (v., neste sentido, acórdão de 4 de Junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, Colect., p. I-4529, n.ºs 28 e 30).

56 Em segundo lugar, o exame prioritário dos argumentos relativos ao objectivo anticoncorrencial do acordo, em relação aos relativos ao seu efeito anticoncorrencial, justifica-se tanto mais quanto, no caso de o erro de direito invocado pela Comissão, pela Aseprofar e pela EAEPC se vier a provar, o recurso da GSK deve ser julgado improcedente na parte em que visa os fundamentos do acórdão recorrido relativos ao efeito anticoncorrencial do acordo.

57 Por conseguinte, deve verificar-se se a apreciação do Tribunal de Primeira Instância quanto à existência de um objectivo anticoncorrencial do acordo, referido nos n.ºs 41 a 46 do presente acórdão, é conforme com os princípios elaborados pela jurisprudência nessa matéria.

58 A este propósito, deve sublinhar-se que, segundo jurisprudência constante, para apreciar o carácter anticoncorrencial de um acordo, deve atender-se, nomeadamente, ao teor das suas disposições, aos objectivos que visa atingir bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v., neste sentido, acórdãos de 8 de Novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 25, bem como de 20 de Novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, Colect., p. I-8637, n.ºs 16 e 21). Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar a natureza restritiva de um acordo, nada impede que a

Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta (v., neste sentido, acórdão IAZ International Belgium e o./Comissão, já referido, n.os 23 a 25).

59 No domínio do comércio paralelo, o Tribunal de Justiça já teve ocasião de decidir que, em princípio, os acordos que visam proibir ou limitar o referido comércio têm por objectivo impedir a concorrência (v., neste sentido, acórdãos de 1 de Fevereiro de 1978, Miller International Schallplaten/Comissão, 19/77, Recueil, p. 131, n.os 7 e 18; Colect. p. 45, e de 12 de Julho de 1979, BMW Belgium e o./Comissão, 32/78, 36/78 a 82/78, Recueil, p. 2435, n.os 20 a 28 e 31.

60 Tal como observou a advogada-geral no n.º 155 das suas conclusões, este princípio, segundo o qual um acordo que vise limitar o comércio paralelo [tem] « por objectivo [a] restrição da concorrência », aplica-se ao sector farmacêutico.

61 Aliás, o Tribunal de Justiça já decidiu a este respeito, no contexto da aplicação do artigo 81.º CE, num processo que se relacionava com o sector farmacêutico, que um acordo entre produtor e distribuidor que se destinasse a reconstituir as compartimentações nacionais no comércio entre os Estados-Membros podia contrariar o objectivo do Tratado que visa realizar a integração dos mercados nacionais pelo estabelecimento de um mercado único. Em várias ocasiões, o Tribunal de Justiça qualificou, assim, os acordos que visam compartimentar os mercados nacionais segundo as fronteiras nacionais ou que tornam mais difícil a interpenetração dos mercados nacionais, nomeadamente os que visam proibir ou a restringir as exportações paralelas, como acordos que têm por objectivo restringir a concorrência, na acepção do referido artigo do Tratado (acórdão de 16 de Setembro de 2008, Sot. Lélos kai Sia e o., C-468/06 a C-478/06, Colect., p. I-7139, n.º 65 e jurisprudência citada).

62 No que respeita à afirmação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual se é seguro que um acordo que visa limitar o comércio paralelo deve em princípio considerar-se como acordo que tem como objectivo restringir a concorrência, é na medida em que se pode presumir que o mesmo priva os consumidores finais das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços, deve observar-se que nem a redacção do artigo 81.º, n.º 1, CE nem a jurisprudência permitem corroborar essa afirmação.

63 Por um lado, não resulta de modo nenhum desta disposição que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objectivo anticoncorrencial. Por outro lado, importa sublinhar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo 81.º CE visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços (v., por analogia, acórdão T-Mobile Netherlands e o., já referido, n.os 38 e 39).

64 Daí resulta que, tendo subordinado a declaração da existência de objectivo anticoncorrencial à prova de que o acordo implique inconvenientes para os consumidores finais e não tendo concluído que no referido acordo existia esse objectivo, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito.

65 No entanto, deve notar-se que, se os fundamentos de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância revelarem uma violação do direito comunitário, mas a sua parte decisória se mostrar fundada por outros fundamentos jurídicos, essa violação não implica a anulação desse acórdão (v., nesse sentido, acórdãos de 9 de Junho de 1992, Lestelle/Comissão, C-30/91 P, Colect., p. I-3755, n.º 28, e de 12 de Novembro de 1996, Ojha/Comissão, C-245/95 P, Colect., p. I-5863, n.º 52).

66 É o que se passa no caso vertente. Com efeito, basta observar que, no n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância confirmou o artigo 1.º da decisão impugnada, no qual a Comissão concluíra que o acordo violava o artigo 81.º, n.º 1, CE. Por isso, não se deve anular o n.º 2 da parte decisória do acórdão recorrido.

67 À luz de todas as considerações precedentes, deve negar-se provimento ao recurso interposto pela GSK por falta de fundamento, na medida em que visa demonstrar que o acordo era compatível com o artigo 81.º, n.º 1, CE.

Quanto aos fundamentos relativos ao artigo 81.º, n.º 3, CE invocados pela Comissão, pela EAEPC, pela Aseprofar e pela República da Polónia

68 Quer no seu recurso quer na contestação, a Comissão invoca vários fundamentos relativos ao artigo 81.º, n.º 3, CE. Alguns fundamentos e algumas das suas partes são semelhantes aos fundamentos invocados pela EAEPC e/ou pela Aseprofar nos respectivos recursos, bem como pela República da Polónia nas suas alegações de intervenção. A Comissão e a EAEPC invocam, aliás, fundamentos relativos ao artigo 81.º, n.º 3, CE, que lhes são específicos.

Fundamento da Comissão baseado na desvirtuação do contexto jurídico e económico em que o acordo se insere

69 A Comissão remete para os seus argumentos relativos ao artigo 81.º, n.º 1, CE, nos quais criticou os pontos do acórdão recorrido que se referiam ao contexto jurídico e económico tomado em conta pelo Tribunal de Primeira Instância, a saber, os n.ºs 122 e 124 a 137 do acórdão recorrido. Sustenta que o n.º 3 deste mesmo artigo foi aplicado de forma errada, com base em falsas especificidades do sector farmacêutico.

70 Acrescenta que o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 104 do acórdão recorrido, decidiu que a coexistência de diferentes regulamentações estatais no sector dos medicamentos é susceptível de falsear a concorrência. Ora, o que, nos termos do referido ponto, seria apenas uma possibilidade torna-se uma realidade no n.º 276 do mesmo acórdão, no qual o Tribunal de Primeira Instância considerou que o jogo da concorrência é falseado pela existência de regulamentações estatais.

71 A GSK afirma que respondeu a esta questão na sua análise do fundamento relativo ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

72 Deve notar-se antes de mais que, no n.º 122 do acórdão recorrido, o Tribunal faz referência à situação em que a vantagem que o comércio paralelo implica em termos de preços não é repercutida para os consumidores finais, evocando uma hipótese e não uma realidade, o que não constitui uma desvirtuação do contexto jurídico e económico tomado em conta nos presentes processos.

73 Em seguida, não resulta da leitura dos n.ºs 124 a 137 do acórdão recorrido relativos a esse contexto que tenha havido desvirtuação deste contexto pelo Tribunal de Primeira Instância. Nos referidos pontos, o Tribunal refere-se às principais características deste contexto, que, diga-se de passagem, estão reproduzidas na decisão impugnada.

74 Finalmente, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 104 do acórdão recorrido, considerou que a coexistência das diferentes regulamentações estatais era susceptível de falsear a concorrência, quando examinou se esta coexistência tornava inaplicável o artigo 81.º, n.º 1, CE. O Tribunal de Primeira Instância, no n.º 105 do mesmo acórdão, observou que a referida disposição apenas era inaplicável quando o sector a que o acordo sob exame se refere estivesse submetido a uma regulamentação que excluísse a possibilidade de concorrência susceptível de ser impedida, falseada ou restringida por esse acordo.

75 O Tribunal não tinha a obrigação de declarar, nesta fase do raciocínio, se as regulamentações em questão falseavam ou não efectivamente a concorrência, contrariamente ao que declarou seguidamente no n.º 276 do acórdão recorrido. Não há, portanto, contradição de fundamentos a este respeito.

76 Por conseguinte, deve julgar-se improcedente o fundamento da Comissão.

Quanto aos fundamentos da Comissão, da EAEPC, da Aseprofar e da República da Polónia baseados na aplicação errada da imputação do ónus da prova, do nível de prova exigido e da noção de «promoção do progresso técnico»

77 O fundamento da Comissão que invoca a errada aplicação da imputação do ónus da prova, do nível de prova exigido e do conceito de «promoção do progresso técnico» articula-se em cinco partes, sendo o conteúdo de algumas delas semelhante ao dos fundamentos invocados pela EAEPC, pela Aseprofar e pela República da Polónia.

— Primeira parte do fundamento da Comissão

78 A Comissão sustenta que o Tribunal aplicou de modo errado a jurisprudência relativa à imputação do ónus da prova e ao nível da prova exigido no âmbito do artigo 81.º, n.º 3, CE. Contesta o n.º 242 do acórdão recorrido, bem como os n.ºs 269 e 303 do mesmo, que remetem para a jurisprudência, para os critérios e princípios aplicáveis ao controlo das concentrações. Ora, não existe em sua opinião qualquer analogia entre o exame dos efeitos anticoncorrenciais de uma concentração e o da aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE.

79 Contrariamente aos processos de concentração em que as partes notificantes não estão sujeitas, na sua opinião, a qualquer ónus de prova especial, é jurisprudência constante que, no contexto da referida disposição, compete às empresas interessadas apresentar à Comissão elementos de prova que possam demonstrar que o acordo preenche as condições exigidas por essa disposição. A Comissão invoca, em apoio da sua demonstração, os acórdãos de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Recueil, p. 429; Colect., p. 423), bem como de 17 de Setembro de 1985, Ford-Werke e Ford of Europe (25/84 e 26/84, Recueil, p. 2725).

80 Em resposta, a GSK baseia-se no acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./ /Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 79), bem como no despacho de 28 de Setembro de 2006, Unilever Bestfoods/Comissão (C-552/03 P, Colect., p. I-9091, n.º 102), para demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância não violou as regras aplicáveis em matéria de ónus da prova. Na sua opinião, o Tribunal fez referência apenas duas vezes à regra aplicável às concentrações, por um lado, a título principal, para descrever a fiscalização do Tribunal de Primeira Instância quanto à análise efectuada pela Comissão nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE e, por outro lado, a título subsidiário, para aí indicar que, quando a empresa tenha apresentado elementos de prova, compete à Comissão proceder a uma análise prospectiva.

81 Segundo a GSK, o Tribunal só concluiu que a Comissão não tinha tomado a sério os argumentos da GSK, contrariamente ao que deveria ter feito. A GSK sublinha que o Tribunal também fez referência aos seus acórdãos de 28 de Fevereiro de 2002, Compagnie générale maritime e o./Comissão (T-86/95, Colect., p. II-1011), e de 23 de Outubro de 2003, Van den Bergh Foods/Comissão (T-65/98, Colect., p. II-4653), que visam o artigo 81.º, n.º 3, CE. Quando a empresa tenha demonstrado que as condições desta disposição podem razoavelmente aplicar-se, avançando argumentos pertinentes, fiáveis e verosímeis, a Comissão tem a obrigação de refutar os devidos argumentos.

82 Importa observar, por um lado, que, nos n.os 233 a 236 do acórdão recorrido, o Tribunal se referiu à jurisprudência, aos princípios e aos critérios que regem o ónus da prova e ao nível de prova exigido no pedido de isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE. Sublinham, com razão, que a pessoa que invoca essa disposição deve demonstrar, através de argumentos e elementos de prova convincentes, que estão reunidas as condições exigidas para beneficiar de uma isenção (v., neste sentido, acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.º 45).

83 O ónus da prova incumbe, portanto, à empresa que pede o benefício da isenção o abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE. Todavia, os elementos factuais invocados pela referida empresa podem obrigar a outra parte a fornecer uma explicação ou uma justificação, sem a qual

se pode concluir que o ónus da prova foi satisfeito (v., neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 279).

84 Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 240, 241, 243 e 244 do acórdão recorrido, referiu-se ao princípios e aos critérios que regem a sua fiscalização sobre a decisão da Comissão tomada em resposta a um pedido de isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE. Indicou, com razão, que, quando lhe é apresentando um pedido de anulação dessa decisão, faz uma fiscalização restrita quanto ao mérito.

85 Esta afirmação é perfeitamente conforme com o princípio de que a fiscalização que os órgãos jurisdicionais comunitários exercem sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão se limita necessariamente à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, n.º 279).

86 O Tribunal acrescentou, assim, que não lhe compete substituir pela sua apreciação económica a apreciação que fez o autor da decisão e cuja fiscalização da legalidade lhe é pedida.

87 As observações assim feitas pelo Tribunal de Primeira Instância não revelam qualquer erro de direito e não permitem concluir que as referências jurisprudenciais que constam no n.º 242 do acórdão recorrido, relativas a processos de concentração, bem como a redacção dos n.os 269 e 303 do mesmo acórdão, possam conduzir a modificar a imputação do ónus da prova ou o nível de prova exigido no âmbito de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE.

88 Por conseguinte, a primeira parte do fundamento invocado pela Comissão a este respeito deve ser julgada improcedente.

— Segunda parte do fundamento da Comissão

89 A Comissão contesta os n.os 249 e 252 do acórdão recorrido e sustenta que o Tribunal cometeu um erro de direito ao considerar que é suficiente que a empresa que deseja obter a isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE, demonstre que é provável que se produzam ganhos de eficiência.

90 Ora, esse critério é errado à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça. A Comissão invoca nomeadamente os acórdãos já referidos do Tribunal de Justiça, Consten e Grundig/Comissão, bem como o do Tribunal de Primeira Instância, Compagnie générale maritime e o./Comissão, e Van den Bergh Foods/Comissão, para sustentar que compete à parte notificante provar que da restrição da concorrência resultam vantagens objectivas sensíveis.

91 A GSK responde que os processos referidos pela Comissão dizem respeito a processos de cartel e de comércio paralelo em sectores diferentes do sector farmacêutico, em que as medidas em causa não tinham gerado ganhos de eficiência intrínsecos e em que as empresas não tinham apresentado argumentos credíveis relativamente à existência desses ganhos. Além disso, a análise do Tribunal de Primeira Instância reflecte a prática decisional da Comissão em processos anteriores, em que esta reconheceu que um acordo é susceptível de gerar vantagens [Decisão 2004/841/CE da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE, respeitante ao processo COMP/A.38284/D2 — Société Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane SpA (JO L 362, p. 17)], poderia ter ganhos de eficiência [Decisão 2004/207/CE da Comissão, de 16 de Julho de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (processo COMP/38.369 — T-Mobile Deustchland/O2 Germany: acordo-quadro sobre a partilha de redes (JO 2004, L 75, p. 32)] ou que as suas vantagens […] são evidentes (Decisão 2003/778/CE da Comissão, de 23 de Julho de 2003, relativa ao processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (COMP/C.2-37.398 — Venda conjunta dos direitos comerciais da Liga dos Campeões da UEFA (JO L 291, p. 25)].

92 Deve observar-se que, no n.º 247 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância notou acertadamente que, para poder ficar isento ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE, um acordo deve contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico. Essa contribuição não pode ser identificada com todos os benefícios que as empresas participantes retiram do acordo no que diz respeito à respectiva actividade de produção ou distribuição, mas deve apresentar vantagens objectivas sensíveis, de modo a compensar os inconvenientes que o acordo implica no plano da concorrência (v., neste sentido, acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido, pp. 502 e 503).

93 Como sublinhou a advogada-geral no n.º 193 das suas conclusões, uma isenção concedida por um determinado período de tempo pode pressupor uma análise prospectiva acerca da ocorrência de vantagens relacionadas com o acordo e é suficiente que a Comissão, com base nos argumentos e meios de prova apresentados, tenha adquirido a convicção de que a ocorrência da vantagem objectiva sensível é suficientemente provável para se considerar que o acordo implica essa vantagem.

94 O Tribunal não cometeu por isso qualquer erro de direito no n.º 249 do acórdão recorrido, ao decidir que o procedimento seguido pela Comissão pode implicar a necessidade de verificar se, face aos argumentos de facto e dos meios de prova fornecidos, parece mais provável que o acordo deve permitir obter vantagens objectivas sensíveis ou que não é esse o caso.

95 O Tribunal também não cometeu qualquer erro de direito, no n.º 252 do acórdão recorrido, quando observou que convinha determinar se a Comissão podia concluir que os argumentos e os elementos de prova da GSK, cujo exame implicava uma análise prospectiva, não demonstravam, com um grau de probabilidade suficiente, que o artigo 4.º do acordo devia permitir a obtenção de uma vantagem objectiva sensível de modo a compensar o inconveniente que implicava para a concorrência, favorecendo a inovação.

96 A segunda parte do fundamento da Comissão deve, portanto, ser julgada improcedente.

— Terceira parte do fundamento da Comissão e segundo fundamento da EAEPC

97 A Comissão contesta os n.os 276 e 301, bem como os n.os 162 a 169 e 281 a 293 do acórdão recorrido. Sustenta que o Tribunal de Primeira Instância aplicou de forma errada o artigo 81.º, n.º 3, CE, ao considerar que a natureza estrutural das diferenças de preços conduz a agravar o ónus da prova e torna inútil a análise da extensão dos eventuais ganhos de eficiência. Segundo a Comissão, o Tribunal mostrou-se exigente em relação a ela relativamente ao exame dos argumentos da GSK, dado que a situação com que aquela sociedade se defrontava era estrutural.

98 A Comissão sublinha nomeadamente que, se, como o Tribunal de Primeira Instância afirma no n.º 284 do acórdão recorrido, o fenómeno só é estrutural em virtude da existência de preços diferentes para o mesmo medicamento, nos diferentes Estados-Membros, então qualquer fenómeno é estrutural, na medida em que é bastante raro encontrar um bem de consumo cujo preço seja o mesmo em toda a Comunidade. Na sua opinião, os problemas do sector farmacêutico não são mais estruturais que os dos outros sectores e nunca considerou as flutuações monetárias como o único factor importante que agrava outro problema estrutural. Finalmente, a extensão das obrigações da Comissão no que respeita à apreciação dos elementos de prova não podia depender do contexto regulamentar, contrariamente ao que considerou o Tribunal de Primeira Instância. Há uma contradição de fundamentação no acórdão recorrido, na medida em que, no n.º 192 do mesmo, o Tribunal decidiu, por outro lado, que «o facto de o contexto jurídico e económico em que operam as empresas contribuir para restringir a concorrência não pode levar a admitir que essas empresas, ao impedirem ou restringirem a concorrência que este contexto deixa subsistir ou cria, infringem por seu turno as regras da concorrência».

99 A GSK lembra os estudos que explicam, em seu entender, as razões pelas quais a investigação e o desenvolvimento em matéria farmacêutica só podem ser financiados a partir de receitas correntes. Sublinha os pontos do acórdão recorrido nos quais o Tribunal reproduziu as conclusões da Comissão consideradas como não fundamentadas, parcelares e lapidares.

100 Pela sua parte, a EAEPC contesta o acórdão recorrido pelo facto de que era à GSK que incumbia demonstrar que todas as condições de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE, estavam reunidas e porque as considerações gerais invocadas por esta empresa não eram suficientes. Não competia à Comissão considerar vantagens objectivas sensíveis a promoção da inovação com base apenas nessas considerações gerais. A EAEPC contesta nomeadamente o n.º 236 do acórdão recorrido em virtude de o acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, já referido, invocado pelo Tribunal, não implicar a aplicação da regra de exoneração do ónus da prova. O ónus da prova aplicável ao artigo 81.º, n.º 3, CE, só seria transferido para a Comissão se tivessem sido fornecidos elementos de prova determinados sob a forma de presunção. Argumentos generosos, mesmo reportando-se ao contexto jurídico e económico do sector farmacêutico, não podem constituir essas presunções.

101 Em resposta, a GSK sustenta que o Tribunal exigiu, com razão, à Comissão que examinasse o contexto jurídico e económico que servira de base à argumentação e aos elementos de prova da GSK. As provas produzidas por ela não eram gerais e imprecisas mas sublinhavam, pelo contrário, o contexto jurídico e económico de base que deveria ser tido em conta para que a análise fizesse sentido. Finalmente, o Tribunal aplicou as regras em matéria de ónus da prova, pedindo à Comissão que procedesse a um exame suficientemente aprofundado dos elementos de facto e de prova que lhe tinham sido apresentados pela GSK. As provas da GSK eram suficientes para provar que o acordo podia beneficiar de uma isenção.

102 É oportuno observar que o exame de um acordo, para determinar se o mesmo contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico e se permite obter vantagens objectivas sensíveis, deve fazer-se à luz dos argumentos de facto e os meios de prova apresentados no pedido de isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

103 Para esse exame, pode ser necessário tomar em conta as características e as eventuais especificidades do sector a que se refere o acordo, se essas características e especificidades forem determinantes para o resultado do exame. Importa acrescentar que tomar esses elementos em conta não significa inverter o ónus da prova, mas apenas

assegurar que o exame do pedido de isenção seja feito à luz dos argumentos de facto e dos meios de prova apropriados fornecidos pelo requerente.

104 Ora, ao decidir, em substância, nos n.os 276 e 303 do acórdão recorrido, que a Comissão não tivera razão em omitir a tomada em consideração de certos elementos sublinhados pela GSK no seu pedido, nomeadamente as especificidades estruturais do sector farmacêutico em causa, e que essa omissão de apreciação viciava a decisão sobre o pedido de isenção apresentado pela GSK, o Tribunal não cometeu qualquer erro de direito a este respeito.

105 Por outro lado, no que se refere à insuficiente fundamentação que a Comissão invoca no que respeita ao n.º 292 do acórdão recorrido, que se refere às diferenças de preços e às variações de taxas de câmbio, a referida instituição sustenta que é impossível determinar, no referido número, a que parte da sua Comunicação COM(1998) 588 final, de 25 de Novembro de 1999, relativa ao mercado único dos produtos farmacêuticos, se faz referência. Todavia, basta referir-se ao conteúdo da referida comunicação, tal como foi resumido pelo Tribunal no n.º 264 do acórdão recorrido, e que a Comissão não contesta, para identificar os dois pontos dessa comunicação relativos às diferenças de preços e às variações da taxa de câmbio a que o Tribunal faz referência.

106 A terceira parte do fundamento da Comissão e o segundo fundamento da EAEPC devem, por isso, ser julgados improcedentes.

— Quarta parte do fundamento da Comissão

107 A Comissão contesta os n.os 292 e 293 do acórdão recorrido. Segundo ela, o Tribunal considerou nesses pontos que as flutuações monetárias podem justificar uma restrição da concorrência, o que constitui uma aplicação errada do artigo 81.º, n.º 3, CE.

108 A legislação comunitária não permite às empresas invocar o efeito das flutuações monetárias para justificar os entraves ao comércio paralelo.

109 Deve observar-se que, nos pontos criticados do acórdão recorrido, o Tribunal não decidiu que um acordo restritivo da concorrência, destinado a compensar flutuações monetárias, pudesse ser isento ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

110 O Tribunal limitou-se a declarar nos referidos pontos:

«292. […] há que salientar que o comércio paralelo é um fenómeno que se pode prolongar para além do breve período estudado pela Comissão, não apenas em função do carácter durável das diferenças de preços que o permitem, mas também do carácter cíclico das variações cambiais, na medida em que elas subsistam. A Comissão admite-o na sua Comunicação COM(1998) 588 final […]. A Comissão reconhece igualmente na sua contestação que as flutuações monetárias permanecem uma realidade no que se refere aos Estados-Membros que não passaram à terceira fase da [União Económica e Monetária] em 1999, entre os quais figura precisamente o Reino Unido.

293. Neste contexto, a amostragem de números apresentada pela GSK é reveladora de uma tendência. A interrogação da Comissão que consta no considerando 168 da decisão, relativamente ao facto de o número fornecido pela GSK a respeito das suas perdas de receitas brutas em 1998 poder ter sido sobrestimado não põe em causa esta conclusão. Com efeito, o número fornecido a este respeito em 14 de Dezembro de 1998 e 14 de Fevereiro de 2000 é superior ao dos dois anos anteriores, como resulta do considerando 67 da [decisão impugnada]. Além disso, a explicação da GSK, segundo a qual o número anteriormente fornecido a este respeito, em 28 de Julho de 1998, era uma estimativa, ao passo que o número fornecido em Fevereiro de 2000 era real e era explicado pelo facto de [o acordo] ter sido aplicado entre a Primavera e o Outono de 1998, tal como resulta dos considerandos 19, 23, 26, 64, 67 e 168 da [decisão impugnada], era suficientemente credível para merecer uma análise séria.»

111 A quarta parte do fundamento da Comissão deve, por isso, ser julgada improcedente.

— Quinta parte do fundamento da Comissão, apoiada pela República da Polónia, e primeira parte do segundo fundamento da Aseprofar

112 A Comissão contesta os n.os 255, 269, 274, 281, 297 e 300 do acórdão recorrido. Considera que o referido acórdão aplica de modo errado o nexo de causalidade necessária à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE, ao considerar que a restrição da concorrência contribui para a promoção do progresso técnico uma vez que o aumento dos rendimentos aproveita ao fabricante e não ao grossista. Sublinha, a este propósito, que se deve determinar se a restrição contribui efectivamente para o progresso técnico e não apenas se dela resulta um aumento dos rendimentos que, se as empresas o desejarem, podem ser investidos na investigação e no desenvolvimento. Não basta que uma parte do aumento dos rendimentos se destine a despesas de investigação e de desenvolvimento e que aproveite aos fabricantes e não aos intermediários. A Comissão acrescenta que, contrariamente à posição adoptada no acórdão de 27 de Janeiro de 1987, Verband der Sachversicherer/Comissão (45/85, Colect., p. 405), o Tribunal, no acórdão recorrido, considerou que basta que uma parte do aumento de rendimentos se destine a despesas de investigação e de desenvolvimento para que esta condição esteja preenchida. A Comissão considera que o Tribunal cometeu um erro de direito ao admitir que a condição relativa à melhoria da distribuição dos produtos ou à promoção do progresso técnico possa estar preenchida quando não existe qualquer relação específica entre a restrição da concorrência e a vantagem reivindicada.

113 A GSK responde explicando a relação entre os lucros e o investimento no domínio da investigação e do desenvolvimento. Esta relação deve ser analisada à luz de estudos quantitativos globais sobre um período longo, de preferência a fazê-lo sobre alguns meses.

114 A Aseprofar alega também um erro por parte do Tribunal de Primeira Instância a este respeito. O raciocínio da GSK, segundo o qual o comércio paralelo reduz os seus lucros, e, por conseguinte, as suas despesas em investigação e desenvolvimento e por

consequência a sua inovação, é hipotético e genérico, de tal modo que poderia aplicar-se a qualquer restrição da concorrência, em qualquer outro sector intensivo em investigação e desenvolvimento. O raciocínio baseado num alegado nexo de causalidade entre o comércio paralelo e a inovação é errado.

115 Em apoio da sua resposta, a GSK explica o modo de financiamento da investigação nas sociedades farmacêuticas. Explica também que os pacientes que residem no Reino Unido não tiram proveito do comércio paralelo de medicamentos. A Aseprofar apresenta uma versão simplificadora e deformada da sua posição. O problema reside no facto de a Comissão não se ter dado ao trabalho de examinar se o acordo continha «vantagens objectivas apreciáveis». Considera que as afirmações da Aseprofar, de natureza factual, são inadmissíveis e, em todo o caso, desprovidas de fundamento. O Tribunal limitou-se a notar que os argumentos da GSK mereciam ser estudados.

116 Importa observar que, nos n.os 255 e 270 a 274 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância se limitou a apresentar, respectivamente, de que modo os argumentos da GSK tinham sido articulados e em que consistiam os argumentos relativos à perda de eficiência ligada ao comércio paralelo.

117 No n.º 269 do referido acórdão, o Tribunal recordou, aliás, pela remissão para o n.º 242 do mesmo acórdão, a extensão da sua fiscalização sobre a apreciação feita pela Comissão.

118 Nos n.os 281, 297 e 303 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou sucessivamente que a Comissão não tinha tomado em conta todos os elementos pertinentes apresentados pela GSK no que respeita à perda de eficiência relacionada com o comércio paralelo e aos ganhos de eficiência gerados pelo artigo 4.º do acordo, para concluir que a decisão impugnada estava viciada por omissão de apreciação.

119 Ora, não resulta destes vários elementos que tenha sido cometido a este respeito qualquer erro de direito. Não pode demonstrar-se validamente nenhuma desvirtuação dos argumentos da GSK nem qualquer erro de direito quanto ao alcance dos poderes de fiscalização das apreciações da Comissão pelo Tribunal de Primeira Instância.

120 Deve acrescentar-se que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, não resulta do acórdão Verband der Sachversicherer/Comissão, já referido, que a existência de uma vantagem objectiva sensível suponha necessariamente que a totalidade dos meios financeiros adicionais seja investida na investigação e desenvolvimento.

121 A quinta parte do fundamento da Comissão e a primeira parte do segundo fundamento da Aseprofar devem, por isso, ser julgadas improcedentes.

Fundamentos da Comissão e da EAEPC relativos à desvirtuação do conteúdo da decisão impugnada e fundamento da Comissão relativo à possibilidade de se referir a acontecimentos passados

122 A Comissão sustenta, por um lado, que o Tribunal desvirtuou o conteúdo da decisão ao decidir que foram examinados os ganhos de eficiência num único considerando da decisão impugnada. A Comissão considera, por outro lado, que o Tribunal fez errada aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE ao considerar que ela não tinha o direito de se referir a eventos passados para proceder a uma análise prospectiva.

123 A Comissão contesta o n.º 261 do acórdão recorrido, nos termos do qual o Tribunal de Primeira Instância decidiu que ela não tinha considerado necessário examinar detalhadamente se estava demonstrado que o artigo 4.º do acordo geraria um ganho de eficiência, uma vez que esta questão só fora abordada pontualmente, no n.º 156 dos fundamentos da decisão impugnada. A Comissão contesta também os n.os 299 e seguintes do mesmo acórdão, nos quais o Tribunal decidiu que ela não podia

considerar, de forma peremptória e não argumentada, que os argumentos de facto e os argumentos de prova apresentados pela GSK deviam ser considerados hipotéticos.

124 A Comissão sublinha que, na decisão impugnada, tratou da questão dos ganhos de eficiência e afirma ter dado uma descrição de eventos passados que provam que o comércio paralelo não tem uma relação evidente com os orçamentos de investigação e desenvolvimento. No seu entender, teve razão ao basear-se nestes elementos que ocorreram no passado, bem como nos dados relativos aos anos posteriores à decisão impugnada, contrariamente à posição do Tribunal sobre esta questão.

125 A GSK considera que, confrontado com uma decisão na qual a Comissão se recusava a honrar os seus argumentos sérios e verosímeis por uma resposta equitativa e fundamentada, não era inapropriado e não constituía certamente um erro judiciário que o Tribunal anulasse a decisão impugnada a esse respeito.

126 Segundo a EAEPC, o Tribunal dividiu artificialmente a argumentação da GSK em duas partes. Contrariamente ao que o Tribunal considerou no n.º 255 do acórdão recorrido, a argumentação da GSK destinada a demonstrar que o comércio paralelo gera uma perda de eficiência e que o artigo 4.º do acordo gera um ganho de eficiência não tinha de ser assim dividido em duas partes. O Tribunal de Primeira Instância não tinha razão para sustentar, no n.º 261 do mesmo acórdão, que a Comissão não examinara detalhadamente a segunda parte do argumento da GSK relativa ao referido artigo 4.º

127 A GSK afirma que este argumento da EAEPC não é apropriado nem pertinente. Este argumento é formalista, já que o Tribunal decidiu, no n.º 262 do acórdão recorrido, que «a análise dedicada pela Comissão à perda de eficiência atribuída ao comércio paralelo, à extensão dessa perda e ao ganho de eficiência ligado ao artigo 4.º [do acordo] não pode ser considerada suficiente para fundamentar as conclusões a que a Comissão chegou sobre esses pontos». Em todo o caso, a decisão impugnada foi anulada não em razão da construção da argumentação, mas em razão da insuficiência de apreciação por parte da Comissão. A GSK acrescenta que a sua argumentação se articulou sempre à volta de dois eixos, a saber, que o comércio paralelo se traduz por uma perda de eficiência e que o

artigo 4.º do acordo gera um ganho de eficiência, e que o Tribunal decidiu acertadamente ao distinguir estes dois aspectos da sua argumentação.

128 Deve observar-se, por um lado, que, ao exercer a sua fiscalização sobre a forma como a Comissão examinou os argumentos de facto e os elementos de prova apresentados pela GSK para demonstrar a existência de uma vantagem objectiva sensível, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 263 a 268 do acórdão recorrido, analisou em primeiro lugar a pertinência destes argumentos e elementos. Em segundo lugar, nos n.os 269 a 280 desse acórdão, abordou a existência de uma perda de eficiência ligada ao comércio paralelo, e, em terceiro lugar, nos n.os 281 a 293 do referido acórdão, tratou da extensão dessa perda de eficiência. Finalmente, em quarto e último lugar, analisou os ganhos de eficiência ligados ao artigo 4.º do acordo nos n.os 294 a 303 do mesmo acórdão.

129 Esta análise em quatro tempo, antes da ponderação, nos n.os 304 a 307 do acórdão recorrido, da vantagem objectiva sensível identificada na restrição de concorrência com os inconvenientes que essa mesma restrição gera para a concorrência, visa manifestamente, para efeitos dos presentes processos, determinar se a Comissão tinha razão para concluir pela ausência de vantagem objectiva sensível para recusar a isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE.

130 Deste modo, o Tribunal exerceu a sua fiscalização destinada a determinar se a Comissão não tinha cometido um erro manifesto de apreciação e não se vê que tenha sido cometido qualquer erro de direito no exercício dessa fiscalização.

131 O Tribunal de Primeira Instância pôde assim considerar, no n.º 261 do acórdão recorrido, que a Comissão tinha essencialmente analisado se o comércio paralelo gerava uma perda de eficiência para a concorrência e que não tinha considerado necessário demonstrar em pormenor se o artigo 4.º do acordo implicava um ganho de eficiência para a concorrência. O Tribunal concluiu, portanto, no n.º 262 do acórdão recorrido, que o exame efectuado pela Comissão não tinha sido suficiente.

132 Por outro lado, quanto à tomada em consideração de eventos passados, basta constatar, como observou a advogada-geral no n.º 247 das suas conclusões, que o Tribunal não excluiu que a Comissão pudesse basear-se em tais acontecimentos, contrariamente ao que esta última instituição sustenta.

133 Os fundamentos da Comissão e da EAEPC, suscitados a este propósito, devem, por isso, ser julgados improcedentes.

Fundamentos da EAEPC baseados em erros de interpretação

134 A EAEPC sustenta que o Tribunal interpretou erradamente ou omitiu a interpretação dos factos. A este propósito, contesta nomeadamente os n.ºs 275 e 277 do acórdão recorrido. Observa que a Comissão tinha analisado os argumentos específicos da GSK e considerado, com razão, que esta não tinha demonstrado suficientemente a relação de causa e efeito entre a redução do comércio paralelo que resulta da inserção do artigo 4.º do acordo e o acréscimo de inovação resultante do aumento das despesas de investigação e de desenvolvimento. Em seu entender, resulta do estudo II de Frontier Economics, apresentado pela GSK, que «nunca se disse que o comércio paralelo seria o principal factor em matéria de investigação e de desenvolvimento». O Tribunal baseou a sua apreciação em factos inexactos, a saber, nomeadamente, na presunção de que o consumidor final no sector médico é apenas o paciente, sem ter em conta que o sistema nacional de saúde também deve ser considerado como tal.

135 A GSK responde, em substância, que o elemento principal do raciocínio do Tribunal se baseia na circunstância de que, apesar dos efeitos restritivos que eram perceptíveis, estes não apareciam de modo imediato e não podiam certamente ser presumidos, tendo em conta o quadro regulamentar do sector farmacêutico.

136 Deve concluir-se, como observou a advogada-geral no n.º 280 das suas conclusões, que não resulta do acórdão recorrido, nomeadamente do n.º 277, que o Tribunal tenha deduzido do estudo II de Frontier Economics que existia uma relação directa entre o comércio paralelo e as despesas de investigação e de desenvolvimento.

137 Também não resulta, nomeadamente do n.º 275 do acórdão recorrido, que o Tribunal de Primeira Instância tenha desvirtuado a decisão impugnada ao considerar que a Comissão tinha omitido o exame rigoroso dos argumentos factuais e dos elementos de prova apresentados pela GSK.

138 Como se concluiu no n.º 130 do presente acórdão, o Tribunal exerceu a sua fiscalização para determinar se a Comissão não tinha cometido um erro manifesto de apreciação e não se vê que tenha sido cometido qualquer erro de direito no exercício dessa fiscalização.

139 Por conseguinte, os fundamentos da EAEPC baseados em erros de interpretação devem ser julgados improcedentes.

Fundamentos da Comissão e da Aseprofar baseados numa interpretação errada do nível de fiscalização jurisdicional aplicável

140 A Comissão articula este fundamento em duas partes, sendo o conteúdo da segunda, em substância, semelhante ao de um dos fundamentos invocados pela Aseprofar.

141 Na primeira parte do fundamento da Comissão, esta última sustenta que, no acórdão recorrido, o Tribunal não declara qualquer insuficiência de fundamentação nem qualquer erro de apreciação manifesta, mas cria uma nova categoria de erro susceptível de controlo, a saber, a «falta de exame sério», que é desconhecida da jurisprudência relativa à fiscalização jurisdicional do artigo 81.º, n.º 3, CE. Remete para os n.ºs 269, 277, 281, 286 e 313 do acórdão recorrido. Na sua opinião, o Tribunal de Justiça nunca aplicou o fundamento de «falta de exame sério» e o Tribunal de Primeira Instância não demonstrou a existência de um erro manifesto de apreciação. O ónus da prova e o nível de prova correctamente definidos deviam ter levado o Tribunal a negar provimento ao recurso ou, pelo menos, a explicar onde tinha sido cometido o erro manifesto de apreciação.

142 A GSK responde que o Tribunal de Primeira Instância censura a Comissão por não ter procedido a uma apreciação dos seus argumentos detalhados e sérios, o que não modifica a natureza da fiscalização jurisdicional que deve efectuar. O facto de não ter «apreciado» os referidos argumentos inclui-se no âmbito da fiscalização do erro manifesto de apreciação.

143 No que respeita à segunda parte do seu fundamento, a Comissão sustenta, tal como faz a Aseprofar no âmbito do fundamento que suscita, que o Tribunal de Primeira Instância excedeu o nível justo de fiscalização jurisdicional ao substituir pela sua própria apreciação económica a apreciação feita pela Comissão, contrariamente ao que observou no n.º 243 do acórdão recorrido. A Comissão alega nomeadamente que, no n.º 278 do acórdão recorrido, no qual o Tribunal declarou que ela «ignorou os argumentos da GSK de que o valor dos seus lucros deve ser relativizado em função da forma da sua contabilização». Essa fundamentação era de tal forma sucinta que deste modo seria impossível saber a que é que o Tribunal de Primeira Instância se refere.

144 A Aseprofar acrescenta que o Tribunal devia ter fiscalizado a existência de erro manifesto de apreciação, em vez de exprimir uma opinião diferente da da Comissão e substituir a apreciação da Comissão pela sua.

145 Pelas mesmas razões que invocou no que respeita à primeira parte do fundamento da Comissão, a GSK contesta que a fiscalização feita pelo Tribunal de Primeira Instância tenha podido conduzir à substituição da apreciação da Comissão pela apreciação do Tribunal.

146 Tal como já se observou no n.º 85 do presente acórdão, os órgãos jurisdicionais comunitários exercem uma fiscalização restrita relativamente às apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão. Os referidos órgãos jurisdicionais limitam-se, a este respeito, à verificação do respeito das regras de processo e de fundamentação, à exactidão material dos factos e à ausência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.

147 Ora, no âmbito dessa fiscalização, o Tribunal pode verificar se a Comissão fundamentou de modo suficiente a decisão impugnada (v., neste sentido, acórdão Remia e o./Comissão, já referido, n.º 40, bem como o acórdão de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão, C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.ºs 28 e 29).

148 O Tribunal agiu, portanto, justificadamente ao verificar a fundamentação da decisão impugnada no que respeita aos argumentos de facto e aos elementos de prova pertinentes apresentados pela GSK em apoio do seu pedido de isenção.

149 Além disso, deve observar-se que o Tribunal se limitou a concluir que a Comissão não tinha tomado em conta todos os argumentos de facto e os elementos de prova pertinentes da GSK e não substituiu os fundamentos da Comissão relativamente à concessão da isenção pelos seus próprios fundamentos.

150 O fundamento da Comissão, considerado nas suas duas partes, bem como o fundamento da Aseprofar, devem, por conseguinte, ser julgados improcedentes.

Fundamentos da Comissão e da Aseprofar baseados na fundamentação insuficiente

151 A Comissão sustenta que a fundamentação do n.º 263 do acórdão recorrido é insuficiente. Este ponto enuncia:

«Deve salientar-se que os argumentos de facto da GSK e os meios de prova apresentados em seu apoio se afiguram pertinentes, fiáveis e verosímeis tendo em conta o seu conteúdo […] que é corroborado em vários aspectos importantes por documentos emanados da Comissão.»

152 A Comissão precisa que os n.ºs 265 e 266 do acórdão recorrido agravam a insuficiência de fundamentação e sublinha, a este propósito, que, se o Tribunal decidiu, nomeadamente no n.º 265, que «uma parte dos argumentos [da GSK] e análises económicas que constam dos elementos de prova apresentados em seu favor, comprovando assim a sua fiabilidade e a sua verosimilhança» são corroborados pela Comunicação COM (1998) 588 final, não seria possível determinar quais destes elementos são efectivamente corroborados.

153 A Comissão acrescenta que os autos não contêm nenhuma prova que demonstre que a GSK está impedida de aumentar o seu orçamento de investigação e de desenvolvimento numa proporção equivalente aos muito modestos lucros cessantes causados pelo comércio paralelo dos seus produtos.

154 No mesmo sentido, a Aseprofar sustenta nomeadamente que o Tribunal de Primeira Instância não explicou as razões pelas quais o elemento central da Comissão estava viciado, a saber, que não se tinha demonstrado o nexo de causalidade entre o comércio paralelo e a inovação.

155 A este respeito, a obrigação de fundamentação que incumbe ao Tribunal de Primeira Instância nos termos dos artigos 36.º e 53.º, primeiro parágrafo, no Estatuto do Tribunal de Justiça (v. acórdão de 2 de Abril de 2009, Bouygues e Bouygues Télécom/Comissão, C-431/07 P, Colect., p. I-2665, n.º 42) não parece ter sido violado no caso vertente.

156 Com efeito, deve sublinhar-se que, nos n.ºs 255 a 259 do acórdão recorrido, o Tribunal reproduziu diferentes argumentos de facto e elementos de prova apresentados pela GSK. No n.º 261 do referido acórdão, considerou que a Comissão tinha essencialmente examinado na decisão impugnada, se estava demonstrado que o comércio paralelo gerava uma perda de eficiência, sem considerar necessário examinar se também estava demonstrado que o artigo 4.º do acordo gerava, por sua vez, ganhos de eficiência.

157 O Tribunal acrescentou, no n.º 262 do acórdão recorrido, que, dada a pertinência dos elementos de facto e dos elementos de prova da GSK, o exame da Comissão não podia ser considerado suficiente para suportar as suas conclusões.

158 Fez seguir essa consideração, tal como já se referiu no n.º 128 do presente acórdão, por uma análise da pertinência dos argumentos de facto e dos elementos de prova da GSK, bem como por uma análise da perda de eficiência ligada ao comércio paralelo, da importância desta perda de eficiência, dos ganhos de eficiência ligados ao artigo 4.º do acordo e da ponderação destes diferentes aspectos.

159 Devem, pois, julgar-se improcedentes os fundamentos da Comissão e das Aseprofar invocados a este respeito.

Fundamentos da Comissão e da Aseprofar relativos às outras condições de aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE

160 A Comissão contesta o n.º 309 do acórdão recorrido e considera que o mesmo não contém qualquer fundamentação relativamente à condição relativa ao «carácter indispensável» da restrição.

161 A Aseprofar sustenta, por outro lado, que o Tribunal cometeu um erro manifesto de direito nos n.os 235 a 240 do acórdão recorrido, nos quais declarou que a Comissão tinha concentrado o seu exame na primeira condição do artigo 81.º, n.º 3, CE. O Tribunal não apreciou se a análise feita pela Comissão dos argumentos segundo os quais uma parte substancial dos ganhos de eficiência seria repercutido para os consumidores que podiam assim tirar vantagem dessa repercussão era fundada. Da mesma forma, o Tribunal devia ter examinado se a Comissão tinha cometido um erro manifesto ao concluir que a GSK não tinha demonstrado que a sua restrição era indispensável à inovação. Por outro lado, contrariamente ao que decidiu o Tribunal no n.º 315 do acórdão recorrido, a Comissão não estava obrigada a refutar os argumentos que não tenham sido suscitados pela GSK no que respeita à condição relativa à ausência de restrição substancial da concorrência.

162 A GSK responde que o objecto da fiscalização jurisdicional não é decidir se a Comissão devia ter concedido uma isenção. Nos termos do Regulamento n.º 17, a Comissão tem competência exclusiva para proceder a essa apreciação, o que explica que o Tribunal tenha ligado a análise da segunda à quarta condições de aplicação artigo 81.º, n.º 3, CE, ao resultado da primeira. Foi com razão que Tribunal concluiu, no n.º 309 do acórdão recorrido, que «resulta da decisão [impugnada] e dos debates que as conclusões sumárias da Comissão relativamente à existência de repercussão para o utilizador, ao carácter indispensável do artigo 4.º [do acordo] e à inexistência de eliminação de concorrência se baseiam na conclusão relativa à existência de um ganho de eficiência» e, no n.º 310 do referido acórdão, que «na medida em que esta conclusão está viciada por ilegalidade, na medida em que se refere à existência de uma contribuição para a promoção do progresso técnico, estas conclusões são igualmente inválidas».

163 Em primeiro lugar, não compete ao Tribunal substituir pela sua apreciação económica a apreciação feita pelo autor da decisão cujo controlo da legalidade lhe é pedido. Com efeito, tal como foi recordado no n.º 85 do presente acórdão, os órgãos jurisdicionais comunitários exercem sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão um controlo restrito, que se limita à verificação do respeito das regras de processo e de fundamentação, bem como de exactidão material dos factos, da ausência de erro manifesto de apreciação dos factos e de desvio de poder.

164 Nessa fiscalização, quando a Comissão não tenha fornecido motivos respeitantes a uma das condições estabelecidas no artigo 81.º, n.º 3, CE, o Tribunal examina se a fundamentação da decisão da Comissão relativa a esta condição é suficiente ou não.

165 Foi precisamente o que fez o Tribunal de Primeira Instância no n.º 309 do acórdão recorrido.

166 Em segundo lugar, deve concluir-se que o Tribunal não desvirtuou o conteúdo do n.º 187 dos fundamentos da decisão impugnada ao constatar que as conclusões da Comissão, que tinha entendido que o artigo 4.º do acordo não era indispensável, eram insuficientes, porque baseadas na constatação de que essa disposição não acarretaria vantagem objectiva sensível.

167 Os fundamentos da Comissão e da Aseprofar invocados a este respeito devem, por isso, ser julgados improcedentes.

168 Resulta de todas as considerações precedentes que os recursos interpostos pela GSK, pela EAEPC, pela Aseprofar e pela Comissão devem ser julgados improcedentes.

Quanto às despesas

169 O artigo 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, prevê que, quando o recurso for julgado improcedente ou for julgado procedente e o Tribunal de Justiça decidir definitivamente o litígio, decidirá igualmente sobre as despesas. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do referido regulamento, aplicável ao recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte contrária o tiver requerido. O n.º 3, primeiro parágrafo, desta última disposição prevê todavia que o Tribunal de Justiça pode repartir as custas ou decidir que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas se as partes forem vencidas respectivamente em um ou vários pontos ou em circunstâncias excepcionais. O n.º 4 da mesma disposição enuncia que os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as respectivas despesas.

170 No caso vertente, tendo a GSK, a EAEPC, a Aseprofar e a Comissão, cada uma na parte que lhe respeita, sido vencidas nos seus argumentos, devem ser condenadas a suportar as suas próprias despesas referentes aos processos respectivos e a República da Polónia deve suportar as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) decide:

1) **Os recursos interpostos pela GlaxoSmithKline Services Unlimited, anteriormente Glaxo Wellcome plc, pela Comissão das Comunidades Europeias, pela European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) e pela Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) são julgados improcedentes.**

2) **Cada uma das partes suporta as suas próprias despesas respeitantes aos processos respectivos.**

3) A República da Polónia suporta as suas próprias despesas.

Assinaturas