DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 6 oktober 2009 *

I de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P,

angående fyra överklaganden enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 11 december 2006 (C-501/06 P och C-513/06 P), den 18 december 2006 (C-515/06 P) och den 13 december 2006 (C-519/06 P),

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Förenade kungariket), företrätt av I. Forrester, QC, S. Martínez Lage, abogado, A. Komninos, dikigoros, och A. Schulz, Rechtsanwalt,

klagande,

i vilket de andra parterna är

* Rättegångsspråk: engelska.

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av T. Christoforou, F. Castillo de la Torre och E. Gippini Fournier, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

med stöd av

Republiken Polen, företrädd av E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko och K. Majcher, samtliga i egenskap av ombud,

intervenient i överklagandet,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bryssel (Belgien), företrädd av M. Hartmann-Rüppel och W. Rehmann, Rechtsanwälte,

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

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

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

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

och

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av T. Christoforou, F. Castillo de la Torre och E. Gippini Fournier, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

med stöd av

Republiken Polen, företrädd av E. Ośniecka-Tamecka, M. Kapko och K. Majcher, samtliga i egenskap av ombud,

intervenient i överklagandet,

i vilket de andra parterna är

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Förenade kungariket), företrätt av I. Forrester, QC, A. Komninos, dikigoros, och A. Schulz, Rechtsanwalt,

sökande i första instans,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bryssel (Belgien), företrädd av M. Hartmann-Rüppel, Rechtsanwalt,

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

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

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

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

och

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bryssel (Belgien), företrädd av M. Hartmann-Rüppel och W. Rehmann, Rechtsanwälte,

klagande,

i vilket de andra parterna är

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Förenade kungariket), företrätt av I. Forrester, QC,

sökande i första instans,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av T. Christoforou, F. Castillo della Torre och E. Gippini Fournier, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

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

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

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

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

och

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

klagande,

i vilket de andra parterna är

GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc, Brentford, Middlesex (Förenade kungariket), företrätt av I. Forrester, QC, och A. Schulz, Rechtsanwalt,

sökande i första instans,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av T. Christoforou, F. Castillo della Torre och E. Gippini Fournier, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC), Bryssel (Belgien), företrädd av M. Hartmann-Rüppel, Rechtsanwalt,

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

Spain Pharma SA, Madrid (Spanien),

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

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen),

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna A. Ó Caoimh, J. Klučka (referent), U. Lõhmus och A. Arabadjiev,

generaladvokat: V. Trstenjak,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malaček,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 18 mars 2009,

och efter att den 30 juni 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 GlaxoSmithKline Services Unlimited (nedan kallat GSK) (C-501/06 P), Europeiska gemenskapernas kommission (C-513/06 P), European Association of Euro Pharmaceutical Companies (nedan kallad EAEPC) (C-515/06 P) och Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (nedan kallad Aseprofar) (C-519/06 P) har yrkat att domstolen delvis ska upphäva Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 27 september 2006 i mål T-168/01, GlaxoSmithKline Services mot kommissionen (REG 2006, s. II-2969, nedan kallad den överklagade domen), i vilken förstainstansrätten har ogiltigförklarat artiklarna 2–4 i kommissionens beslut 2001/791/EG av den 8 maj 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärendena IV/36.957/F3 – Glaxo Wellcome (Anmälan), IV/36.997/F3 – Aseprofar och Fedifar (Klagomål), IV/37.121/F3 – Spain Pharma (Klagomål), IV/37.138/F3 – BAI (Klagomål) och IV/37.380/F3 – EAEPC (Klagomål)) (EGT L 302, 2001, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet) och i övrigt ogillat GSK:s talan.

2 I nämnda beslut hade kommissionen ansett att Glaxo Wellcome SA (nedan kallat GW), som är ett dotterbolag till GSK, hade överträtt artikel 81.1 i EG-fördraget genom att ingå ett avtal med spanska grossister där en åtskillnad görs mellan de priser som betalas

av grossister som återförsäljer ersättningsberättigade läkemedel till apotek och sjukhus inom landet och de högre priser som tas ut vid export till andra medlemsstater. Kommissionen hade dessutom avslagit begäran om undantag från detta avtal enligt artikel 81.3 EG.

Bakgrunden till tvisten

3 Bakgrunden till tvisten, såsom den beskrivs i punkterna 8–21 i den överklagade domen, kan sammanfattas enligt följande.

4 GSK är ett bolag bildat enligt brittisk rätt, med säte i Brentford (Förenade kungariket). Bolaget ingår i GlaxoSmithKline-koncernen, vilken är en av världens största läkemedelsproducenter. GW är ett bolag som bildats enligt spansk rätt, med säte i Madrid (Spanien). Dess huvudsakliga verksamhet går ut på att, direkt eller genom sina dotterbolag, skapa, utveckla, tillverka och saluföra läkemedel i Spanien.

5 GW sände genom skrivelse av den 6 mars 1998 in en handling med titeln ”Allmänna villkor avseende [GW:s] och dess dotterbolags försäljning av farmaceutiska specialiteter till godkända grossister” (nedan kallat avtalet) till kommissionen. Syftet var att erhålla ett icke-ingripandebesked eller ett undantag enligt rådets första förordning om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). GSK lämnade i skrivelse av den 28 juli 1998 kompletterande upplysningar till kommissionen.

6 Avtalet gäller för 82 läkemedel som säljs till spanska grossister med vilka GW har handelsförbindelser men vilka inte ingår i samma distributionsnät. Grossisterna kan sälja dessa läkemedel till spanska sjukhus eller apotek som lämnar ut läkemedlen till

patienterna vid uppvisande av recept för desamma. Grossisterna kan också vidareförsälja läkemedlen i andra medlemsstater genom parallellhandel, som grossisterna ägnar sig åt på grund av prisskillnaderna. Bland de 82 läkemedlen ingår åtta läkemedel som enligt GSK:s beskrivning särskilt kan misstänkas bli föremål för parallellhandel, i huvudsak från Spanien till Förenade kungariket.

7 Artikel 4 i avtalet anger två olika priser för alla dessa 82 läkemedel. Artikeln har följande lydelse:

”A) Enligt bestämmelserna i underavdelning 1 (punkt 1) och 2 i artikel 100 i [lag 25/1990], skall priset på farmaceutiska produkter från [GW] och dess dotterbolag inte i något fall överstiga det maximala branschpris som fastställs av de spanska hälsovårdsmyndigheterna när de två kriterier som krävs för att dessa regler skall kunna tillämpas är uppfyllda, nämligen

— att de farmaceutiska produkterna i fråga finansieras med medel från den spanska socialförsäkringen eller med andra offentliga medel, och

— att de förvärvade farmaceutiska produkterna därefter återförsäljs i Spanien, dvs. på apotek eller spanska sjukhus.

B) Om något av dessa två kriterier inte är uppfyllt (dvs. i alla fall där den spanska lagstiftningen ger företagen full frihet att själva sätta sina priser), kommer [GW] och dess dotterbolag att fastställa priset på sina farmaceutiska produkter enligt verkliga, objektiva och icke-diskriminerande ekonomiska kriterier och fullständigt oberoende av produkternas slutmål, som bestäms av den grossist som köper

produkten. Framför allt kommer [GW] och dess dotterbolag att på sina farmaceutiska produkter tillämpa de priser som, på grundval av företagens interna ekonomiska undersökningar, först föreslogs för de spanska hälsovårdsmyndigheterna och sedan objektivt höjts med hänsyn till höjda levnadsomkostnader i enlighet med underavdelningarna 1 (punkt 1) och 2 i artikel 100 i [lag 25/1990].”

8 GW sände genom skrivelse av den 6 mars 1998 ett avtalsförslag till 89 grossister med säte i Spanien. 75 grossister, vilka svarade för mer än 90 procent av GW:s sammanlagda försäljning i Spanien under år 1998, valde att underteckna avtalet. Avtalet trädde i kraft den 9 mars 1998.

9 Aseprofar, och även andra, ifrågasatte vid den spanska konkurrensmyndigheten och i spansk domstol om avtalet var lagenligt.

10 Kommissionen mottog även klagomål som gick ut på att avtalet stred mot artikel 81.1 EG, bland annat från EAEPC och Aseprofar.

11 Den 8 maj 2001 antog kommissionen det omtvistade beslutet, vilket har följande lydelse:

”*Artikel 1*

[GW] har överträtt artikel 81.1 i fördraget genom att ingå ett avtal med spanska grossister där en åtskillnad görs mellan de priser som betalas av grossister som

återförsäljer ersättningsberättigade läkemedel till apotek och sjukhus i Spanien och de högre priser som tas ut vid export till andra medlemsstater.

Artikel 2

[GW:s] begäran om ett undantag enligt artikel 81.3 i EG-fördraget för det avtal som beskrivs i artikel 1 avslås härmed.

Artikel 3

[GW] skall omedelbart upphöra med den överträdelse som beskrivs i artikel 1, om företaget inte redan har gjort detta. Företaget skall inte upprepa några av de åtgärder som utgör denna överträdelse och inte vidta några åtgärder som har samma syfte eller resultat.

Artikel 4

[GW] skall inom två månader från offentliggörandet av detta beslut informera kommissionen om de åtgärder man har vidtagit för att upphöra med överträdelsen.

…”

Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

12 Det framgår av artiklarna 22–37 i den överklagade domen att GSK väckte talan mot det omtvistade beslutet vid förstainstansrätten genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 23 juli 2001. EAEPC och Aseprofar begärde genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 8 och den 16 november 2001 att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden enligt artikel 40 andra stycket i domstolens stadga och artikel 115.1 i förstainstansrättens rättegångsregler. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning biföll i beslut av den 27 november 2002 ansökningarna om intervention.

13 Domslutet i den överklagade domen har följande lydelse:

”1) Artiklarna 2, 3 och 4 i [det överklagade beslutet] ogiltigförklaras.

2) Talan ogillas i övriga delar.

3) [GSK] skall bära hälften av sin kostnad och ersätta hälften av kommissionens kostnad, inbegripet den som rör interventionerna.

4) Kommissionen skall bära hälften av sin kostnad och ersätta hälften av [GSK:s] kostnad, inbegripet den som rör interventionerna.

5) [Aseprofar] … [EAEPC] … skall bära sina egna kostnader.”

Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen

14 I sitt överklagande har GSK yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen såvitt GSK:s yrkande om ogiltigförklaring av artikel 1 i det omtvistade beslutet har ogillats eller vidta de övriga åtgärder som är lämpliga, och

— förplikta kommissionen att ersätta GSK:s rättegångskostnad.

15 Kommissionen har i sitt svaromål även inkommit med ett anslutningsöverklagande. Kommissionen yrkar att domstolen ska

— helt ogilla GSK:s överklagande,

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

— avgöra målet slutligt genom att ogilla talan om ogiltigförklaring i mål T-168/01, och

— förplikta GSK att ersätta kommissionens rättegångskostnader i målet i första instans och i förevarande mål om överklagande.

16 GSK har i sitt svaromål, vad avser anslutningsöverklagandet, yrkat att domstolen ska avvisa eller ogilla detta överklagande eller både avvisa och ogilla det samt förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

17 Kommissionen har i sitt överklagande framställt samma tre yrkanden som i sitt svaromål och sitt anslutningsöverklagande i mål C-501/06 P, det vill säga, att domstolen ska

— helt ogilla GSK:s överklagande,

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

— avgöra målet slutligt genom att ogilla talan om ogiltigförklaring i mål T-168/01, och

— förplikta GSK att ersätta kommissionens rättegångskostnader i målet i första instans och i förevarande mål om överklagande.

18 EAEPC har i sitt överklagande yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen såvitt därigenom det omtvistade beslutet har ogiltigförklarats, och

— förplikta GSK att ersätta rättegångskostnaderna.

19 I sitt överklagande har Aseprofar yrkat att domstolen ska

— upphäva punkt 1 i domslutet i den överklagade domen,

— slutligt avgöra mål T-168/01 genom att helt ogilla GSK:s talan och fastställa det omtvistade beslutet, samt

— upphäva punkterna 3, 4 och 5 i domslutet i den överklagade domen, och

— förplikta GSK att ersätta rättegångskostnaderna i målet vid förstainstansrätten och i målet om överklagande.

20 Domstolens ordförande har i beslut av den 17 december 2008 förenat målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P för gemensam muntlig förhandling och gemensamt avgörande.

Överklagandena

21 I syfte att underlätta läsningen och ta hänsyn till att vissa av klagandenas grunder liknar varandra kommer vissa grunder att prövas separat medan andra kommer att prövas tillsammans.

Upptagande till sakprövning

Upptagande till sakprövning vad avser de grunder för överklagandena som åberopats av Aseprofar och kommissionen, med stöd av Republiken Polen, som är självständiga och som rör artikel 81.1 EG

— Parternas argument

22 GSK hävdar att i princip kan kommissionens och Aseprofars överklagande och Republiken Polens ansökan om intervention, inte upptas till sakprövning. I dessa handlingar har deras upphovsmän vänt sig mot domskälen och inte domslutet i den överklagade domen, vad avser artikel 81.1 EG. GSK har anfört att dessa grunder angående domskälen i den del av den överklagade domen som rör artikel 81.1 EG inte i något fall kan inverka på punkt 2 i domslutet i denna dom, där artikel 1 i det omtvistade beslutet bekräftas vad avser omständigheten att avtalet strider mot artikel 81.1 EG. GSK hävdar att i enlighet med rättspraxis rörande frågan om huruvida ett överklagande kan

upptas till sakprövning kan grunder som rör förstainstansrättens domskäl avseende artikel 81.1 EG aldrig upptas till sakprövning.

— Domstolens bedömning

23 Det framgår av domstolens rättspraxis att en förutsättning för att en klagande ska ha ett berättigat intresse av att överklaga är att utgången av överklagandet kan medföra någon fördel för honom (se beslut av den 25 januari 2001 i mål C-111/99 P, Lech-Stahlwerke mot kommissionen, REG 2001, s. I-727, punkt 18, och av den 8 april 2008 i mål C-503/07 P, Saint-Gobain Glass Deutschland mot kommissionen, REG 2008, s. I-2217, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

24 I förevarande fall hävdar kommissionen och Aseprofar att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin bedömning av avtalets syfte att begränsa konkurrensen, samtidigt som de begär att domstolen inte ska ändra punkt 2 i domslutet i den överklagade domen, utan i stället ändra domskälen.

25 GSK har således rätt i sitt påstående att kommissionens och Aseprofars grunder inte kan leda till att de får en fördel eller inverka på punkt 2 i domslutet i den överklagade domen, i vilken det bekräftas att artikel 81.1 EG har åsidosatts.

26 Kommissionens och Aseprofars egna överklaganden kan således inte bifallas i den del de riktas mot den del av domskälen i den överklagade domen som rör artikel 81.1 EG.

GSK:s invändning att kommissionens anslutningsöverklagande inte kan upptas till sakprövning

— Parternas argument

27 GSK har för det första angett att anslutningsöverklagandet inte kan upptas till sakprövning, eftersom kommissionen redan har överklagat den överklagade domen i mål C-513/06 P. Enligt GSK innebär överklagandet och anslutningsöverklagandet att samma talan kumuleras, trots att detta inte är tillåtet.

28 För det andra utgör anslutningsöverklagandet, i den del det är identiskt med överklagandet i mål C-513/06 P, ett rättegångsmissbruk, varför anslutningsöverklagandet inte kan upptas till sakprövning. GSK menar att eftersom de två överklagandena avser en tvist där parterna är desamma och yrkandena har samma syfte, varvid samma grunder åberopas, kan det senare inkomna överklagandet, det vill säga anslutningsöverklagandet, inte upptas till sakprövning.

29 För det tredje kan anslutningsöverklagandet inte upptas till sakprövning i den del det rör vissa delar av den överklagade domen där kommissionens yrkanden bifalls. Det är uppenbart att ett överklagande inte kan upptas till sakprövning när det åberopas en grund som endast rör domskälen i en överklagad dom, vilka inte påverkar domslutet, vilket innebär att grunden är verkningslös och att den inte kan leda till att överklagandet bifalls.

30 Kommissionen har bland annat hävdat att de flesta av argumenten rörande artikel 81.1 EG egentligen avser frågor som rör artikel 81.3 EG, eftersom de rör påstådda särskilda förhållanden vad avser den marknad som är relevant vad avser dessa två bestämmelser. Kommissionen har vidare gjort gällande att dessa argument ska förstås som argument som anförs som svar på GSK:s argument i dess överklagande. Kommissionen har tillagt att det inte finns någon bestämmelse som föreskriver att ett anslutningsöverklagande inte kan upptas till sakprövning om ett självständigt överklagande redan har ingetts.

— Domstolens bedömning

31 Vad avser argumentet att kommissionen inte kumulativt kan inge både ett överklagande och ett anslutningsöverklagande, eftersom detta bland annat skulle innebära ett rättegångsmissbruk, ska det anmärkas att det inte finns något i ordalydelsen i artikel 116 i domstolens rättegångsregler som ger stöd för slutsatsen att en part inte kumulativt kan inge både ett överklagande och ett anslutningsöverklagande mot samma dom från förstainstansrätten och detta även om det redan finns flera mål som rör denna dom och dessa mål har förenats. Omständigheten att mål C-501/06 P och mål C-513/06 P har förenats innebär inte att de inte längre är självständiga mål.

32 GSK:s yrkande kan således inte bifallas med stöd av detta argument.

33 Vad avser argumentet att anslutningsöverklagandet inte kan upptas till sakprövning, eftersom dess upphovsman vänder sig mot vissa delar av domskälen i den överklagade domen och inte mot punkt 2 i domslutet i densamma, ska det anmärkas att på samma sätt som är fallet med ett överklagande, kan en klagande endast anses ha ett berättigat intresse av ett anslutningsöverklagande om utgången av detta kan medföra någon fördel för honom.

34 Såsom generaladvokaten har anmärkt i punkt 52 i sitt förslag till avgörande har kommissionen emellertid under målets handläggning påpekat att dess argument i anslutningsöverklagandet i första hand var tänkt som ett svar på GSK:s överklagande. Enligt kommissionen ska ett sådant argument därför inte förstås som ett anslutningsöverklagande enligt artikel 116.1 första strecksatsen andra alternativet i domstolens rättegångsregler, utan som ett yrkande att GSK:s överklagande ska ogillas, i den mening som avses i artikel 116.1 första strecksatsen första alternativet i samma rättegångsregler.

35 Det ska härvid erinras om att enligt artikel 116.1 i domstolens rättegångsregler får yrkandena i svarsskrivelsen avse att överklagandet helt eller delvis ska avvisas eller ogillas eller att förstainstansrättens avgörande helt eller delvis ska upphävas eller att de yrkanden som framställts i första instans ska bifallas helt eller delvis, varvid nya yrkanden inte får framställas.

36 Ordalydelsen i denna bestämmelse ger emellertid inte stöd för slutsatsen att Aseprofar, EAEPC eller kommissionen skulle vara förhindrade att åberopa grunder som svar på just de grunder som GSK har åberopat i sitt överklagande, för att förklara varför man anser att förstainstansrätten har tolkat och tillämpat artikel 81.1 EG på ett felaktigt sätt och för att förklara hur man själv anser att denna bestämmelse ska tolkas.

37 Av detta följer att kommissionen, Aseprofar och EAEPC, som ett svar på GSK:s överklagande i mål C-501/06 P, kan yrka att GSK:s överklagande ska ogillas i den del det avser punkt 2 i domslutet i den överklagade domen.

38 Tvärtemot vad GSK har gjort gällande utgör omständigheten att kommissionen har beskrivit sina grunder för svaromålet i den del av svaromålet som den har betecknat som ett ”anslutningsöverklagande” inte ett argument mot denna slutsats. Det är nämligen onekligen så, att det inte går att fästa all vikt vid hur den del av svaromålet där kommissionen har utvecklat sina argument formellt har betecknats, utan att fästa avseende vid dess innehåll. I förevarande fall står det, oavsett ordvalet, klart att ”anslutningsöverklagandet” i svaromålet innebär ett yrkande att överklagandet ska ogillas.

39 Mot denna bakgrund kan GSK:s invändning om rättegångshinder vad avser anslutningsöverklagandet inte bifallas.

GSK:s grund avseende artikel 81.1 EG

40 Det ska erinras om att det är i punkterna 114–147 i den överklagade domen som förstainstansrätten avgjorde om det finns stöd för kommissionens huvudsakliga slutsats att artikel 4 i avtalet ska anses vara förbjuden enligt artikel 81.1 EG, i den del som den begränsar eller har till syfte att begränsa parallellhandeln.

41 Förstainstansrätten konstaterade i punkterna 114–116 i den överklagade domen att avtalets syfte är att inrätta ett system med differentierade priser och att syftet därmed i princip måste anses vara att begränsa parallellhandeln.

42 Förstainstansrätten ansåg emellertid i punkterna 117–119 i den överklagade domen att med hänsyn till den juridiska och ekonomiska kontexten kunde avtalets syfte att begränsa parallellhandeln inte i sig utgöra grund för att presumera att avtalets syfte är att begränsa konkurrensen. Förstainstansrätten ansåg tvärtom att frågan om huruvida artikel 81.1 EG är tillämplig i förevarande fall inte kan avgöras genom att uteslutande beakta huruvida avtalet har till syfte att begränsa parallellhandeln med läkemedel eller avdela den gemensamma marknaden, vilket är avgörande för om avtalet påverkar handeln mellan medlemsstaterna, utan ansåg att det också är nödvändigt att analysera huruvida avtalet har till syfte eller till verkan att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden i fråga, till slutkonsumentens nackdel.

43 Förstainstansrätten preciserade i punkt 121 i den överklagade domen att även om det är fastställt att parallellhandel har ett visst skydd, så rör detta skydd inte parallellhandeln som sådan, utan parallellhandeln skyddas endast i den mån den gynnar handelsutbytets utveckling och stärker konkurrensen, vilket innebär att det endast är den andra aspekten som kan göra parallellhandel skyddsvärd, om slutkonsumenterna kan dra nytta av en effektiv konkurrens vad avser utbud och priser. Förstainstansrätten förklarade vidare att även om det således är fastställt att ett avtal med syfte att begränsa parallellhandeln i princip måste anses ha till syfte att begränsa konkurrensen, så bygger detta resonemang på att man kan anta att denna begränsning gör att slutkonsumenterna förlorar dessa fördelar.

44 Förstainstansrätten ansåg således i punkt 122 i den överklagade domen att man, med hänsyn till den juridiska och ekonomiska kontexten bakom det av GSK upprättade avtalet, inte kan anta att ett sådant avtal berövar slutkonsumenterna av läkemedel sådana fördelar. Förstainstansrätten ansåg nämligen att de spanska grossisterna kunde antas behålla de fördelar som parallellhandeln skulle kunna leda till vad avser lägre priser, vilket skulle innebära att slutkonsumenterna inte kan dra nytta av desamma.

45 I punkt 133 i den överklagade domen klandrade förstainstansrätten kommissionen för att den inte vid något tillfälle undersökt vad som specifikt och väsentligt kännetecknar sektorn, nämligen att priserna på varorna i fråga kontrolleras av medlemsstaterna, som direkt eller indirekt fastställer den prisnivå som de tycker är lämplig, och gör det på olika strukturnivåer, samt att varornas pris, till skillnad från priset på andra konsumtionsvaror, i vilket fall som helst i hög grad inte omfattas av det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan. Förstainstansrätten ansåg i punkt 134 i den överklagade domen att denna omständighet gör att man inte kan anta att parallellhandeln påverkar det pris som de som är slutkonsumenter för de läkemedel som ersätts av de nationella sjukförsäkringssystemen betalar och därmed ger dem en betydande fördel på samma sätt som om dessa priser bestäms genom samspelet mellan utbud och efterfrågan.

46 Utifrån denna analys ansåg förstainstansrätten slutligen i punkt 147 i den överklagade domen att kommissionens huvudsakliga slutsats, att artikel 4 i avtalet ska anses vara förbjuden enligt artikel 81.1 EG i den del som denna artikel i avtalet begränsar eller har till syfte att begränsa parallellhandeln, saknar fog. Priserna på läkemedlen i fråga saknar till stor del anknytning till det fria samspelet mellan utbud och efterfrågan, på grund av att dessa fastställs i lag eller kontrolleras av myndigheter, varför det inte kan anses fastställt att parallellhandeln syftar till att sänka priserna och på detta sätt förbättra slutkonsumenternas välbefinnande. En analys av ordalydelsen i artikel 4 i avtalet mot denna kontext ger således inte anledning att anta att denna bestämmelse, som syftar till att begränsa parallellhandeln, också syftar till att minska slutkonsumenternas välbefinnande. I denna tämligen ovanliga situation går det således inte att, genom att läsa avtalets ordalydelse mot bakgrund av dess kontext, dra slutsatsen att avtalet begränsar konkurrensen, och dess verkan måste med nödvändighet också beaktas, om inte annat för att pröva huruvida det som tillsynsmyndigheten härigenom har utläst är korrekt.

Parternas argument

47 Syftet med GSK:s överklagande är att punkt 2 i domslutet i den överklagade domen ska upphävas, i den del som talan om ogiltigförklaring av artikel 1 i det omtvistade beslutet ogillas. GSK har hävdat att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning av artikel 81.1 EG genom att anse att avtalet har en konkurrensbegränsande verkan.

48 GSK anser däremot att förstainstansrätten gjorde rätt när denna fastställde att kommissionens analys av frågan om huruvida avtalet ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte enligt artikel 81.1 EG har påverkats av att denna inte tagit hänsyn till dess relevanta juridiska och ekonomiska sammanhang. GSK har emellertid hävdat att förstainstansrätten borde ha tagit samma hänsyn när den prövade avtalets verkan.

49 Enligt GSK borde förstainstansrätten ha konstaterat att avtalet inte kunde anses ha en konkurrensbegränsande verkan på så sätt att slutkonsumenternas välbefinnande minskas.

50 Kommissionen, Aseprofar och EAEPC har i sina svaromål angående GSK:s överklagande avfärdat alla GSK:s argument. De anser att förstainstansrätten i den överklagade domen gjort helt rätt när den ansåg att artikel 81.1 EG har åsidosatts.

51 De anser att överklagandet inte kan bifallas med stöd av GSK:s grund rörande artikel 81.1 EG. Samtidigt anser de att förstainstansrätten på ett antal punkter har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin bedömning av huruvida avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte. De har gjort gällande att en analys av det juridiska och ekonomiska sammanhanget i enlighet med de principer som har uppställts i domstolens rättspraxis, borde ha fått förstainstansrätten att anse att avtalet hade till syfte att

begränsa konkurrensen. Punkt 2 i domslutet i den överklagade domen är enligt dem ändå välgrundat, varför de begär att domstolen ska ändra domskälen på denna punkt.

52 Kommissionen har i sitt svaromål avseende GSK:s överklagande särskilt hävdat att förstainstansrätten har tolkat och tillämpat begreppet ”syfte” i artikel 81.1 EG på ett felaktigt sätt.

53 Enligt kommissionen har domstolen och förstainstansrätten alltid ansett att avtal som syftar till att begränsa parallellhandeln inom gemenskapen har till syfte att begränsa konkurrensen. Förstainstansrätten har vidare, i den överklagade domen, inte bara ställt upp en restriktiv juridisk norm vad avser skyddet för parallellhandeln utan även tillämpat densamma på ett felaktigt och ofullständigt sätt utan att ge en tillräcklig motivering därför. Kommissionen menar att förstainstansrätten i punkterna 117–122 i den överklagade domen har konstaterat att parallellhandeln mellan medlemsstaterna endast är skyddad ”i den mån den gynnar handelsutbytets utveckling och stärker konkurrensen”. Kommissionen hävdar att förstainstansrätten har underlåtit att beakta handelns utveckling i sitt resonemang, tolkat kravet på att stärka konkurrensen som ett krav att parallellhandeln ska göra det möjligt för slutkonsumenterna att kunna dra nytta av en effektiv konkurrens vad avser utbud och priser och slutligen underlåtit att på något sätt pröva vilka fördelar, vad avser försörjningen, som parallellhandeln kan medföra.

Domstolens bedömning

54 Eftersom kommissionen, Aseprofar och EAEPC hävdar att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin bedömning av avtalets syfte att begränsa konkurrensen men samtidigt begär att domstolen inte ska ändra punkt 2 i domslutet i den överklagade domen, och i stället ändra domskälen, ska dessa parters argument prövas innan förstainstansrätten prövar GSK:s argument till stöd för dess överklagande.

55 Domstolen erinrar för det första om att villkoren att ett samordnat förfarande måste ha ett konkurrensbegränsande syfte respektive ett konkurrensbegränsande resultat inte är kumulativa utan alternativa villkor vid bedömningen av huruvida ett sådant förfarande omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG. Enligt fast rättspraxis sedan dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM (REG 1966, s. 337, på s. 359; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251), leder emellertid den omständigheten att detta villkor är alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, först och främst till att man måste beakta själva syftet med det samordnade förfarandet med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det ska tillämpas. Om en analys av det samordnade förfarandets innehåll inte påvisar en tillräckligt stor skadlighet för konkurrensen bör sedan förfarandets resultat prövas. För att det samordnade förfarandet ska kunna omfattas av förbudet bör det krävas att sådana omständigheter föreligger som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Det framgår även av rättspraxis att det inte är nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan framgår att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., REG 2009, s. I-4529, punkterna 28 och 30).

56 För det andra finns det än större anledning att först pröva frågan om huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte innan det prövas huruvida det har ett konkurrensbegränsande resultat om det, såsom kommissionen, Aseprofar och EAEPC hävdar, visar sig att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, vilket leder till att GSK:s överklagande ska ogillas i den del det rör domskälen i den överklagade domen angående avtalets konkurrensbegränsande resultat.

57 Domstolen kommer således först att pröva huruvida förstainstansrättens bedömning vad avser frågan om huruvida avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte, såsom denna bedömning har beskrivits i punkterna 41–46 ovan, är förenlig med de principer som har uppställts i rättspraxis på området.

58 Domstolen vill härvid understryka att vid bedömningen av frågan om huruvida ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande ska, enligt fast rättspraxis, ledning sökas i innehållet i avtalets bestämmelser, de objektiva mål som dessa strävar efter att uppnå och det ekonomiska och juridiska sammanhang dessa ingår i (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkt 25, och av den 20 november 2008 i mål C-209/07, Beef Industry Development Society och Barry Brothers, REG 2008, s. I-8637, punkterna 16 och 21). Dessutom är det så att även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för

att fastställa ett avtals begränsande syfte, så föreligger det inte något hinder för kommissionen eller gemenskapsdomstolarna att beakta densamma (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda målen IAZ m.fl. mot kommissionen, punkterna 23–25).

59 Vad avser parallellhandel har domstolen redan fastställt att avtal med syfte att förbjuda eller begränsa denna handel i princip ska anses ha till syfte att hindra konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen, REG 1978, s. 131, punkterna 7 och 18, och av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78, 36/78 och 82/78, BMW Belgium mot kommissionen, REG 1979, s. 2435, punkterna 20–28 och 31).

60 Såsom generaladvokaten har anmärkt i punkt 155 i sitt förslag till avgörande gäller denna princip, enligt vilken ett avtal om begränsning av parallellhandeln ”ska anses ha till syfte att begränsa konkurrensen”, även för läkemedelsbranschen.

61 Domstolen har för övrigt härvid ansett att vid tillämpning av artikel 81 EG, och i ett mål som rör läkemedelsbranschen, kan ett avtal mellan en tillverkare och en återförsäljare som syftar till att återupprätta avskärmningar av nationella marknader i handeln mellan medlemsstaterna motverka fördragets mål avseende integrationen av de nationella marknaderna genom upprättandet av den inre marknaden. Domstolen har vid flera tillfällen således fastställt att avtal som avskärmar de nationella marknaderna vid de nationella gränserna eller försvårar integrationen av de nationella marknaderna, och särskilt avtal som innebär ett förbud för eller en begränsning av parallellexporten, utgör avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i den nämnda artikeln i fördraget (dom av den 16 september 2008 i de förenade målen C-468/06–C-478/06, Sot. Lélos kai Sia m.fl., REG 2008, s. I-7193, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

62 Vad beträffar förstainstansrättens påstående, att även om det är fastställt att ett avtal med syfte att begränsa parallellhandeln i princip måste anses ha till syfte att begränsa konkurrensen, så bygger detta resonemang på att man kan anta att denna begränsning gör att slutkonsumenterna förlorar fördelar som har sin grund i en effektiv konkurrens vad avser utbud och priser, ska det anmärkas att varken ordalydelsen i artikel 81.1 EG eller rättspraxis ger stöd för ett sådant påstående.

63 Dels följer det på intet sätt av denna bestämmelse att endast avtal som berövar konsumenterna vissa fördelar kan anses vara konkurrensbegränsande. Dels ska det understrykas att domstolen har fastställt att artikel 81 EG, i likhet med övriga konkurrensregler i fördraget, inte enbart är avsedd att skydda konkurrenternas eller konsumenternas intressen, utan att den även ska skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan. För att det ska kunna konstateras att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte krävs det således inte att slutkonsumenterna förlorar fördelar som har sin grund i en effektiv konkurrens vad avser utbud och priser (se analogt domen i det ovannämnda målet T-Mobile Netherlands m.fl., punkterna 38 och 39).

64 Av detta följer att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att anse att ett avtal måste medföra nackdelar för slutkonsumenterna, för att kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, och genom att anse att ifrågavarande avtal inte har ett sådant syfte.

65 Det ska emellertid erinras om att omständigheten att det framgår att en dom från förstainstansrätten innehåller domskäl som strider mot gemenskapsrätten, samtidigt som domslutet visar sig vara riktigt enligt andra rättsliga grunder, inte kan leda till att denna dom upphävs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen, REG 1992, s. I-3755, punkt 28, och av den 12 november 1996 i mål C-294/95 P, Ojha mot kommissionen, REG 1996, s. I-5863, punkt 52).

66 Så är fallet i detta mål. Det räcker nämligen att erinra om att förstainstansrätten i punkt 2 i domslutet i den överklagade domen har bekräftat artikel 1 i det omtvistade beslutet, i vilken kommissionen har förklarat att avtalet strider mot artikel 81.1 EG. Punkt 2 i domslutet i den överklagade domen ska således inte upphävas.

67 Mot bakgrund av samtliga ovan angivna överväganden ska GSK:s överklagande ogillas vad avser grunden att avtalet är förenligt med artikel 81.1 EG.

Kommissionens, EAEPC:s, Aseprofars och Republiken Polens grunder rörande artikel 81.3 EG

68 Kommissionen har både i sitt överklagande och i sitt svaromål åberopat ett antal grunder som rör artikel 81.3 EG. Vissa grunder och delgrunder är desamma som dem som EAEPC och/eller Aseprofar har åberopat i sina respektive överklaganden, och dem som Republiken Polen har åberopat i sin ansökan om intervention. Kommissionen och EAEPC har vidare åberopat egna grunder rörande artikel 81.3 EG.

Kommissionens grund om att förstainstansrätten har missförstått det juridiska och ekonomiska sammanhang som avtalet ingår i

69 Kommissionen har hänvisat till sina argument rörande artikel 81.1 EG där den kritiserar de punkter i den överklagade domen som rör det juridiska och ekonomiska sammanhang som förstainstansrätten har beaktat, det vill säga punkterna 122 och 124–137 i den överklagade domen. Den hävdar även att artikel 81.3 EG har tillämpats på ett felaktigt sätt, med utgångspunkt från felaktiga slutsatser om särskilda omständigheter som utmärker läkemedelsbranschen.

70 Kommissionen har tillagt att förstainstansrätten i punkt 104 i den överklagade domen har ansett att omständigheten att läkemedelsbranschen regleras olika i olika staters lagar kan medföra att konkurrensen snedvrids. Denna snedvridning beskrivs som en eventualitet i nämnda punkt men blir plötsligt till ett faktum i punkt 276 i samma dom, där förstainstansrätten har ansett att konkurrensen är snedvriden på grund av statliga interventioner.

71 GSK har angett att bolaget har svarat på denna fråga i sin analys av grunden rörande artikel 81.1 EG.

72 Domstolen konstaterar inledningsvis att förstainstansrätten i punkt 122 i den överklagade domen har hänvisat till situationen då den fördel som följer av parallellhandeln vad avser prisbildningen inte vidarebefordras till slutkonsumenterna, genom att ta upp en eventualitet och inte ett faktum, varför detta inte kan anses innebära att förstainstansrätten har missuppfattat det juridiska och ekonomiska sammanhang som är av betydelse i förevarande mål.

73 Vidare leder en läsning av punkterna 124–137 i den överklagade domen rörande ett sådant sammanhang inte till slutsatsen att förstainstansrätten har missuppfattat detsamma. I nämnda punkter har förstainstansrätten angett vad som är utmärkande för detta sammanhang och samma beskrivning förekommer dessutom i det omtvistade beslutet.

74 Förstainstansrätten har slutligen i punkt 104 i den överklagade domen ansett att omständigheten att läkemedelsbranschen regleras olika i olika staters lagar kan medföra att konkurrensen snedvrids i samband med dess prövning av frågan om huruvida denna omständighet gör att artikel 81.1 EG inte är tillämplig. Förstainstansrätten har i punkt 105 i samma dom anmärkt att det endast är om den sektor som det avtal som prövas gäller regleras av lagstiftning som inte ger utrymme för konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom detta avtal som denna bestämmelse inte är tillämplig.

75 Förstainstansrätten saknade i detta skede av sitt resonemang anledning att pröva huruvida lagstiftningarna i fråga verkligen snedvrider konkurrensen, vilket den däremot därefter konstaterade vara fallet i punkt 276 i den överklagade domen. Domskälen är således inte motstridiga på denna punkt.

76 Kommissionens grund saknar således stöd.

Kommissionens, EAEPC:s, Aseprofars och Republiken Polens grunder rörande en felaktig fördelning av bevisbördan och en felaktig bedömning vad avser nödvändig bevisning samt begreppet ”främjande av tekniskt framåtskridande”

77 Kommissionens grund rörande en felaktig fördelning av bevisbördan och en felaktig bedömning vad avser nödvändig bevisning samt begreppet ”främjande av tekniskt framåtskridande” består av fem delgrunder, varav vissa har samma innehåll som de grunder som åberopas av EAEPC, Aseprofar och Republiken Polen.

— Kommissionens första delgrund

78 Kommissionen har hävdat att förstainstansrätten på ett felaktigt sätt har tillämpat rättspraxis rörande bevisbördan och nödvändig bevisning i frågor i mål som rör artikel 81.3 EG. Kommissionen har kritiserat punkt 242 i den överklagade domen samt punkterna 269 och 303 i samma dom, där det hänvisas till rättspraxis, kriterier och principer som är tillämpliga vad gäller kontroll av företagskoncentrationer. Det finns dock ingen likhet mellan ärenden som rör kontroll av en företagskoncentrations konkurrensbegränsande verkningar och ärenden som rör tillämpning av artikel 81.3 EG.

79 Tvärtemot vad som är fallet med ärenden som rör företagskoncentrationer, i vilka de anmälande parterna, enligt kommissionen, inte har någon särskild bevisbörda, ankommer det i ärenden som rör ovannämnda bestämmelse enligt fast rättspraxis på de berörda företagen att inför kommissionen lägga fram sådan bevisning att det kan fastställas att avtalet uppfyller villkoren i denna bestämmelse. Kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 429; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277), och av den 17 september 1985 i de förenade målen 25/84 och 26/84, Ford-Werke och Ford of Europe mot kommissionen, REG 1985, s. 2725).

80 GSK har å sin sida hänvisat till dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 79, och beslut av den 28 september 2006 i mål C-522/03 P, Unilever Bestfoods mot kommissionen (REG 2006, s. I-9091), punkt 102, för att visa att förstainstansrätten inte har åsidosatt tillämpliga regler vad avser bevisbördan. Enligt GSK har förstainstansrätten endast, vid två tillfällen, hänvisat till regeln om företagskoncentrationer, och detta främst för att beskriva förstainstansrättens kontroll av kommissionens analys enligt artikel 81.3 EG och i andra hand för att påpeka att efter det att företaget har anfört bevisning, så ankommer det på kommissionen att göra en framtidsorienterad analys.

81 Förstainstansrätten har endast dragit slutsatsen att kommissionen inte tagit GSK:s argument på allvar, trots att den borde ha gjort det. GSK har understrukit att förstainstansrätten även har hänvisat till sina domar av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. II-1011), och av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen (REG 2003, s. II-4653), vilka rör artikel 81.3 EG. När företaget har visat att villkoren i denna bestämmelse rimligen kan vara tillämpliga genom att anföra relevanta, trovärdiga och rimliga argument, måste kommissionen förklara sina skäl för att avfärda dessa argument.

82 Det skall dels anmärkas att förstainstansrätten i punkterna 233–236 i den överklagade domen har erinrat om den rättspraxis, de principer och de kriterier som gäller för bevisbördan och nödvändig bevisning vad rör undantag enligt artikel 81.3 EG. Förstainstansrätten har helt korrekt understrukit att den som åberopar denna bestämmelse genom övertygande argument och bevisning måste styrka att villkoren för att bevilja undantag är uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkt 45).

83 Bevisbördan åvilar således det företag som begär ett undantag enligt artikel 81.3 EG. De faktiska omständigheter som detta företag åberopar kan emellertid vara sådana att motparten tvingas lämna en förklaring eller en motivering, vid äventyr av att

bevisbördan kan anses ha uppfyllts (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 279).

84 Dels har förstainstansrätten i punkterna 240, 241, 243 och 244 i den överklagade domen erinrat om de principer och kriterier som gäller för rättens prövning av ett kommissionsbeslut som rör en begäran om undantag enligt artikel 81.3 EG. Förstainstansrätten har med rätta förklarat att när den har att ta ställning till en talan om ogiltigförklaring av ett sådant beslut, gör den endast en begränsad kontroll vad avser sakfrågan.

85 En sådan förklaring ligger helt i linje med principen att den prövning som gemenskapsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar med nödvändighet endast får avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheter som har lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa faktiska omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk (domen i de ovannämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 279).

86 Förstainstansrätten har tillagt att den inte ska göra en egen ekonomisk bedömning som ersätter den som den som har fattat det omtvistade beslutet har gjort när rätten prövar huruvida beslutet är lagenligt.

87 Förstainstansrättens anmärkningar innebär inte att den har gjort sig skyldig till en felaktig rättslig bedömning och de kan inte leda till slutsatsen att ordalydelsen i punkterna 269 och 303 i den överklagade domen och förstainstansrättens hänvisningar till rättspraxis i punkt 242 i samma dom, angående ärenden som rör företagskoncentrationer, kan leda till att bevisbördan omfördelas och att kraven på nödvändig bevisning enligt artikel 81.3 EG ändras.

88 Kommissionens första delgrund saknar således stöd.

— Kommissionens andra delgrund

89 Kommissionen har kritiserat punkterna 249 och 252 i den överklagade domen och har hävdat att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att anse att det räcker att det företag som begär ett undantag enligt artikel 81.3 EG visar att effektivitetsvinster troligen kommer att uppstå.

90 Detta kriterium är emellertid felaktigt med hänsyn till domstolens rättspraxis. Kommissionen har bland annat åberopat domstolens dom i det ovannämnda målet Consten och Grundig mot kommissionen, och förstainstansrättens domar i de ovannämnda målen Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen och Van den Bergh Foods mot kommissionen till stöd för sitt påstående att det ankommer på den anmälande parten att visa att konkurrensbegränsningen kan leda till betydande objektiva fördelar.

91 GSK har som svar på detta hävdat att de mål som kommissionen har hänvisat till rör ärenden angående karteller och parallellhandel i andra branscher än läkemedelsbranschen, i vilka åtgärderna i fråga inte har lett till inneboende effektivitetsvinster och där företagen inte har presenterat trovärdiga argument som visar att sådana effektivitetsvinster föreligger. Förstainstansrättens resonemang ligger dessutom i linje med kommissionens förvaltningspraxis i tidigare ärenden där denna, enligt GSK, har ansett att ett avtal kan leda till effektivitetsvinster (kommissionens beslut 2004/841/EG av den 7 april 2004 om ett förfarande i enlighet med artikel 81 i EG-fördraget, ärende COMP/A.38284/D2 – Air France/Alitalia Linee Aeree Italiane SpA, EUT L 362, s. 17), kan ha effektivitetsvinster (kommissionens beslut 2004/207/EG av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag), EUT L 75, 2004, s. 32) eller att fördelarna är uppenbara (kommissionens beslut 2003/778/EG av den 23 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/C.2-37.398 – gemensam försäljning av de kommersiella rättigheterna till UEFA Champions League), EUT L 291, s. 25).

92 Domstolen anmärker att förstainstansrätten i punkt 247 i den överklagade domen helt korrekt har erinrat om att ett avtal, för att kunna beviljas undantag enligt artikel 81.3 EG, måste bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varorna eller främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Detta bidrag ska inte förstås som all vinst som de företag som är parter i detta avtal får från sin verksamhet, utan alla betydande objektiva fördelar som kan bidra till att kompensera för de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 502 och s. 503).

93 Såsom generaladvokaten har understrukit i punkt 193 i sitt förslag till avgörande kan det, för att ett undantag ska beviljas för viss tid, krävas att en framtidsorienterad analys görs vad avser frågan om huruvida fördelarna med avtalet kommer att inträda, varvid det räcker att kommissionen, på grund av de faktauppgifter som denna förfogar över, finner det sannolikt att betydande objektiva fördelar kommer att uppstå, för att denna ska kunna anta att avtalet medför en sådan fördel.

94 Förstainstansrätten har således inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 249 i den överklagade domen har ansett att kommissionens undersökning kan inbegripa att kommissionen prövar huruvida det, med hänsyn till de argument om de faktiska omständigheterna eller den bevisning som har anförts, framstår som mer troligt att avtalet kommer att leda till betydande objektiva fördelar än att det inte gör det.

95 Förstainstansrätten har inte heller gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i punkt 252 i den överklagade domen anse att det ska avgöras huruvida kommissionen hade rätt i att GSK:s argument och dess bevisning, vid en prövning som innefattar en framtidsorienterad analys, inte har visat att det är troligt att artikel 4 i avtalet bör leda till en betydande objektiv fördel, på grund av att den främjar utveckling, som kompenserar den nackdel denna bestämmelse innebär för konkurrensen.

96 Kommissionens andra delgrund saknar således stöd.

— Kommissionens tredje delgrund och EAEPC:s andra delgrund

97 Kommissionen har kritiserat punkterna 276, 301, 162–169 och 281–293 i den överklagade domen. Kommissionen hävdar att förstainstansrätten har tillämpat artikel 81.3 EG på ett felaktigt sätt genom att anse att omständigheten att prisskillnaderna har strukturella förklaringar ökar bevisbördan och gör att de eventuella effektivitetsvinsternas storlek inte behöver prövas. Enligt kommissionen har förstainstansrätten ställt höga krav på kommissionen vad avser prövningen av GSK:s argument, med motiveringen att bolagets situation har sin grund i strukturella orsaker.

98 Kommissionen har bland annat hävdat att om det, såsom förstainstansrätten har påstått i punkt 284 i den överklagade domen, ska anses att det är fråga om ett strukturfenomen, av den enda anledningen att gemenskapens medlemsstater tillämpar olika priser för ett och samma läkemedel, så kan det mesta anses som strukturfenomen, eftersom det är tämligen svårt att finna en konsumtionsvara som säljs till samma pris i hela gemenskapen. Enligt kommissionen kan inte läkemedelsbranschens problem anses vara mer strukturella än andra branschers och kommissionen har aldrig ansett att valutafluktuationer bara är en viktig faktor som förvärrar ett annat strukturproblem. Slutligen kan kommissionens skyldigheter vad avser bedömningen av bevisningen, tvärtemot vad förstainstansrätten anser, inte vara beroende av vilken lagstiftning som tillämpas. På detta område är domskälen i den överklagade domen självmotsägande, eftersom förstainstansrätten i punkt 192 i den överklagade domen har ansett att ”[o]mständigheten att den juridiska och ekonomiska kontexten för företagens verksamhet bidrar till att begränsa konkurrensen [inte kan] göra det tillåtet för dessa företag att i sin tur bryta mot konkurrensreglerna genom att hindra eller begränsa konkurrensen”.

99 GSK har hänvisat till studier som enligt GSK förklarar varför forskning och utveckling avseende läkemedel endast kan finansieras genom löpande intäkter. GSK har uppmärksammat punkter i den överklagade domen där förstainstansrätten har anslutit sig till kommissionens slutsatser som GSK anser sakna stöd i argument samt vara fragmentariska och ofullständiga.

100 EAEPC har å sin sida kritiserat den överklagade domen på den grunden att det ankom på GSK att visa att samtliga villkor för att tillämpa artikel 81.3 EG var uppfyllda, och att de allmänna överväganden som detta företag har hänvisat till inte räcker. Det ankom inte på kommissionen att med utgångspunkt från allmänna överväganden komma fram till att det var fråga om betydande objektiva fördelar vad avser främjande av utveckling. EAEPC har bland annat kritiserat punkt 236 i den överklagade domen på den grunden att domen i de ovannämnda målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, som förstainstansrätten har åberopat, inte ger stöd för att tillämpa regeln om befrielse från bevisbördan. Den bevisbörda som gäller vad avser artikel 81.3 EG ska endast överföras på kommissionen om det har anförts viss bevisning som bygger på en presumtion. Generella argument kan, även om de rör det juridiska och ekonomiska sammanhang som gäller för läkemedelsbranschen, inte medföra att en sådan presumtion uppstår.

101 GSK har som svar på dessa argument hävdat att förstainstansrätten med rätta har krävt att kommissionen prövar det juridiska och ekonomiska sammanhang som ligger till grund för GSK:s argument och bevisning. GSK:s bevisning är inte allmän och opreciserad, utan beskriver tvärtom det grundläggande juridiska och ekonomiska sammanhang som måste beaktas för att en rimlig analys ska kunna göras. Förstainstansrätten har slutligen tillämpat reglerna om bevisbördan genom att begära att kommissionen ska göra en tillräckligt djupgående prövning av de faktiska omständigheter och den bevisning som GSK har åberopat. GSK:s bevisning är tillräcklig för att avtalet ska kunna bli föremål för ett undantag.

102 Domstolen erinrar om att prövningen av ett avtal, i syfte att utreda huruvida det bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande och huruvida avtalet medför betydande objektiva fördelar, ska ske utifrån de argument rörande de faktiska omständigheterna och den bevisning som har anförts i samband med begäran om undantag enligt artikel 81.3 EG.

103 En sådan prövning kan kräva att de omständigheter som är kännetecknande för den bransch som berörs av avtalet och som eventuellt särskiljer den från andra branscher beaktas, förutsatt att de är avgörande för prövningens resultat. Det ska tilläggas att sådana hänsyn inte betyder att bevisbördan omfördelas. De är bara tänkta att säkerställa

att prövningen av begäran om undantag görs med hänsyn till de argument rörande de faktiska omständigheterna och den bevisning som har framförts av den som begär ett undantag.

104 Förstainstansrätten har däremot inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i punkterna 276 och 303 i den överklagade domen i huvudsak anse att kommissionen gjorde fel när denna underlät att beakta vissa omständigheter som GSK hade hänvisat till i sin begäran, däribland uppgiften att läkemedelsbranschen i fråga har vissa kännetecknande egenskaper, vad gäller dess struktur, och att en sådan underlåtelse innebär att det har skett en ofullständig prövning av GSK:s begäran om undantag.

105 Kommissionen har till stöd för sitt påstående om otillräcklig motivering i punkt 292 i den överklagade domen, vad avser frågan om prisskillnader och valutafluktuationer, hävdat att det utifrån denna punkt i domen är omöjligt att ta reda på vilken del i kommissionens meddelande KOM(1998)0588 av den 25 november 1999 om den inre marknaden för läkemedel som förstainstansrätten avser. Det är emellertid tillräckligt att gå till innehållet i detta meddelande, såsom detta framgår av förstainstansrättens sammanfattning i punkt 264 i den överklagade domen, och vilken kommissionen inte har invänt mot, för att få reda på vilka två punkter i detta meddelande, angående prisskillnader och valutafluktuationer, som förstainstansrätten avser.

106 Kommissionens tredje delgrund och EAEPC:s andra delgrund saknar således stöd.

— Kommissionens fjärde delgrund

107 Kommissionen har kritiserat punkterna 292 och 293 i den överklagade domen. Kommissionen menar att förstainstansrätten har ansett att valutafluktuationer kan rättfärdiga konkurrensbegränsningar och därmed tillämpat artikel 81.3 EG på ett felaktigt sätt.

108 Gemenskapslagstiftningen tillåter inte att företag åberopar valutafluktuationer som skäl för att försvåra parallellhandel.

109 Det ska anmärkas att förstainstansrätten i de kritiserade punkterna i den överklagade domen inte har ansett att ett konkurrensbegränsande avtal vars syfte är att kompensera för valutafluktuationer kan bli föremål för ett undantag enligt artikel 81.3 EG.

110 Förstainstansrätten har i nämnda punkter endast konstaterat följande:

> ”292 [P]arallellhandel är en företeelse som kan tänkas fortgå även efter den korta tidsperiod som kommissionen har beaktat, inte bara på grund av att de prisskillnader som gör den möjlig består, utan också på grund av att valutafluktuationer är vanliga. Kommissionen har bekräftat detta i sitt … meddelande KOM(1998) 588. Kommissionen har även i sin svarsinlaga erkänt att valutafluktuationer utgör en realitet vad avser de medlemsstater som inte gick över till EMU-samarbetets tredje steg år 1999, däribland Förenade kungariket.
>
> 293 GSK:s sifferutdrag visar i detta sammanhang på en tendens. Kommissionens misstankar i skäl 168 i [det omtvistade beslutet] om att GSK kan ha överskattat sin minskning av bruttointäkterna år 1998 leder inte till en annan slutsats. GSK:s uppgifter i samma fråga från den 14 december 1998 och den 14 februari 2000 ligger högre än de två föregående åren, såsom framgår av skäl 67 i [det omtvistade beslutet]. GSK:s förklaring att den uppgift som ingavs den 28 juli 1998 var en uppskattning, medan den uppgift som ingavs i december 1998 och i februari 2000 är giltig, och att den första uppgiften förklaras av att [avtalet] hade tillämpats från våren till hösten 1998, såsom framgår av skälen 19, 23, 26, 64, 67 och 168 i [det omtvistade beslutet], är tillräckligt trovärdig för att förtjäna närmare prövning.”

111 Kommissionens fjärde delgrund saknar således stöd.

— Kommissionens femte delgrund, vilken stöds av Republiken Polen, och Aseprofars första delgrund i dess andra grund

112 Kommissionen har kritiserat punkterna 255, 269, 274, 281, 297 och 300 i den överklagade domen. Den anser att förstainstansrätten har tillämpat villkoret avseende det orsakssamband som krävs för att artikel 81.3 EG ska vara tillämplig på felaktigt sätt när den ansåg att konkurrensbegränsningen bidrar till att främja teknisk utveckling genom att de ökade intäkterna går till tillverkaren och inte till grossisten. Kommissionen har härvid anfört att det ska bedömas huruvida begränsningen verkligen bidrar till teknisk utveckling och inte huruvida den leder till ökade intäkter som företagen, om de så önskar, kan investera i forskning och utveckling. Det är inte tillräckligt att en viss del av de ökade intäkterna går till utgifter för forskning och utveckling och att dessa intäkter går till tillverkarna och inte till mellanhänder. Kommissionen har tillagt att förstainstansrätten, i motsats till domstolens ståndpunkt i dom av den 27 januari 1987 i mål 45/85, Verband der Sachversicherer mot kommissionen (REG 1987, s. 405), i den överklagade domen har ansett att det räcker att en viss del av de ökade intäkterna går till utgifter för forskning och utveckling för att detta villkor ska vara uppfyllt. Kommissionen anser att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att anse att villkoret avseende förbättrad distribution av varorna eller främjande av teknisk utveckling ska anses vara uppfyllt även när det inte finns ett direkt samband mellan konkurrensbegränsningen och den fördel som den påstås leda till.

113 GSK har svarat genom att hänvisa till sambandet mellan intäkter och investeringar inom forskning och utveckling. Detta samband ska analyseras med utgångspunkt från omfattande kvantitativa studier som rör en lång tidsperiod snarare än några månader.

114 Även Aseprofar hävdar att förstainstansrätten har gjort ett misstag i sitt resonemang i denna fråga. GSK:s resonemang om att parallellhandel minskar tillverkarnas intäkter och således deras investeringar i forskning och utveckling, vilket minskar innovatio-

nerna, är hypotetiskt och så allmänt hållet att det kan tillämpas på varje konkurrensbegränsning i varje bransch där stora medel investeras i forskning och utveckling. Resonemanget som rör det påstådda orsakssambandet mellan parallellhandel och innovation är således felaktigt.

115 GSK har till stöd för sitt svar förklarat hur läkemedelsbolag finansierar sin forskning. GSK har även förklarat att patienter i Förenade kungariket inte drar någon nytta av parallellhandel med läkemedel. Aseprofar har gjort en förenklad och tendentiös beskrivning av GSK:s ståndpunkt. Problemet är att kommissionen inte har gjort sig besväret att undersöka huruvida avtalet medför ”betydande objektiva fördelar”. GSK anser att Aseprofars påståenden vad avser de faktiska omständigheterna inte kan upptas till sakprövning och i vilket fall som helst saknar stöd. Förstainstansrätten har nöjt sig med att notera att GSK:s argument förtjänade att undersökas.

116 Det ska anmärkas att förstainstansrätten i punkterna 255 och 270–274 i den överklagade domen endast har sammanfattat GSK:s argument, däribland argumenten om hur parallellhandel kan leda till effektivitetsförluster.

117 I punkt 269 i domen har förstainstansrätten för övrigt, genom att hänvisa till punkt 242 i domen, erinrat om gränserna för dess kontroll av kommissionens bedömning.

118 Förstainstansrätten har i punkterna 281, 297 och 303 i den överklagade domen ansett att kommissionen inte beaktat samtliga relevanta omständigheter som GSK hade åberopat vad avser hur parallellhandel kan leda till effektivitetsförluster och hur artikel 4 i avtalet kan leda till effektivitetsvinster, varför den fastställde att det omtvistade beslutet bygger på en otillräcklig undersökning.

119 Dessa omständigheter innebär dock inte att en felaktig rättstillämpning har skett i detta sammanhang. Det finns inget som tyder på att GSK:s argument har missuppfattats eller att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vad avser frågan om hur omfattande prövning den ska göra av kommissionens bedömning.

120 Det ska tilläggas att domen i det ovannämnda målet Verband der Sachversicherer mot kommissionen, tvärtemot vad kommissionen har hävdat, inte alls ska förstås så att uppkomsten av betydande objektiva fördelar förutsätter att samtliga ytterligare finansiella medel måste investeras i forskning och utveckling.

121 Kommissionens femte delgrund och första delgrunden i Aseprofars andra grund saknar således stöd.

Kommissionens och EAEPC:s grunder rörande missuppfattning av innehållet i det omtvistade beslutet och av kommissionens grund angående möjligheten att hänvisa till tidigare händelser

122 Kommissionen hävdar att förstainstansrätten har missuppfattat innehållet i beslutet genom att anse att kommissionen bara tagit upp effektivitetsvinster i en enda punkt i det omtvistade beslutet. Kommissionen anser vidare att förstainstansrätten har tillämpat artikel 81.3 EG felaktigt genom att anse att kommissionen inte hade rätt att hänvisa till tidigare händelser för att göra en framtidsorienterad analys.

123 Kommissionen har kritiserat punkt 261 i den överklagade domen, där förstainstansrätten har förklarat att kommissionen inte ansett det nödvändigt att i detalj pröva huruvida artikel 4 i avtalet leder till effektivitetsvinster och i stället endast gjort en begränsad prövning av denna fråga i skäl 156 i det omtvistade beslutet. Kommissionen vänder sig även emot punkt 299 och följande punkter i domen där förstainstansrätten

har ansett att den inte hade rätt att kategoriskt och utan förklaringar anse att GSK:s argument om de faktiska omständigheterna och bevisningen byggde på hypotetiska resonemang.

124 Kommissionen har understrukit att den i det omtvistade beslutet har tagit upp frågan om effektivitetsvinster och förklarat varför tidigare händelser visar att parallellhandel inte har ett uppenbart samband med budgeten för forskning och utveckling. Kommissionen gjorde rätt som grundade sig på tidigare händelser och uppgifter som rör år som ligger i framtiden efter det omtvistade beslutet, och förstainstansrättens ståndpunkt i denna fråga är felaktig.

125 GSK anser att eftersom förstainstansrätten hade att ta ställning till ett beslut i vilket kommissionen hade vägrat att bemöta seriösa och rimliga argument med ett balanserat och motiverat svar, hade det inte varit olämpligt, och definitivt inte ett rättegångsfel, av förstainstansrätten att ogiltigförklara det omtvistade beslutet vad avser denna punkt.

126 Enligt EAEPC har förstainstansrätten på ett konstlat sätt delat upp GSK:s argument i två delar. Tvärtemot vad förstainstansrätten har ansett i punkt 255 i den överklagade domen borde GSK:s argument i syfte att visa att parallellhandel leder till effektivitetsförluster och att artikel 4 i avtalet medför en effektivitetsvinst inte ha delats upp i två delar. Förstainstansrätten hade ingen anledning att i punkt 261 i domen anse att kommissionen inte i detalj hade undersökt den andra delen av GSK:s argument rörande artikel 4 i avtalet.

127 GSK anser att EAEPC:s argument är olämpligt och irrelevant. Argumentet är formalistiskt eftersom förstainstansrätten i punkt 262 i den överklagade domen har förklarat att ”[k]ommissionens prövning av frågan huruvida parallellhandel leder till effektivitetsförluster, och hur stora dessa effektivitetsförluster respektive effektivitetsvinster från artikel 4 i [avtalet] är, [varför den inte kan] anses vara tillräckligt omfattande för att kunna utgöra stöd för kommissionens slutsatser på dessa punkter”. I vilket fall som helst ogiltigförklarades inte det omtvistade beslutet på grund av hur argumenten hade utformats, utan på grund av att kommissionen inte hade gjort en tillräcklig prövning. GSK har tillagt att dess argument ständigt har formulerats utifrån två aspekter, närmare bestämt att parallellhandeln leder till effektivitetsförluster och att

artikel 4 i avtalet medför en effektivitetsvinst, varför förstainstansrätten gjorde helt rätt när den skilde på dessa två aspekter av argumentet.

128 Domstolen konstaterar att förstainstansrätten, för det första, i sin prövning av hur kommissionen hade undersökt de argument rörande de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK hade anfört, för att visa att det förelåg en betydande objektiv fördel först har analyserat huruvida argumenten och bevisningen är relevant, i punkterna 263–268 i den överklagade domen. Därefter har förstainstansrätten, för det andra, i punkterna 269–280 i den överklagade domen, tagit upp frågan om huruvida parallellhandeln medför effektivitetsförluster, innan den, för det tredje, i punkterna 281–293 i den överklagade domen, tagit ställning till hur stor denna effektivitetsförlust i så fall är. Förstainstansrätten har för det fjärde och slutligen tagit ställning till den effektivitetsvinst som artikel 4 i avtalet kan leda till, i punkterna 294–303 i den överklagade domen.

129 Denna undersökning i fyra steg som föregick avvägningen, i punkterna 304–307 i den överklagade domen, mellan den betydande objektiva fördelen med konkurrensbegränsningen och de nackdelar som den också medför för konkurrensen, har helt klart till syfte att avgöra huruvida kommissionen hade rätt i sin slutsats att det inte förelåg en betydande objektiv fördel och att inget undantag således skulle beviljas enligt artikel 81.3 EG.

130 Förstainstansrätten har på detta sätt utövat sin kontroll vad avser frågan om huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning och det finns inget som tyder på att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom sitt sätt att pröva denna fråga.

131 Förstainstansrätten hade således rätt när den i punkt 261 i den överklagade domen förklarade att kommissionen huvudsakligen har prövat huruvida parallellhandeln leder till effektivitetsförluster för konkurrensen och att den inte har ansett det nödvändigt att i detalj styrka huruvida artikel 4 i avtalet ledde till att konkurrensen blir mer effektiv. Rätten ansåg således i punkt 262 i domen att kommissionens prövning var otillräcklig.

132 Vad avser hänsyn till tidigare händelser räcker det att, i likhet med generaladvokaten i punkt 247 i förslaget till avgörande, konstatera att förstainstansrätten inte har uteslutit att kommissionen kan grunda sig på sådana händelser, tvärtemot vad denna institution har hävdat.

133 Kommissionens och EAEPC:s grunder saknar således stöd i detta avseende.

EAEPC:s grunder rörande felaktig tolkning

134 EAEPC har hävdat att förstainstansrätten har tolkat omständigheterna felaktigt eller underlåtit att tolka dem. EAEPC har härvid kritiserat bland annat punkterna 275 och 277 i den överklagade domen. EAEPC har anmärkt att kommissionen har analyserat GSK:s särskilda argument och med rätta ansett att GSK inte i tillräcklig mån hade styrkt orsakssambandet mellan minskad parallellhandel genom artikel 4 i avtalet och ökad innovation genom att utgifterna för forskning och utveckling ökar. Det framgår av studie II från Frontier Economics, vilken GSK har hänvisat till, att det aldrig har påstått att parallellhandeln ”är den viktigaste faktorn som påverkar beslut om FoU”. Förstainstansrätten har grundat sin bedömning på felaktiga fakta, däribland utgångspunkten att patienten alltid är slutkonsumenten i läkemedelskedjan, utan att beakta omständigheten att också det nationella sjukförsäkringssystemet kan anses som slutkonsument.

135 GSK har i huvudsak svarat att grundstenen i förstainstansrättens resonemang är att de konkurrensbegränsande verkningarna visserligen var skönjbara men inte omedelbara och att de definitivt inte kunde presumeras med hänsyn till hur den rättsliga regleringen av läkemedelsbranschen är utformad.

136 Domstolen konstaterar, i likhet med vad generaladvokaten har gjort i punkt 280 i sitt förslag till avgörande, att det inte framgår av den överklagade domen, och särskilt punkt 277 i densamma, att förstainstansrätten av studie II från Frontier Economics dragit slutsatsen att det föreligger ett direkt samband mellan parallellhandeln och utgifterna för forskning och utveckling.

137 Det framgår inte heller av exempelvis punkt 275 i den överklagade domen att förstainstansrätten har missuppfattat det omtvistade beslutet genom att anse att kommissionen har underlåtit att göra en ordentlig prövning av de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört.

138 Såsom domstolen redan har konstaterat i punkt 130 i denna dom har förstainstansrätten utövat sin kontroll vad avser frågan om huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning och det finns inget som tyder på att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom sitt sätt att pröva denna fråga.

139 EAEPC:s grunder angående felaktig tolkning saknar således stöd.

Kommissionens och Aseprofars grunder rörande felaktig tolkning vad avser hur omfattande domstolsprövningen ska vara

140 Kommissionen har delat upp sin grund i två delgrunder. Den andra delgrunden har i huvudsak samma innehåll som en av Aseprofars grunder.

141 Vad avser kommissionens första delgrund har denna hävdat att förstainstansrätten i den överklagade domen inte har konstaterat att kommissionens beslut är otillräckligt motiverat eller att det bygger på en uppenbart oriktig bedömning, utan i stället skapat en helt ny kategori av fel som kan prövas i domstol, nämligen ”frånvaro av seriös bedömning”, vilket inte tidigare har förekommit i rättspraxis angående domstolsprövning vad avser artikel 81.3 EG. Kommissionen har hänvisat till punkterna 269, 277, 281, 286 och 313 i den överklagade domen. Enligt kommissionen har domstolen aldrig tillämpat kriteriet ”frånvaro av seriös bedömning” och förstainstansrätten har inte visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning. Om förstainstansrätten hade definierat bevisbördan och nödvändig bevisning korrekt, hade den ogillat talan eller åtminstone förklarat vad den uppenbart oriktiga bedömningen består av.

142 GSK har svarat att förstainstansrätten har klandrat kommissionen för att den inte gjorde en ordentlig prövning av GSK:s detaljerade och seriösa argument, vilket inte förändrar arten av den bedömning som förstainstansrätten har att göra. Omständigheten att kommissionen inte har ”prövat” dessa argument ingår bland de omständigheter som ska beaktas vid en domstolsprövning av frågan om huruvida det är fråga om en uppenbart oriktig bedömning.

143 Kommissionen har vad gäller sin andra delgrund, i likhet med Aseprofar, hävdat att förstainstansrätten har gått utöver vad den egentligen ska pröva genom att göra en egen ekonomisk bedömning som ersätter kommissionens bedömning, trots att den i punkt 243 i den överklagade domen har erinrat om att den inte får göra så. Kommissionen har bland annat kritiserat punkt 278 i den överklagade domen, i vilken förstainstansrätten har förklarat att kommissionen inte har ”beaktat GSK:s argument om att bolagets vinster, av bokföringstekniska skäl, framstår som större än de är”. En sådan motivering är så kortfattad att det av denna anledning är omöjligt att veta vad förstainstansrätten talar om.

144 Aseprofar har tillagt att förstainstansrätten borde ha prövat om kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning i stället för att framföra en annan åsikt än kommissionen och ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning.

145 Av samma skäl som har anförts vad gäller kommissionens första delgrund vänder sig GSK mot att förstainstansrättens prövning innebär att förstainstansrättens bedömning ersätter kommissionens bedömning.

146 Såsom erinrats om i punkt 85 i denna dom gör gemenskapsdomstolarna en begränsad prövning av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar. Gemenskapsdomstolarna begränsar sig härvid till att kontrollera att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa faktiska omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk.

147 Vid en sådan kontroll kan emellertid förstainstansrätten pröva huruvida kommissionen i tillräcklig mån har motiverat det omtvistade beslutet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 40, och dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkterna 28 och 29).

148 Förstainstansrätten gjorde således rätt när den prövade motiveringen av det omtvistade beslutet vad avser GSK:s argument rörande de faktiska omständigheterna och den relevanta bevisningen till stöd för GSK:s begäran om undantag.

149 Det ska vidare anmärkas att förstainstansrätten endast har konstaterat att kommissionen inte har beaktat samtliga argument rörande de faktiska omständigheterna och den relevanta bevisning som anförts av GSK. Förstainstansrätten har däremot inte ersatt kommissionens motivering med en egen motivering, i syfte att bifalla begäran om undantag.

150 Kommissionens grund, bestående av två delgrunder, och Aseprofars grund saknar således stöd.

Kommissionens och Aseprofars grunder rörande otillräcklig motivering

151 Kommissionen har hävdat att motiveringen i punkt 263 i den överklagade domen är otillräcklig. I denna punkt anges följande:

”Förstainstansrätten anser att de argument om de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har anfört framstår som relevanta, trovärdiga och sannolika, med hänsyn till deras innehåll …, och detta innehåll stöds på flera viktiga punkter av handlingar som kommer från kommissionen.”

152 Kommissionen har anmärkt att punkterna 265 och 266 i den överklagade domen förvärrar den bristande motiveringen och har härvid anfört att även om förstainstansrättens slutsats i nämnda punkt 265, att det finns stöd för ”en del av GSK:s argument och de ekonomiska analyser som finns med i den bevisning som GSK har ingett till stöd för desamma, vilket bekräftar att argumenten är trovärdiga och sannolika”, har visst stöd i meddelandet KOM(1998)0588, så går det inte att avgöra vilka omständigheter som verkligen bekräftas.

153 Kommissionen har tillagt att handlingarna i ärendet inte innehåller något bevis för att GSK har hindrats från att öka sin budget för forskning och utveckling i proportion till den blygsamma intäktsförlust som parallellhandeln med dess varor medför.

154 Aseprofar har i ett liknande resonemang bland annat hävdat att förstainstansrätten inte har förklarat varför det är något fel med kommissionens centrala slutsats, nämligen att det inte har styrkts att det föreligger ett orsakssamband mellan parallellhandel och innovation.

155 Förstainstansrätten förefaller således inte ha åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artiklarna 36 och 53 andra stycket i domstolens stadga (se dom av den 2 april 2009 i mål C-431/07 P, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen, REG 2009, s. I-2665, punkt 42) i förevarande fall.

156 Det ska nämligen erinras om att förstainstansrätten i punkterna 255–259 i den överklagade domen har återgett olika argument rörande de faktiska omständigheterna och den bevisning som GSK har hänvisat till. I punkt 261 i domen har förstainstansrätten förklarat att kommissionen i det omtvistade beslutet i huvudsak har prövat huruvida det har styrkts att parallellhandeln leder till minskad effektivitet, utan att anse det nödvändigt att pröva huruvida det även har styrkts att artikel 4 i avtalet leder till effektivitetsvinster.

157 Förstainstansrätten har i punkt 262 i den överklagade domen tillagt att kommissionens prövning, med hänsyn till GSK:s argument rörande de faktiska omständigheterna och GSK:s bevisning är relevanta, inte kan anses ge tillräckligt stöd för kommissionens slutsatser.

158 Förstainstansrätten har därefter, såsom anges i punkt 128 ovan, analyserat relevansen av GSK:s argument rörande de faktiska omständigheterna och GSK:s bevisning, vilka effektivitetsförluster som är förbundna med parallellhandel, hur stora dessa är och vilken effektivitetsvinst som är förbunden med artikel 4 i avtalet samt gjort en avvägning mellan olika aspekter.

159 Kommissionens och Aseprofars grunder saknar således stöd.

Kommissionens och Aseprofars grunder rörande övriga villkor för att tillämpa artikel 81.3 EG

160 Kommissionen har kritiserat punkt 309 i den överklagade domen och förklarat att den överklagade domen inte innehåller någon motivering vad rör villkoret att begränsningen måste vara nödvändig.

161 Aseprofar har härvid hävdat att förstainstansrätten har gjort ett uppenbart fel i punkterna 235–240 i den överklagade domen när rätten förklarade att kommissionen hade koncentrerat sin prövning till det första villkoret för att tillämpa artikel 81.3 EG. Förstainstansrätten har inte prövat huruvida kommissionens analys var korrekt vad avser argumenten om att en stor del av effektivitetsvinsterna överförs till konsumenterna som kan dra fördel härav. Förstainstansrätten borde ha prövat huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig bedömning genom att anse att GSK inte hade styrkt att konkurrensbegränsningen var nödvändig för att främja innovation. Kommissionen var dessutom, tvärtemot vad förstainstansrätten har ansett i punkt 315 i den överklagade domen, inte skyldig att bemöta argument som GSK inte har anfört vad avser villkoret att det inte får vara fråga om en betydande konkurrensbegränsning.

162 GSK har anfört att syftet med domstolsprövningen inte är att avgöra huruvida kommissionen borde ha beviljat ett undantag. Enligt förordning nr 17 är endast kommissionen behörig att göra denna bedömning, vilket förklarar varför förstainstansrätten har knutit analysen av andra, tredje och fjärde villkoren för tillämpning av artikel 81.3 EG till resultatet av analysen av det första villkoret. Förstainstansrätten gjorde således rätt när den i punkt 309 i den överklagade domen förklarade att det framgår ”av [det omtvistade beslutet] och diskussionerna att kommissionens sammanfattande slutsatser i frågorna huruvida konsumenten påverkas, huruvida artikel 4 i [avtalet] är nödvändig och huruvida konkurrensen inte elimineras, bygger på kommissionens bedömning i frågan huruvida effektivitetsvinster föreligger” och att ”[o]m kommissionens bedömning i sistnämnda fråga är rättsstridig, vad gäller frågan om bidrag till tekniskt framåtskridande, är också dess slutsatser felaktiga”.

163 För det första ankommer det inte på förstainstansrätten att, vid en domstolsprövning av huruvida ett beslut är lagenligt, göra en egen ekonomisk bedömning som ersätter upphovsmannens bedömning i beslutet. Såsom domstolen har erinrat om i punkt 85 i denna dom ska den prövning som gemenskapsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar vara begränsad och endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa faktiska omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk.

164 Vid en sådan prövning ska förstainstansrätten, när kommissionen inte har motiverat sitt beslut vad beträffar ett av villkoren i artikel 81.3 EG, undersöka huruvida kommissionens motivering ändå är tillräcklig även vad avser detta villkor.

165 Det är just en sådan prövning som förstainstansrätten har gjort i punkt 309 i den överklagade domen.

166 Domstolen konstaterar vidare att förstainstansrätten inte har missförstått innehållet i skäl 187 i det omtvistade beslutet genom att konstatera att kommissionens slutsats att artikel 4 i avtalet inte är absolut nödvändig är otillräckligt motiverad, eftersom den grundas på konstaterandet att denna bestämmelse inte medför någon betydande objektiv fördel.

167 Kommissionens och Aseprofars grunder saknar således stöd.

168 Av vad som anförts följer att GSK:s, EAEPC:s, Aseprofars och kommissionens överklaganden ska ogillas.

Rättegångskostnader

169 I artikel 122 första stycket i domstolens rättegångsregler föreskrivs att domstolen ska besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet ogillas eller bifalls och när domstolen själv slutligt avgör tvisten. Enligt artikel 69.2 i dessa regler, vilken enligt artikel 118 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 första stycket i samma regler kan emellertid domstolen, om särskilda omständigheter motiverar det, besluta att vardera parten ska bära sin kostnad. I artikel 69.4 första stycket anges att medlemsstater som intervenerat ska bära sina rättegångskostnader.

170 GSK, EAEPC, Aseprofar och kommissionen har alla tappat målet. De ska därför bära sin kostnad i respektive förfarande. Republiken Polen ska bära sin egen kostnad.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) De överklaganden som ingetts av GlaxoSmithKline Services Unlimited, Europeiska gemenskapernas kommission, European Association of Euro Pharmaceutical Compagnies (EAEPC) och Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) ogillas.

2) Parterna ska bära sin kostnad för respektive förfarande.

3) Republiken Polen ska bära sin kostnad.

Underskrifter