

Eindverslag van de raadadviseur-auditeur ⁽¹⁾**Lundbeck (AT.39226)**

(2015/C 80/06)

I. ACHTERGROND

1. Deze zaak betreft overeenkomsten die in 2002 zijn aangegaan door het initiërende farmaceutische bedrijf Lundbeck en vier generieke farmaceutische bedrijven met betrekking tot de productie en de verkoop van het antidepressivum citalopram.
2. De Commissie heeft haar onderzoek in oktober 2003 gestart op basis van informatie die in oktober 2003 van de Deense mededingingsautoriteit was ontvangen. Het onderzoek is onderbroken door het mededingingsonderzoek in de farmaceutische sector van januari 2008 tot en met juni 2009 ⁽²⁾.
3. In januari 2010 heeft de Commissie met de verzending van de mededeling van punten van bezwaar een procedure tegen Lundbeck ingeleid, en in juli 2012 tegen vier groepen van generieke bedrijven die bij de inbreuk waren betrokken.

II. SCHRIFTELIJKE PROCEDURE**1. Mededeling van punten van bezwaar**

4. Op 24 juli 2012 richtte de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan Lundbeck, Alpharma, A.L. Industrier, Arrow, Resolution Chemicals, GUK, Merck en Ranbaxy ⁽³⁾. Daarin nam zij het voorlopige standpunt in dat de schikkingsovereenkomsten tussen het initiërende bedrijf en de generieke bedrijven zogenoemde pay-for-delay-overeenkomsten vormden en bijgevolg neerkwamen op een restrictie met mededingingsbeperkende strekking, wat een inbreuk op artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-overeenkomst vormt.

2. Toegang tot het dossier

5. Alle partijen kregen in augustus 2012 toegang tot het dossier in de vorm van een DVD.
6. In september 2012 heeft Alpharma, later gevolgd door andere partijen, een gedetailleerd verzoek tot openbaarmaking van alle onleesbaar gemaakte gedeelten van de zogenoemde Matrix-documenten in het dossier van de Commissie ingediend. Om aan deze verzoeken te voldoen heeft DG Concurrentie de verstrekker van de Matrix-documenten, Lundbeck, om openbaarmaking verzocht. Het daaropvolgende openbaarmakingsproces heeft verscheidene maanden geduurd.

3. Antwoordtermijn voor de mededeling van punten van bezwaar

7. Voor de antwoorden van de partijen op de mededeling van punten van bezwaar had DG Concurrentie oorspronkelijk een termijn van tien weken vastgesteld, die eenmaal is verlengd met ongeveer drie weken. Toen Alpharma verzocht om een extra verlenging omdat zij de Matrix-documenten wenste in te zien alvorens te antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar, heeft DG Concurrentie een beperkte extra verlenging toegestaan, die evenwel als definitief werd beschouwd. DG Concurrentie deelde de partijen mee dat zij de mogelijkheid zouden krijgen hun antwoorden aan te vullen, mochten sommige Matrix-documenten pas toegankelijk worden na het verstrijken van de termijn. Alpharma, Arrow, GUK en Merck drongen vervolgens aan op een verlenging tot na de inzage in de ontbrekende documenten.
8. Nadat dit verzoek door DG Concurrentie was afgewezen, hebben de vier partijen het probleem van de termijnverlenging voor de beantwoording van de mededeling van punten van bezwaar aan mij voorgelegd. Volgens hen zouden hun rechten van verdediging worden geschonden als zij verplicht werden te antwoorden alvorens volledige toegang te krijgen tot het dossier, omdat de Matrix-documenten informatie bevatten die cruciaal is voor hun verdediging.

⁽¹⁾ Conform de artikelen 16 en 17 van het besluit van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 275 van 20.10.2011, blz. 29). („Besluit 2011/695/EU”).

⁽²⁾ <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/>

⁽³⁾ H. Lundbeck A/S en Lundbeck Limited, Xellia Pharmaceuticals ApS en Alpharma LLC (omgedoopt tot Zoetis Products LLC) („Alpharma”), A.L. Industrier AS, Arrow Generics Limited en Arrow Group ApS („Arrow”), Resolution Chemicals Limited, Generics [UK] Limited, Merck KGaA, en Ranbaxy (UK) Limited en Ranbaxy Laboratories Limited („Ranbaxy”).

Opschorting van de termijn

9. Het is inderdaad zo dat van partijen in principe niet wordt verwacht dat zij antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar voordat zij volledige toegang tot het dossier hebben gekregen en voordat alle verzoeken om aanvullende toegang zijn afgehandeld. Om vast te stellen welk belang moet worden gehecht aan de Matrix-documenten voor de verdediging van de partijen en of de door DG Concurrentie opgelegde gespreide indiening van de antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar, gezien het belang van de Matrix-documenten voor de verdediging van de partijen, bij wijze van uitzondering kan worden aanvaard in het belang van de doeltreffendheid van de procedure, heb ik de door DG Concurrentie vastgestelde termijn opgeschort ⁽¹⁾.
10. Het verzoek om aanvullende toegang had betrekking op 29 documenten (ID's) die goed waren voor ongeveer 4 000 gecensureerde bladzijden. De documenten zijn gebruikt in het kader van de Lagap-rechtszaak in het Verenigd Koninkrijk en van parallelle rechtszaken in andere Europese landen. Ze hadden betrekking op fabricageprocédés en waren verzameld tijdens inspecties naar aanleiding van inbreuken op octrooien bij een bedrijf met de naam Matrix. De maskeringen werden aangebracht na een „consent order” van het Verenigd Koninkrijk (een bindende rechterlijke beschikking waarmee alle partijen instemmen) en geheimhoudingsbesluiten van andere nationale octrooirechters.
11. Op mijn initiatief heeft DG Concurrentie samen met Lundbeck en Matrix een tijdschema voor de toegang van de andere partijen tot de gevraagde Matrix-documenten vastgesteld. Alle documenten van het Verenigd Koninkrijk zijn vlak vóór eind 2012 beschikbaar geworden, de documenten in het kader van de parallelle rechtszaken tegen 31 januari 2013.

Verlenging van de termijn

12. Op 18 december 2012 heb ik besloten de partijen een verdere verlenging van de termijn voor de beantwoording van de mededeling van punten van bezwaar toe te kennen. Deze verlenging hield in dat zij moesten antwoorden nadat zij de mogelijkheid hadden gekregen om alle Matrix-documenten betreffende de rechtszaak in het Verenigd Koninkrijk in te kijken, doch voordat de documenten betreffende parallelle rechtszaken toegankelijk waren gemaakt, d.w.z. in de periode tussen 9 en 14 januari 2013.
13. Ik heb dit besluit genomen vanwege het recht van de partijen om te worden gehoord en in het algemeen belang van doeltreffende procedures. Mijns inziens konden de Matrix-documenten betreffende de rechtszaak in het Verenigd Koninkrijk nuttig zijn voor de verdediging van de partijen, maar waren zij niet „cruciaal” zoals sommigen beweerden. De Matrix-documenten betreffende parallelle rechtszaken daarentegen voegden niet veel informatie toe aan de inhoud van de documenten die afkomstig waren van de rechtszaak in het Verenigd Koninkrijk. Ik heb derhalve besloten dat de rechten van verdediging van de partijen zouden worden gevrijwaard als zij de mogelijkheid zouden krijgen om de van de rechtszaak in het Verenigd Koninkrijk afkomstige documenten in te zien alvorens op de mededeling van punten van bezwaar te antwoorden. Ik heb ook in aanmerking genomen dat DG Concurrentie de partijen de mogelijkheid heeft geboden hun antwoorden desgewenst aan te vullen nadat hun volledige toegang was verschaft tot de Matrix-documenten. Alle vier de partijen hebben hun antwoorden tijdig ingediend en geen van hen heeft gebruikgemaakt van het recht om dit antwoord aan te vullen vanwege het feit dat bepaalde Matrix-documenten pas na het verstrijken van de termijn toegankelijk waren geworden.
14. Aangezien geen van de partijen mij nog heeft aangeschreven in verband met de Matrix-documenten, beschouw ik deze kwestie als afgehandeld.

4. Procedureklachten in de antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar

15. Alpharma, Arrow, GUK, Lundbeck en Merck hebben in hun antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar een aantal klachten over de procedure naar voren gebracht, die echter alleen aan DG Concurrentie waren gericht. Met betrekking tot de rechten van verdediging stelden Alpharma, GUK en Merck dat deze werden geschon- den door de buitensporig lange duur van het onderzoek van de Commissie ⁽²⁾. Zij voerden aan dat de procedure hoe dan ook te lang duurde en dat de Commissie hieruit passende conclusies moest trekken. Ik zal beide aspecten van de bewering hieronder analyseren.
16. In artikel 41 van het EU-Handvest van de grondrechten is bepaald dat de instellingen van de Europese Unie binnen een redelijke termijn moeten handelen bij de afwikkeling van administratieve procedures. De redelijkheid van de duur van de administratieve procedures moet worden beoordeeld in het licht van de individuele omstandigheden van elk geval. Met name de context, de verschillende door de Commissie gevolgde procedurele fasen, de gedragingen van de partijen in de loop van de procedure en de complexiteit ervan dienen te worden onderzocht ⁽³⁾.

⁽¹⁾ De onderhavige situatie is volgens mij vergelijkbaar met de situatie als beschreven in punt 15 van Besluit 2011/695/EU, waardoor een vergelijkbaar besluit tot opschorting gerechtvaardigd is.

⁽²⁾ Alpharma bracht deze kwestie nogmaals bij mij ter sprake bij brief van 3 juni 2013.

⁽³⁾ Arrest van 7 oktober 1999, zaak T-228/97, Irish Sugar/Commissie, Jurispr. 1999, blz. II-2969, punt 278.

17. Op basis van de informatie waarover ik beschik, lijkt de aanzienlijke duur van de procedure (8 jaar en 9 maanden te rekenen vanaf de datum waarop de Commissie is begonnen met het onderzoek tot de datum waarop de mededeling van punten van bezwaar is verzonden) niet te worden gerechtvaardigd door de context van de zaak, de complexiteit ervan, de verschillende in de mededeling van punten van bezwaar beschreven procedurele fasen en zeker niet door de gedragingen van de partijen.
18. Indien geconcludeerd zou worden dat de administratieve procedure onredelijk lang was, dan zou de Commissie hooguit geen boeten opleggen als de partijen kunnen aantonen dat het feit dat de Commissie de administratieve procedure niet binnen een redelijke termijn afhandelde, hun rechten van verdediging concreet heeft aangetast of nadelig beïnvloed ⁽¹⁾. De bewijslast ligt bij de partijen, die overtuigende bewijsmiddelen moeten overleggen.
19. Na onderzoek van de overgelegde bewijsmiddelen heb ik geconcludeerd dat de partijen niet rechtens genoegzaam hebben aangetoond dat de buitensporig lange duur van het onderzoek hun recht van verdediging heeft geschonden. Met betrekking tot met name de bewering van Alpharma merk ik op dat het in de eerste plaats aan de partij is om ervoor te zorgen dat noch het tijdsverloop, noch de verkoop van de bij de vermoedelijke inbreuk betrokken activiteiten de overlegging van alle mogelijke bestaande ontlastende bewijsmiddelen moeilijk of onmogelijk maken, zoals wordt beweerd. Overeenkomstig de jurisprudentie hebben ondernemingen een zorgvuldigheidsplicht op grond waarvan zij ervoor moeten zorgen dat de gegevens aan de hand waarvan hun activiteiten kunnen worden nagegaan, goed bewaard blijven in hun boeken en archieven, opdat zij de nodige bewijsmiddelen beschikbaar kunnen stellen in het geval van gerechtelijke of administratieve procedures. Deze plicht geldt zelfs wanneer de betrokken activiteiten geruime tijd vóór het onderzoek zijn verkocht ⁽²⁾. Met betrekking tot de toegang tot voormalige werknemers geldt een soortgelijke verplichting. Voorts lijkt het erop dat Alpharma de aard en de reikwijdte van de ontlastende informatie, die door het tijdsverloop verloren zou zijn gegaan, niet met de door de rechtspraak vereiste nauwkeurigheid heeft beschreven ⁽³⁾.
20. Mijn conclusie dat de rechten van verdediging van de partijen niet zijn geschonden, betekent niet dat de aanzienlijke duur van het onderzoeksstadium helemaal zonder gevolgen is. In het licht van het recht op behoorlijk bestuur en overeenkomstig de jurisprudentie ⁽⁴⁾ ben ik van oordeel dat het eerste stadium van de administratieve procedure onredelijk lang was. Dit dient in aanmerking te worden genomen bij de vaststelling van het bedrag van de boete.

5. Toegang tot de antwoorden van andere partijen

21. DG Concurrentie heeft alle partijen toegang verleend tot kopieën van de niet-vertrouwelijke versie van de antwoorden van de andere partijen op de mededeling van punten van bezwaar. De partijen kregen de mogelijkheid schriftelijk opmerkingen in te dienen vóór de hoorzitting. Alpharma, Lundbeck en Ranbaxy hebben voor de hoorzitting aanvullende opmerkingen ingediend, A.L. Industrier nadien.

III. MONDELING PROCEDURE

22. Alle partijen bij de procedure, met uitzondering van Resolution Chemicals, hebben gebruikgemaakt van hun recht om te worden gehoord in een hoorzitting die plaatsvond op 14 en 15 maart 2013.

IV. PROCEDURE NA DE HOORZITTING

1. Letter of Facts

23. Op 12 april 2013 heeft de Commissie een letter of facts („LF”) doen toekomen aan Alpharma, Arrow, GUK, Lundbeck en Ranbaxy. Op 6 mei 2013 is tevens een LF gezonden aan het voormalige moederbedrijf van GUK (Merck) en het voormalige moederbedrijf van Alpharma (A.L. Industrier). Alle partijen kregen tien kalenderdagen de tijd om te antwoorden.

2. Verlenging van de termijn

24. Na ontvangst van de LF hebben Alpharma, Arrow, GUK en Lundbeck een verzoek om verlenging van de termijn bij DG Concurrentie ingediend. Nadat dit was afgewezen hebben zij zich met hun verzoek tot mij gewend.

⁽¹⁾ Arrest van 8 juli 2008, zaak T-99/04, AC-Treuhand AG/Commissie, Jurispr. 2008, blz. II-1501, punt 58.

⁽²⁾ Arrest van 14 maart 2013, zaak T-587/08, Fresh Del Monte Produce, Inc./Europese Commissie, Jurispr. 2013, nog niet gepubliceerd, punten 683 en 684.

⁽³⁾ Arrest van 21 september 2006, zaak C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, Jurispr. 2006, blz. I 8725, punten 56 tot en met 60.

⁽⁴⁾ Arrest van 16 juni 2011, zaak T-240/07, Heineken Nederland BV en Heineken NV/Commissie, Jurispr. 2011, blz. II-3355, punten 290 en 291.

25. GUK vroeg mij de antwoordtermijn voor de LF op te schorten totdat ik een besluit had genomen over hun bewering dat de Commissie een aanvullende mededeling van punten van bezwaar met betrekking tot een aantal bewijsmiddelen in de LF, alsook een nieuwe LF had moeten toezenden waarin het beoogde gebruik van bepaalde bewijsmiddelen werd toegelicht (zie punt IV.4 hieronder).
26. Hoewel ik in het kader van mijn mandaat de beweringen van GUK en ook van de andere partijen kan onderzoeken, ben ik niet bevoegd om een besluit te nemen. Dit betekent ook dat ik de termijn niet kan opschorten.
27. Alle vier de partijen hebben termijnverlengingen gekregen, die verschilden naar gelang van hun individuele omstandigheden. Alle partijen hebben antwoorden ingediend binnen de respectieve termijnen.

3. Toegang tot de antwoorden van andere partijen

28. DG Concurrentie heeft alle partijen toegang verleend tot kopieën van de niet-vertrouwelijke versies van de antwoorden van andere partijen op de LF en heeft hun de mogelijkheid geboden opmerkingen in te dienen. Alleen Lundbeck heeft opmerkingen ingediend.

4. Procedureklachten met betrekking tot de letter of facts

29. Arrow, GUK en Lundbeck hebben twee procedureklachten met betrekking tot de LF ingediend. Na de afwijzing van deze klachten door DG Concurrentie hebben de partijen deze kwesties ter beoordeling aan mij voorgelegd.

Is een aanvullende mededeling van punten van bezwaar nodig?

30. In de eerste plaats betoogden de drie partijen met betrekking tot in totaal 10 van de 62 punten van de LF dat de nieuwe bewijsmiddelen en het beoogde gebruik ervan, zoals aangegeven door de Commissie, verder gingen dan het louter bevestigen van de bezwaren in de mededeling van punten van bezwaar. Zij stelden dat de Commissie hiermee de punten van bezwaar in wezen opnieuw formuleerde doordat zij aanvullende bezwaren inbracht of de intrinsieke aard van de inbreuk wijzigde. De partijen vroegen zich dan ook af of dergelijk bewijsmateriaal in een LF kon worden megedeeld zonder dat een aanvullende mededeling van punten van bezwaar nodig was, indien de Commissie voornemens was zich daarop te baseren.
31. Een aanvullende mededeling van punten van bezwaar is noodzakelijk wanneer de Commissie aanvullende bezwaren formuleert of de intrinsieke aard van de bezwaren wijzigt⁽¹⁾, terwijl een LF volstaat wanneer deze alleen nieuwe bewijsmiddelen aanbrengt die nuttig worden geacht om de reeds in de mededeling van punten van bezwaar geformuleerde bezwaren te staven⁽²⁾. Dit laatste formaat is volledig in overeenstemming met de rechten van verdediging, met name wanneer het wordt gebruikt om de door de partijen in de loop van de administratieve procedure aangevoerde argumenten te weerleggen⁽³⁾.
32. Na analyse van de tien punten van de LF waarvoor volgens de partijen een aanvullende mededeling van punten van bezwaar nodig was, stel ik vast dat geen van deze punten tot aanvullende bezwaren aanleiding geeft of de aard van de bestaande punten van bezwaar wijzigt. Deze punten, evenals de andere punten van de LF, zijn grotendeels opgenomen naar aanleiding van de opmerkingen van de partijen over de mededeling van punten van bezwaar. Het is mogelijk dat een aantal van de klachten kan worden teruggevoerd op gebrekkige informatie over het beoogde gebruik van de nieuwe bewijsmiddelen (zie hieronder). Hoe dan ook is bij de inbreng van nieuw belastend bewijsmateriaal, zelfs wanneer dat deels van een andere aard is dan de reeds aangedragen bewijsmiddelen, geen aanvullende mededeling van punten van bezwaar noodzakelijk. Ik concludeer derhalve dat de rechten van verdediging van de partijen niet geschonden zijn door de tien betwiste punten in een LF op te nemen.

Is de letter of facts onduidelijk?

33. Ten tweede voerden de drie partijen met betrekking tot in totaal 23 van de 62 punten van de LF aan dat de LF onduidelijk, dubbelzinnig of te beknopt is wat betreft het door de Commissie beoogde gebruik van een aantal nieuwe bewijsmiddelen. Deze punten overlappen gedeeltelijk met de tien punten waarvoor de partijen om een aanvullende mededeling van punten van bezwaar hebben verzocht.

⁽¹⁾ Arrest van 24 mei 2012, zaak T-111/08, MasterCard Inc. e.a./Commissie, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd, punt 268.

⁽²⁾ Arrest van 20 maart 2002, zaak T-23/99, A/S, voorheen Løgstør Rør A/S/Commissie, Jurispr. 2002, blz. II-1705, punten 190 en 193; zie ook het arrest 29 april 2004 in gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01 tot en met T-246/01, T-251/01 en T-252/01, Tokai Carbon e.a./Commissie, Jurispr. 2004, blz. II-1181, punt 45, en het arrest van 30 januari 2007, zaak T-340/03, France Télécom/Commissie, Jurispr. 2007, blz. II-107, punt 30.

⁽³⁾ MasterCard Inc. e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 273.

34. De partijen betoogden met name dat het verband tussen de bewijsmiddelen en de bezwaren in de mededeling van punten van bezwaar niet duidelijk is. Zij betoogden dat het beweerde gebrek aan duidelijkheid hun vermogen om zich te verdedigen beperkte.
35. Om de geadresseerden de mogelijkheid te bieden hun standpunt over de nieuwe bewijsmiddelen effectief kenbaar te maken, dient in een LF het onderdeel van de mededeling van punten van bezwaar waarop hij betrekking heeft te worden aangegeven, en dient de relevantie van deze stukken met betrekking tot de reeds meegedeelde punten van bezwaar te worden toegelicht ⁽¹⁾.
36. Hoewel ik het ermee eens ben dat de Commissie in sommige gevallen beter had kunnen toelichten hoe zij voornemens is de nieuwe bewijsmiddelen te gebruiken, is volgens mij niet geraakt aan de rechten van verdediging van de partijen.
37. In de eerste plaats wordt in de LF, behalve in één geval, voor elk nieuw bewijsstuk verwezen naar een punt of onderdeel van de mededeling van punten van bezwaar en wordt aangegeven hoe de Commissie voornemens is hiervan gebruik te maken.
38. Ten tweede kan, in het enige geval waarin niet wordt verwezen naar een punt van de mededeling van punten van bezwaar, evenals in de gevallen waarin het beoogde gebruik van de nieuwe bewijsmiddelen onduidelijk zou zijn, de relevantie van de nieuwe bewijsmiddelen voor een specifiek bezwaar redelijkerwijs uit de context van zowel de LF als de mededeling van punten van bezwaar worden afgeleid ⁽²⁾.
39. Deze conclusie wordt bevestigd door de antwoorden van de partijen op de LF. Daaruit blijkt dat de partijen de relevantie van de nieuwe bewijsmiddelen voor de tegen hen aangevoerde bezwaren voor elk van de 23 punten konden begrijpen of op zijn minst redelijkerwijs konden afleiden. In dit verband merk ik op dat in gevallen waarin een partij niet heeft gereageerd op een beweerdelijk onduidelijk punt, ditzelfde punt door ten minste één andere partij wel is behandeld en die partij correct het verband heeft gelegd tussen de nieuwe bewijsmiddelen en het betrokken bezwaar.
40. Wanneer een partij in een bepaald geval reageert door te verwijzen naar een ander bezwaar dan dat waarop de andere partij commentaar heeft gegeven, zijn daar hoogstwaarschijnlijk andere redenen voor dan het beweerde gebrek aan duidelijkheid van de LF.
41. Ik concludeer derhalve dat de bekritiseerde punten in de LF het vermogen van de partijen om hun rechten van verdediging daadwerkelijk uit te oefenen, niet hebben beperkt en dat de beweerde tekortkoming niet van invloed is geweest op de uitkomst van de procedure.

5. Overige procedureklachten met betrekking tot de letter of facts

Lundbeck

42. Op 22 mei 2013, ongeveer een maand na haar reactie op de LF, heeft Lundbeck een aanvullende verklaring bij mij ingediend met de bewering dat de LF haar rechten op een eerlijke rechtsgang en haar rechten van verdediging heeft ondermijnd. Hoewel deze verklaring grotendeels een herhaling is van de argumenten die hierboven reeds zijn besproken, bevat zij ook twee nieuwe beweringen ⁽³⁾.
43. Ten eerste stelde Lundbeck dat de Commissie haar verplichting om de procedure op onpartijdige en objectieve wijze te laten verlopen, niet is nagekomen. De Commissie zou bewijsmiddelen hebben genegeerd die het standpunt van Lundbeck en de generieke bedrijven bevestigen, en zou bewijsmiddelen die haar standpunt slechts oppervlakkig steunden zonder meer hebben geaccepteerd. De LF zou ook eens te meer duidelijk maken dat de Commissie de bewijsmiddelen in het dossier niet op nauwkeurige, objectieve en onvervalste wijze heeft beoordeeld, dat zij geen rekening heeft gehouden met alle bewijsstukken, waaronder de opmerkingen van Lundbeck, en dat zij betwiste of ontoereikende bewijsmiddelen niet heeft uitgesloten.

⁽¹⁾ LR AF 1998 A/S, reeds aangehaald, punt 191; Zie ook het arrest van 27 september 2012, zaak T-353/06, Vermeer Infrastructuur BV/Commissie, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd, punt 182.

⁽²⁾ Deze situatie, waarbij het verband tussen de LF en de mededeling van punten van bezwaar niet gemakkelijk wordt begrepen, is mijns inziens vergelijkbaar met de situatie waarmee het Gerecht te maken kreeg in zaak T-11/89, Shell/Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-757, punten 56 en 62; zie ook gevoegde zaken T-191/98 en T-212/98 tot en met T-214/98, Atlantic Container Line AB e.a./Commissie, Jurispr. 2003, blz. II-3275, punt 162; en zaak T-13/89, ICI/Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-1021, punt 35. Derhalve zou de op de laatstgenoemde situatie toegepaste toets ook in dit geval passend zijn.

⁽³⁾ Aangezien Lundbeck pas in een zeer laat stadium van de procedure een gedetailleerde klacht bij mij heeft ingediend, kan ik deze slechts summier behandelen.

44. Na grondig onderzoek van de argumenten, en zonder vooruit te lopen op de merites van de door Lundbeck naar voren gebrachte inhoudelijke elementen, stel ik vast dat de bewering van de partij ongegrond is. Het recht op behoorlijk bestuur houdt de verplichting in om alle relevante gegevens van een individuele zaak zorgvuldig en op onpartijdige wijze te onderzoeken ⁽¹⁾. Het is echter geen teken van partijdigheid wanneer de Commissie niet instemt met de argumenten van een partij. Ook een bij voortduring uiteenlopende interpretatie van pertinente bewijsmiddelen houdt als zodanig geen partijdigheid in. Bovendien worden in de LF slechts nieuwe feiten aangedragen. De door de partijen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar aangevoerde argumenten worden niet besproken, noch worden de bewijsmiddelen beoordeeld. Dit moet gebeuren in het met redenen omklede definitieve besluit. Het lijkt derhalve misplaatst de objectiviteit en de onpartijdigheid van de procedure van de Commissie op deze basis te beoordelen. Ook al is tijdens de hoorzitting rekening gehouden met de mededeling van punten van bezwaar en de verklaringen van de Commissie, dan nog is de bewering van Lundbeck volgens mij niet gerechtvaardigd.
45. Ten tweede beweerde Lundbeck dat artikel 6, lid 3, onder d), van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens is geschonden omdat de LF berust op informatie van één bepaalde derde partij die geen deel uitmaakte van de procedure, zonder dat Lundbeck de mogelijkheid werd geboden deze derde partij en de juistheid van haar verklaringen zelf te onderzoeken.
46. Ook deze bewering beschouw ik als ongegrond. In de administratieve procedure is de Commissie niet verplicht de partijen de mogelijkheid te bieden de verklaringen van derde partijen tegenover de Commissie te onderzoeken. De rechten van verdediging van de partijen zijn geëerbiedigd als de door de Commissie gebruikte verklaringen in het dossier worden opgenomen, voor hen toegankelijk worden gemaakt en na een definitief besluit voor de rechter van de Europese Unie kunnen worden betwist ⁽²⁾. Dit was hier het geval. Lundbeck kreeg toegang tot de betrokken verklaring vóór de hoorzitting en kreeg de mogelijkheid opmerkingen te maken.
47. Voorts zij opgemerkt dat Lundbeck deze kwestie pas heel laat in de procedure aan de orde heeft gesteld. Als Lundbeck het relevant achtte voor haar verdediging om in de loop van de administratieve procedure de derde persoon te horen, dan had zij de Commissie kunnen voorstellen de derde partij uit te nodigen op de hoorzitting of een driehoeksoverleg te organiseren zoals aangegeven in de mededeling inzake goede praktijken ⁽³⁾. Volgens de informatie waarover ik beschik, heeft Lundbeck dergelijke voorstellen niet gedaan.
48. Op basis daarvan concludeer ik dat de rechten van verdediging van Lundbeck niet zijn geschonden.

Alpharma

49. Op 3 juni 2013, vijf weken na het antwoord van Alpharma op de LF, heb ik een brief ontvangen waarin dit bedrijf drie belangrijke kwesties aan de orde stelt ⁽⁴⁾.
50. Ten eerste beweert de onderneming dat de Commissie de conclusies betreffende Alpharma in haar definitieve besluit wellicht significant zou wijzigen in ten minste drie opzichten, te weten potentiële concurrentie, de overgedragen waarde en de juridische en economische context. Alpharma heeft de Commissie verzocht haar de mogelijkheid te bieden opmerkingen over de herziene conclusies te maken voordat het definitieve besluit wordt vastgesteld.
51. Ik heb het ontwerp-besluit nauwkeurig geanalyseerd in het licht van de bewering van Alpharma en de drie toegezonden voorbeelden. Volgens mij worden de bezwaren door het ontwerp-besluit niet gewijzigd en worden geen nieuwe bewijsmiddelen ingebracht waarover de partij geen opmerkingen zou hebben kunnen maken na de mededeling van punten van bezwaar of na de LF. Het recht van de partij om te worden gehoord wordt bijgevolg niet geschonden door de afwijzing van het verzoek van Alpharma door DG Concurrentie.
52. Ten tweede beweert Alpharma dat de mededeling van punten van bezwaar niet langer correct is wat betreft vijf voorlopige conclusies over Alpharma: de juridische en economische context, het verband tussen betaling en de toegangsbeperkingen, het bedrag van de overgedragen waarde, potentiële concurrentie en het toepassingsgebied van de schikkingsovereenkomst. De mededeling van punten van bezwaar zou zijn gebaseerd op feitelijke aannames over deze vijf conclusies die vervolgens onjuist bleken te zijn. Volgens Alpharma zijn deze tekortkomingen door de LF niet verholpen. Het document bevat daarentegen nieuwe feiten die in tegenspraak zijn met die welke in de mededeling van punten van bezwaar worden genoemd. Geconfronteerd met al deze verwarrende en tegenstrijdige feiten en

⁽¹⁾ Arrest van 20 maart 2002, zaak T-31/99, ABB Asea Brown Boveri Ltd/Commissie, Jurispr. 2002, blz. II-1881, punt 99.

⁽²⁾ Arrest van 27 juni 2012, zaak T-439/07, Coats Holdings Ltd/Europese Commissie, Jurispr. 2012, nog niet gepubliceerd, punten 174 en 175.

⁽³⁾ Zie de mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU (PB C 308 van 20.10.2011, blz. 6), punten 68 en 69.

⁽⁴⁾ Aangezien Alpharma pas in een heel laat stadium van de procedure een aantal kwesties aan mij heeft voorgelegd en een uitgebreide en zeer gedetailleerde klacht heeft ingediend, kan ik deze klacht slechts summier behandelen.

beweringen meent Alpharma dat de Commissie niet heeft aangegeven welke van deze feiten volgens haar correct zijn, waardoor niet duidelijk is op welke bewijsmiddelen de Commissie zich wil baseren en waarvan zij Alpharma beschuldigt. Volgens Alpharma is het daardoor onmogelijk zich naar behoren te verdedigen. Alpharma heeft mij dan ook verzocht de Commissie aan te bevelen een mededeling van punten van bezwaar vast te stellen of een toelichting te verschaffen waarin de tegen haar aangevoerde bezwaren en de daaraan ten grondslag liggende feiten duidelijk worden uiteengezet alvorens zij een definitief besluit neemt.

53. Ik heb deze procedurekwestie grondig onderzocht, waarbij ik de door Alpharma gemaakte opmerkingen ten gronde buiten beschouwing heb gelaten. Mijns inziens is haar verzoek echter niet gegrond.
54. De onderneming heeft reeds antwoord gekregen op de vraag welke feiten volgens de Commissie correct zijn. Toen Alpharma dezelfde kwestie aan DG Concurrentie voorlegde, was het antwoord dat de nieuwe feiten in de LF volgens de Commissie correct zijn. Voorts zij in dit verband opgemerkt dat de meeste nieuwe in de LF opgenomen feiten betreffende Alpharma door de onderneming zelf na de kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar zijn verstrekt, hoewel DG Concurrentie reeds in maart 2011 om aanvullende gegevens had verzocht.
55. Voorts geeft de door de partijen ontvangen LF voor elk nieuw feit aan op welk onderdeel van de mededeling van punten van bezwaar deze betrekking heeft en wat de relevantie voor het bezwaar is. Alpharma kreeg dus de gelegenheid om opmerkingen te maken over de nieuwe bewijsmiddelen en de relevantie daarvan voor de bezwaren. In tegenstelling tot wat Alpharma lijkt te suggereren, is de Commissie niet verplicht in een LF of een aanvullende mededeling van punten van bezwaar aan te geven welke van de oorspronkelijk in de mededeling van punten van bezwaar genoemde feiten volgens haar niet langer correct zijn in het licht van de later ontdekte bewijsmiddelen. Evenmin is de Commissie verplicht een juridische analyse van de nieuwe feiten te verrichten. Zoals hierboven reeds is aangegeven, is de Commissie slechts verplicht een mededeling van punten van bezwaar vast te stellen wanneer zij bestaande punten van bezwaar wil wijzigen. Bijgevolg ben ik van mening dat de rechten van verdediging van Alpharma niet zijn geschonden.
56. Tot slot is de raadadviseur-auditeur krachtens zijn mandaat niet bevoegd de Commissie formeel aan te bevelen bepaalde punten van bezwaar of haar interpretatie van bepaalde daaraan ten grondslag liggende feiten ten behoeve van een partij toe te lichten, zoals Alpharma lijkt aan te nemen.
57. Ten derde beweert Alpharma ook, zij het slechts met betrekking tot één punt, dat in de LF niet naar behoren wordt toegelicht hoe de Commissie de nieuwe feiten voornemens is te gebruiken. Naar mijn mening zijn de rechten van verdediging van de partij niet geschonden en ik verwijs naar mijn analyses van vergelijkbare beweringen van andere partijen bij deze procedure in punt IV.4 hierboven. Uit het antwoord van Alpharma op de LF blijkt hoe dan ook dat deze partij de inhoud van de LF kon begrijpen.
58. Tot slot wees Alpharma op de buitensporig lange duur van de administratieve procedure. Hiervoor verwijs ik eveneens naar mijn analyse van soortgelijke beweringen in punt II.4 hierboven.

V. HET ONTWERP-BESLUIT

59. Ik ben van mening dat het ontwerp-besluit alleen betrekking heeft op bezwaren ten aanzien waarvan de partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken.
60. Samenvattend concludeer ik dat alle partijen hun procedurele rechten in deze zaak daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen.

Gedaan te Brussel, 17 juni 2013.

Michael ALBERS