



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 14. srpnja 2022.¹

Predmet C-201/19 P

**Servier SAS,
Servier Laboratories Ltd,
Les Laboratoires Servier SAS
protiv**

Europske komisije

„Žalba – Tržišno natjecanje – Zabranjeni sporazumi – Tržište perindopрила, lijeka za liječenje kardiovaskularnih bolesti – Sporazumi o nagodbi u sporovima o patentima sklopljeni između proizvođača izvornog lijeka koji je nositelj patenata i proizvođača generičkih lijekova – Potencijalno tržišno natjecanje – Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj – Trajanje povrede – Pojam jedinstvene povrede – Novčane kazne”

Sadržaj

I. Okolnosti spora	5
A. Činjenice	5
1. Subjekti na koje se odnosi ovaj predmet	5
2. Predmetni proizvod i patenti	6
3. Sporovi o patentima koji se odnose na perindopril i puštanje u prodaju generičkih verzija perindopрила	7
a) Sporovi pred EPO-om	7
b) Sporovi pred nacionalnim sudovima	8
4. Sporazumi o nagodbi u sporovima o patentu na koje se odnosi ovaj predmet, koje je Servier sklopio s proizvođačima generičkih lijekova	8

¹ Izvorni jezik: francuski

a) Sporazumi sklopljeni s Nicheom/Unichemom i Matrixom	9
b) Sporazum sklopljen s Tevom	9
c) Sporazum sklopljen s Lupinom	10
B. Sporna odluka	11
C. Pobijana presuda	11
II. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka	11
III. Ocjena	13
A. Utvrđivanje povrede	13
1. Struktura i dopuštenost Servierove argumentacije	13
2. Potencijalno tržišno natjecanje (drugi žalbeni razlog i prvi dio trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga)	14
a) Doseg patenata prilikom analize potencijalnog tržišnog natjecanja	15
b) Analiza stvarnih i konkretnih mogućnosti proizvođača generičkih lijekova da uđu na tržište unatoč postojanju prepreka	16
1) Postojanje sporazuma kojim se isključuju potencijalni ulasci na tržište	16
2) Pripreme radnje koje su poduzeli proizvođači generičkih lijekova i njihova namjera da savladaju prepreke	17
3) Postojanje raznovrsnih prepreka	17
c) Raspodjela tereta dokazivanja	18
d) Dodatni argumenti koji se odnose na svakog od uključenih proizvođača generičkih lijekova	21
1) Niche/Unichem i Matrix	21
2) Teva	22
3) Lupin	23
e) Zaključak	23
3. Kvalifikacija sporazuma kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (prvi žalbeni razlog i drugi dio trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga)	23
a) Iskustvo i „laka prepoznatljivost” ograničenja tržišnog natjecanja	23
b) Plaćanja i navodni „pozitivni” ili „dvojaki” učinci sporazuma	24

1) Plaćanja	25
2) Navodni „pozitivni” ili „dvojaki” učinci sporazumâ	26
c) Ispitivanje cilja predmetnih sporazuma koji ograničava tržišno natjecanje	27
1) Sporazumi Niche i Matrix	27
2) Sporazum Teva	30
i) Ciljevi i navodni „dvojaki” učinci sporazuma Teva	30
– Navodni „dvojaki” ili „pozitivni” učinci na tržišno natjecanje	30
– Navodno nepostojanje štetnosti klauzula sporazuma Teva	31
ii) Plaćanja	32
3) Sporazum Lupin	33
i) Plaćanje	33
ii) Klauzule sporazuma Lupin	36
d) Zaključak	38
4. Datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin (treći dio petog žalbenog razloga)	38
5. Kvalifikacija sporazuma Niche, s jedne strane, i sporazuma Matrix, s druge strane, kao zasebnih povreda (šesti žalbeni razlog)	41
B. Novčane kazne	43
1. Pogreške koje se tiču prava koje se odnose na novčane kazne na koje se poziva Servier (sedmi žalbeni razlog)	44
a) Načelo zakonitosti kaznenih djela i kazni	44
b) Načelo proporcionalnosti i ocjena težine povreda	46
2. Novčana kazna izrečena Servieru zbog sporazuma Lupin (treći dio petog žalbenog razloga)	47
3. Zaključak o novčanim kaznama	49
C. Međuzaključak	49
IV. Troškovi	50
V. Zaključak	51

Uvod

1. Nakon predmeta Generics (UK) i dr.² i Lundbeck/Komisija³, ovaj predmet, koji je dio skupine od devet žalbi podnesenih protiv osam presuda Općeg suda⁴, ponovno se odnosi na ocjenu, sa stajališta prava tržišnog natjecanja Unije, nekoliko sporazuma o nagodbi u sporovima o patentima koje je proizvođač izvornih lijekova, u ovom slučaju Servier, sklopio s proizvođačima generičkih lijekova.
2. Kao u predmetima Generics (UK) i dr. i Lundbeck/Komisija, ti su sporazumi sklopljeni u situaciji u kojoj je patent na aktivnu tvar predmetnog lijeka, u ovom slučaju perindopril, već postao dostupan javnosti, dok je Servier još držao takozvane „sekundarne” patente za određene postupke proizvodnje tog lijeka.
3. Sporni sporazumi u biti su doveli do toga da se proizvođači generičkih lijekova, koji su željeli ući na tržište s generičkim verzijama navedenog lijeka, obvežu da će odgoditi svoj ulazak u zamjenu za to da Servier prenese vrijednost.
4. Komisija je u spornoj odluci⁵ smatrala, s jedne strane, da predmetni sporazumi koje je Servier sklopio s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva, Krka i Lupin predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i učinak i stoga povrede članka 101. UFEU-a.
5. S druge strane, smatrala je da je njihovo sklapanje, zajedno s drugim postupanjima kao što je stjecanje tehnologija za proizvodnju aktivnog farmaceutskog sastojka (AFS) perindoprila, dio Servierove strategije da se odgodi ulazak proizvođača generičkog perindoprila na tržište tog lijeka, na kojem je Servier imao vladajući položaj. Slijedom toga, Komisija je sankcionirala to ponašanje kao zlouporabu vladajućeg položaja na temelju članka 102. UFEU-a.
6. U pobijanoj presudi i u drugim presudama u skupini predmeta o kojoj je riječ, Opći sud potvrdio je Komisijinu analizu u pogledu toga da sporazumi koje je Servier sklopio s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva i Lupin predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. U ovoj žalbi, koja služi kao ogledni predmet, Servier pobija ta utvrđenja Općeg suda, kao što to čine i ti proizvođači generičkih proizvoda u svojim žalbama podnesenima protiv presuda Općeg suda koje se odnose na njih.
7. Suprotno tomu, Opći sud poništio je spornu odluku u dijelu u kojem se odnosi na kvalifikaciju sporazuma koje je Servier sklopio s Krkom kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i učinak, kao i u dijelu u kojem se odnosi na utvrđenje Servierove zlouporabe vladajućeg položaja, zbog toga što je Komisija počinila pogreške prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta.

² Presuda od 30. siječnja 2020. (C-307/18, u daljnjem tekstu: presuda Generics (UK) i dr., EU:C:2020:52)

³ Presude od 25. ožujka 2021. (C-591/16 P, u daljnjem tekstu: presuda Lundbeck/Komisija, EU:C:2021:243); Sun Pharmaceutical Industries i Ranbaxy (UK)/Komisija (C-586/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:241); Generics (UK)/Komisija (C-588/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:242); Arrow Group i Arrow Generics/Komisija (C-601/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:244); Xellia Pharmaceuticals i Alparma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245) i Merck/Komisija (C-614/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:246)

⁴ Presude Općeg suda Europske unije od 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, u daljnjem tekstu: pobijana presuda, EU:T:2018:922) (koja se pobija ovom žalbom i žalbom u predmetu C-176/19 P, Komisija/Servier i dr.); Biogaran/Komisija (T-677/14, EU:T:2018:910) (žalba C-207/19 P, Biogaran/Komisija); Teva UK i dr./Komisija (T-679/14, neobjavljena, EU:T:2018:919) (žalba C-198/19 P, Teva UK i dr./Komisija); Lupin/Komisija (T-680/14, neobjavljena, EU:T:2018:908) (žalba C-144/19 P, Lupin/Komisija); Mylan Laboratories i Mylan/Komisija (T-682/14, neobjavljena, EU:T:2018:907) (žalba C-197/19 P, Mylan Laboratories i Mylan/Komisija); Krka/Komisija (T-684/14, neobjavljena, EU:T:2018:918) (žalba C-151/19 P, Komisija/Krka); Niche Generics/Komisija (T-701/14, neobjavljena, EU:T:2018:921) (žalba C-164/19 P, Niche Generics/Komisija) i Unichem Laboratories/Komisija (T-705/14, neobjavljena, EU:T:2018:915) (žalba C-166/19 P, Unichem Laboratories/Komisija)

⁵ Odluka Komisije C(2014) 4955 *final* od 9. srpnja 2014. u vezi s postupkom u skladu s člancima 101. i 102. UFEU-a (Predmet AT.39612 – Perindopril (Servier)) (u daljnjem tekstu: sporna odluka)

8. Komisija dovodi u pitanje ta poništenja Općeg suda u predmetu Komisija/Servier i dr. (C-176/19 P), u kojem danas također iznosim mišljenje, kao i u predmetu Komisija/Krka (C-151/19 P). U tim se predmetima postavljaju nova pitanja u pogledu kvalifikacije sporazuma o licenci, koji je sklopljen istodobno sa sporazumom o nagodbi u patentnom sporu, kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, kvalifikacije takvog sporazuma kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na učinak te utvrđivanja mjerodavnog tržišta u farmaceutskom sektoru.

9. Nasuprot tomu, u ovom se predmetu u biti postavljaju samo pitanja koja su se već razmatrala u predmetima Generics (UK) i dr. i Lundbeck/Komisija, čija se načela stoga trebaju primijeniti u kontekstu ovog predmeta.

I. Okolnosti spora

A. Činjenice

10. Opći sud iznio je okolnosti spora u točkama 1. do 73. pobijane presude te ih se za potrebe ovog žalbenog postupka može sažeti na sljedeći način.

1. Subjekti na koje se odnosi ovaj predmet

11. Grupa Servier, koju među ostalim čine Servier SAS, njezino društvo majka sa sjedištem u Francuskoj, Laboratoires Servier SAS i Servier Laboratories Ltd (u daljnjem tekstu zajedno nazvani: Servier ili žalitelji), uključuje farmaceutska društva na svjetskoj razini. Laboratoires Servier francusko je farmaceutsko društvo koje se bavi razvojem izvornih lijekova, osobito za liječenje kardiovaskularnih bolesti⁶. Biogaran je društvo kći u stopostotnom vlasništvu društva Laboratoires Servier koje proizvodi generičke lijekove⁷.

12. Niche Generics Ltd (u daljnjem tekstu: Niche) poduzetnik je koji se bavi stavljanjem na tržište i isporukom generičkih farmaceutskih proizvoda, koji je najprije bio u 60-postotnu vlasništvu, a zatim je od 2006. u stopostotnu vlasništvu indijskog farmaceutskog društva Unichem Laboratories Ltd, koje se bavi istraživanjem i proizvodnjom AFS-a i gotovih proizvoda (u daljnjem tekstu: Unichem) (u daljnjem tekstu zajedno nazvani: Niche/Unichem)⁸.

13. Matrix Laboratories Ltd (u daljnjem tekstu: Matrix) indijsko je društvo koje prije svega razvija, proizvodi i komercijalizira AFS-ove za proizvođače generičkih lijekova. Nakon stjecanja udjela u nekoliko navrata, Mylan Inc. je od 2011. vlasnik između 97 i 98 % kapitala Matrixa, koji se od 5. listopada 2011. naziva Mylan Laboratories Ltd⁹.

⁶ Točka 1. pobijane presude te uvodna izjava 11. i sljedeće sporne odluke

⁷ Uvodna izjava 14. sporne odluke

⁸ Točka 8. presude od 12. prosinca 2018., Niche Generics/Komisija (T-701/14, neobjavljena, EU:T:2018:921) i točka 8. presude od 12. prosinca 2018., Unichem Laboratories/Komisija (T-705/14, neobjavljena, EU:T:2018:915) te uvodna izjava 31. i sljedeće sporne odluke.

⁹ Točke 8. i 9. presude od 12. prosinca 2018., Mylan Laboratories i Mylan/Komisija (T-682/14, neobjavljena, EU:T:2018:907) te uvodna izjava 27. i sljedeće sporne odluke.

14. Teva Pharmaceutical Industries Ltd multinacionalno je farmaceutsko društvo koje razvija, proizvodi i komercijalizira generičke lijekove i AFS-ove za vlastitu farmaceutsku proizvodnju i za druga društva. Teva UK Ltd društvo je kći u stopostotnu vlasništvu društva Teva Pharmaceuticals Europe BV, koje je i samo društvo kći u stopostotnu vlasništvu društva Teva Pharmaceutical Industries (u daljnjem tekstu zajedno nazvana: Teva). Teva je jedna od najvećih svjetskih farmaceutskih grupa koja posluje u sektoru generičkih lijekova. Teva se 26. siječnja 2006. spojila s društvom Ivax Europe (u daljnjem tekstu: Ivax), multinacionalnim farmaceutskim društvom koje proizvodi generičke lijekove, koje je tako postalo društvo kći u stopostotnu vlasništvu Teve¹⁰.

15. Lupin Ltd je društvo majka, registrirano u Indiji, društava koja su dio grupe Lupin, uključujući Lupin (Europe) Limited, koje se prije svega bavi prodajom Lupinovih AFS-a i gotovih proizvoda, ali i dodjelom licenci za dokumentaciju o odobrenju za stavljanje u promet (OSP) Lupinovih proizvoda i izravnom prodajom malih količina Lupinovih gotovih proizvoda u Ujedinjenoj Kraljevini (u daljnjem tekstu zajedno nazvana: Lupin)¹¹.

2. Predmetni proizvod i patenti

16. Servier je razvio perindopril, lijek koji se upotrebljava u kardiovaskularnoj medicini, najprije namijenjen liječenju hipertenzije i zatajenja srca. AFS perindoprila jest u obliku soli. Prvotno korištena sol bila je erbumin (ili terc-butilamin) koja je u kristalnom obliku zbog postupka koji Servier primjenjuje za njegovu sintezu¹².

17. Patent EP0049658 koji se odnosi na molekulu perindoprila podnesen je 29. rujna 1981. Europskom patentnom uredu (EPO). Taj je patent trebao isteći 29. rujna 2001., ali je njegova zaštita u više država članica Europske unije, među kojima i u Ujedinjenoj Kraljevini, produljena do 22. lipnja 2003.¹³ U Francuskoj je zaštita navedenog patenta produljena do 22. ožujka 2005., a u Italiji do 13. veljače 2009.¹⁴ Odobrenje OSP-a za perindopril erbumin u obliku tableta (2 i 4 mg) za liječenje arterijske hipertenzije dodijeljeno je između 1988. i 1989. u Europi¹⁵.

18. Nakon podnošenja patenta za molekulu, Servier je EPO-u podnio nekoliko patenata za postupak koji se odnose na proizvodnju perindoprila. Ovaj postupak odnosi se, među ostalim, na patente EP0308339, EP0308340 i EP0308341 (u daljnjem tekstu, redom, patent 339, patent 340 i patent 341), koji su podneseni 1988. i trebali su isteći 2008., te, prije svega, na patent EP1296947 (takozvani „patent alfa”, u daljnjem tekstu: patent 947), koji je podnesen 2001. Patent 947 obuhvaćao je alfa-kristalni oblik perindoprila erbumina i načine njegove proizvodnje te je dodijeljen 4. veljače 2004.¹⁶

¹⁰ Točke 8. i 9. presude od 12. prosinca 2018., Teva UK i dr./Komisija (T-679/14, neobjavljena, EU:T:2018:919) te uvodna izjava 37. i sljedeće sporne odluke.

¹¹ Točka 8. presude od 12. prosinca 2018., Lupin/Komisija (T-680/14, neobjavljena, EU:T:2018:908) te uvodna izjava 23. i sljedeće sporne odluke.

¹² Točke 2. i 3. pobijane presude, uvodna izjava 1. i sljedeće, 86. i sljedeće te 2143. i sljedeće sporne odluke

¹³ Kao što je to dopušteno Uredbom Vijeća (EEZ) br. 1768/92 od 18. lipnja 1992. o uvođenju svjedodžbe o dodatnoj zaštiti za lijekove (SL 1992., L 182, str. 1.).

¹⁴ Točka 4. pobijane presude i uvodna izjava 92. i sljedeće sporne odluke

¹⁵ Uvodna izjava 98. sporne odluke

¹⁶ Točke 5. do 8. pobijane presude, uvodne izjave 94., 118. i sljedeće te 124. i sljedeće sporne odluke

19. Servier je također podnio prijave nacionalnih патенata u više država članica, primjerice u Bugarskoj, Češkoj Republici, Estoniji, Mađarskoj, Poljskoj i Slovačkoj. Tako su patenti priznati 16. svibnja 2006. u Bugarskoj, 17. kolovoza 2006. u Mađarskoj, 23. siječnja 2007. u Češkoj Republici, 23. travnja 2007. u Slovačkoj i 24. ožujka 2010. u Poljskoj. Ti su patenti u biti odgovarali patentima koji su podneseni EPO-u¹⁷.

20. Od 2002. Servier je razvijao perindopril druge generacije, proizveden od nove soli, arginina, za koji je 17. veljače 2003. podnio prijavu za patent (EP1354873B). Taj je patent priznat 17. srpnja 2004., a datum isteka utvrđen je na 17. veljače 2023. Uvođenje perindoprila arginina na tržišta Unije započelo je 2006. Taj je proizvod bioekvivalentna generička verzija proizvoda prve generacije, ali se prodaje u različitim dozama zbog različite molekularne mase nove soli¹⁸. Za perindopril arginin izdan je 2004. OSP u Francuskoj, a zatim je u postupku uzajamnog priznavanja odobren i u drugim državama članicama¹⁹.

3. Sporovi o patentima koji se odnose na perindopril i puštanje u prodaju generičkih verzija perindoprila

21. Između 2003. i 2009., Servier je bio stranka u nizu sporova koji su se odnosili na perindopril te koji su se vodili pred EPO-om i nacionalnim sudovima. Uglavnom je bila riječ o zahtjevima za izdavanje sudskog naloga i postupcima u pogledu patenta 947, koji su pokrenuti u različitim državama članicama između Serviera i niza proizvođača generičkih proizvoda koji su pripremali puštanje u prodaju generičke verzije perindoprila²⁰.

a) Sporovi pred EPO-om

22. Prije svega, deset proizvođača generičkih lijekova, među kojima Niche, Teva i Lupin, podnijeli su 2004. EPO-u prigovor protiv patenta 947 kako bi ga se u potpunosti opozvalo, pozivajući se na razloge koji se temelje na manjku novosti i inventivne razine te na nedovoljno obrazloženom izumu²¹.

23. EPO-ov odjel za prigovore potvrdio je 27. srpnja 2006. valjanost patenta 947, nakon manjih izmjena Servierovih prvotnih zahtjeva (u daljnjem tekstu: EPO-ova odluka od 27. srpnja 2006.). Devet društava podnijelo je pritužbu protiv te odluke, ali su Krka i Lupin povukli svoje pritužbe 11. siječnja, odnosno 5. veljače 2007., nakon svojih sporazuma sa Servierom. Odlukom od 6. svibnja 2009., EPO-ovo tehničko vijeće za pritužbe poništilo je EPO-ovu odluku od 27. srpnja 2006. te je opozvalo patent 947 (u daljnjem tekstu: EPO-ova odluka od 6. svibnja 2009.). Prijedlog za ponavljanje postupka koji je Servier podnio protiv te odluke odbijen je 19. ožujka 2010.²².

¹⁷ Točka 8. pobijane presude i uvodna izjava 120. sporne odluke

¹⁸ Točke 9. i 10. pobijane presude, uvodne izjave 8., 88. te 218. i sljedeće sporne odluke

¹⁹ Uvodna izjava 100. sporne odluke

²⁰ Točke 11. do 27. pobijane presude, uvodne izjave 129., 151. i sljedeće, 157. sljedeće te tablice iz uvodnih izjava 156. i 201. sporne odluke

²¹ Točke 11. i 12. pobijane presude te uvodna izjava 158. i sljedeće sporne odluke

²² Točka 12. pobijane presude te uvodne izjave 162. do 170. i 962. sporne odluke

b) Sporovi pred nacionalnim sudovima

24. Proizvođači generičkih lijekova također su osporavali valjanost patenta 947 pred sudovima određenih država članica, a Servier je podnio zahtjeve za izdavanje privremenog sudske naloga od kojih su neki prihvaćeni²³. Međutim, većina tih sporova završila je prije donošenja konačne odluke o valjanosti patenta 947 zbog sporazuma o nagodbi koje su sklopili Servier i proizvođači generičkih lijekova.

25. U tom kontekstu ipak valja istaknuti dva spora između Serviera i Apotexa, jedinog proizvođača generičkih lijekova koji je stranka u sporu sa Servierom u Ujedinjenoj Kraljevini i s kojim Servier nije sklopio sporazum o nagodbi. Ti sporovi, od kojih je jedan u tijeku u Ujedinjenoj Kraljevini, a drugi u Nizozemskoj, stoga nisu prekinuti sklapanjem sporazuma o nagodbi te su naknadno doveli do proglašenja patenta 947 nevaljanim.

26. Stoga je Servier, s jedne strane, 1. kolovoza 2006. podnio High Courtu of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Visoki sud, Engleska i Wales, Odjel *Chancery*, Patentni sud, Ujedinjena Kraljevina) tužbu zbog povrede patenta 947 protiv društva Apotex, koje je stavilo generičku verziju perindoprila na tržište u Ujedinjenoj Kraljevini „uz rizik” i protiv kojeg je 8. kolovoza 2006. izdan privremeni sudski nalog. Međutim, nakon protutužbe za poništenje navedenog patenta koju je podnio Apotex, patent 947 proglašen je nevaljanim 6. srpnja 2007., ukinut je sudski nalog i Apotex je ušao na tržište s generičkim perindoprilom, čime se tržište u Ujedinjenoj Kraljevini otvorilo generičkim lijekovima. Odluka o proglašenju nevaljanosti patenta 947 potvrđena je 9. svibnja 2008. u žalbenom postupku²⁴.

27. S druge strane, Katwijk Farma, društvo kći Apotexa, podnio je 13. studenoga 2007. nizozemskom sudu zahtjev za poništenje nizozemskog dijela patenta 947 te je 13. prosinca 2007. pustio u prodaju svoj generički perindopril, dok je Servierov zahtjev za izdavanje privremenog sudske naloga odbijen. Nizozemski je sud 11. lipnja 2008. poništio patent 947 u Nizozemskoj u okviru istodobne tužbe koju je podnio Pharmachemie, Tevino društvo kći²⁵.

28. Od svibnja 2008., Sandoz, drugi proizvođač generičkih lijekova, pustio je svoj generički perindopril u prodaju u nekoliko država članica²⁶.

4. Sporazumi o nagodbi u sporovima o patentu na koje se odnosi ovaj predmet, koje je Servier sklopio s proizvođačima generičkih lijekova

29. Između 2005. i 2007., Servier je sklopio sporazume o nagodbi s proizvođačima generičkih lijekova Niche/Unichem, Matrix, Teva, Krka i Lupin. Ova se žalba odnosi na sporazume koje je Servier sklopio s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva i Lupin.

²³ Točke 16. do 21. i 24. do 27. pobijane presude te uvodne izjave 171. do 202. sporne odluke

²⁴ Točke 25. i 26. pobijane presude te uvodna izjava 175. i sljedeće sporne odluke

²⁵ Točka 27. pobijane presude te uvodna izjava 193. i sljedeće sporne odluke

²⁶ Uvodna izjava 410. sporne odluke

a) Sporazumi sklopljeni s Nicheom/Unichemom i Matrixom

30. Niche/Unichem i Matrix surađivali su prilikom puštanja u prodaju generičke verzije perindoprila. Matrix je imao ulogu dobavljača AFS-a, a Niche/Unichem bio je odgovoran za dobivanje OSP-ova i distribuciju gotovog proizvoda²⁷.

31. Osim prigovora koji je Niche podnio EPO-u²⁸, Servier i Niche su od 25. lipnja 2004. stranke u sporu pred High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Visoki Sud, Engleska i Wales, Odjel *Chancery*, Patentni sud) povodom patenata 339, 340, 341 i 947. Rasprava u tom postupku bila je zakazana za 7. i 8. veljače 2005. Matrix je bio uključen u taj postupak davanjem iskaza, ali nije vodio vlastiti spor sa Servierom koji je u tijeku²⁹.

32. Servier je 8. veljače 2005. sklopio dva sporazuma o nagodbi, jedan s Nicheom/Unichemom (u daljnjem tekstu: sporazum Niche), a drugi s Matrixom (u daljnjem tekstu: sporazum Matrix). Niche je istog dana sklopio sporazum o licenci i o isporuci s Biogaranom, društvom kćeri u stopostotnu vlasništvu društva Laboratoires Servier.

33. Sporazumi koje je Servier sklopio s Nicheom/Unichemom i Matrixom obuhvaćali su sve zemlje u kojima su postojali patenti 339, 340, 341 i 947, osim država koje nisu članice Europskog gospodarskog prostora (EGP) za sporazum Matrix. Njima se predviđa, ukratko³⁰, da Niche/Unichem i Matrix ne proizvode i ne isporučuju perindopril za koji Servier smatra da povređuje njegove patente i da ne osporavaju Servierove patente.

34. Servier se zauzvrat obvezao da neće podnijeti tužbe zbog povrede protiv Nichea/Unichema i Matrixa te da će isplatiti 11,8 milijuna funta sterlinga, s jedne strane, Nicheu/Unichemu i, s druge strane, Matrixu. Usto, u okviru sporazuma s Biogaranom Niche se obvezao Biogaranu prenijeti dokumentaciju u pogledu triju lijekova koja je potrebna za dobivanje OSP-ova te francuski OSP za jedan od tih lijekova. Biogaran je zauzvrat morao Nicheu isplatiti nepovratan iznos od 2,5 milijuna funta sterlinga, čak i u slučaju da Biogaran ne dobije OSP-ove.

b) Sporazum sklopljen s Tevom

35. Osim prigovora koji je Teva podnijela EPO-u³¹, Servier i Ivax su od 9. kolovoza 2005. stranke u sporu u Ujedinjenoj Kraljevini povodom patenta 947, ali su ipak odlučili prekinuti postupak do donošenja konačne odluke u postupku povodom prigovora pred EPO-om. Pharmachemie, Tevino društvo kći, podnijelo je 15. kolovoza 2007. zahtjev za opoziv patenta 947, proglašenog valjanim u Nizozemskoj, koji je prihvaćen 11. lipnja 2008³².

36. Servier i Teva sklopili su 13. lipnja 2006. sporazum o nagodbi koji je obuhvaćao samo Ujedinjenu Kraljevinu (u daljnjem tekstu: sporazum Teva). Taj je sporazum bio sklopljen na tri godine te se mogao produljiti na dodatne dvije godine.

²⁷ Uvodna izjava 423. i sljedeće sporne odluke

²⁸ Vidjeti točku 22. ovog mišljenja.

²⁹ Točka 16. i sljedeće pobijane presude te uvodna izjava 483. i sljedeće sporne odluke

³⁰ Za detaljan opis upućuje se na točku 29. i sljedeće pobijane presude te na uvodne izjave 422., 546. i sljedeće sporne odluke.

³¹ Vidjeti točku 22. ovog mišljenja.

³² Točke 20. i 21. pobijane presude i uvodna izjava 677. sporne odluke Vidjeti u pogledu spora s Pharmachemieom točku 27. ovog mišljenja.

37. Na temelju navedenog sporazuma Teva se obvezala da će perindopril erbumin namijenjen distribuciji u Ujedinjenoj Kraljevini nabavljati isključivo od Serviera, i to na razdoblje od tri godine. U zamjenu za Servierovu isplatu iznosa od 5 milijuna funta sterlinga, Teva se obvezala da neće prodavati generički perindopril (osim onoga koji isporučuje Servier) i da neće osporavati Servierove patente u Ujedinjenoj Kraljevini, pri čemu se pojašnjava da joj nije zabranjeno nastaviti postupak povodom prigovora protiv spornih patenata pred EPO-om. Usto, Servier i Teva dogovorili su isplatu paušalne novčane naknade Tevi u slučaju neisporuke perindoprila od 1. kolovoza 2006. i Teva u takvom slučaju nije imala pravo raskinuti sporazum o nagodbi. Nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006. kojom se potvrđuje patent 947 i naloga koji je High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (Visoki Sud, Engleska i Wales, Odjel *Chancery*, Patentni sud) 8. kolovoza 2006. izdao protiv Apotexa³³, Servier je upotrijebio klauzulu o paušalnoj novčanoj naknadi te je Teva tako tijekom razdoblja od 11 mjeseci primila iznos od 5,5 milijuna funta sterlinga od Serviera u zamjenu za neisporuku perindoprila. Servier je u okviru te nagodbe Tevi tako isplatio ukupno 10,5 milijuna funta sterlinga³⁴.

38. Servier i Teva sklopili su 23. veljače 2007. dodatak sporazumu Teva, kojim se potvrđuje stvarna provedba obveze isključive kupnje određivanjem datuma na koji Teva može početi distribuirati generički perindopril koji isporučuje Servier. Taj je datum trebao jednostrano utvrditi Servier, odnosno trebao je odgovarati datumu opoziva ili isteka patenta 947 ili datumu na koji Apotex počinje distribuirati generički perindopril u Ujedinjenoj Kraljevini nakon rješavanja spora sa Servierom³⁵. Naposljetku, Teva je ušla na tržište Ujedinjene Kraljevine s generičkim perindoprilom koji je isporučio Servier nakon što je patent 947 6. srpnja 2007. proglašen nevaljanim za Ujedinjenu Kraljevinu u sporu s Apotexom³⁶.

c) Sporazum sklopljen s Lupinom

39. Osim prigovora koji je podnio EPO-u³⁷, Lupin je 18. listopada 2006. britanskom sudu podnio tužbu za proglašenje patenta 947 nevaljanim, koji je proglašen valjanim u Ujedinjenoj Kraljevini, i za utvrđivanje nepostojanja povrede navedenog patenta generičkom verzijom perindoprila koji je namjeravao stavljati na tržište u toj zemlji³⁸.

40. Servier i Lupin sklopili su 30. siječnja 2007. sporazum o nagodbi u pogledu patenta koji obuhvaća sve zemlje, osim zemalja koje nisu članice EGP-a (u daljnjem tekstu: sporazum Lupin).

41. U skladu s tim sporazumom Lupin je pristao na to da neće prodavati generički perindopril (dok Servier ili treće strane ne stave generički perindopril na tržište ili dok Servierovi patenti ne isteknu/budu proglašeni nevaljanim) i da neće osporavati seriju patenata koje drži Servier. Usto, sporazumom se predviđalo da će se stranke koristiti „svim razumnim sredstvima” za sklapanje sporazuma o distribuciji u skladu s kojim bi Servier počeo Lupinu isporučivati perindopril nakon što Servier ili treće strane stave generički perindopril na tržište. Takav sporazum u konačnici nije potpisan i Lupin nikada nije ušao na tržište perindoprila.

³³ Vidjeti točke 23. i 26. ovog mišljenja.

³⁴ Točka 37. i sljedeće pobijane presude te uvodne izjave 652. i 741. i sljedeće sporne odluke

³⁵ Točka 42. pobijane presude te uvodne izjave 749. i 770. i sljedeće sporne odluke

³⁶ Vidjeti točku 26. ovog mišljenja te uvodne izjave 776. i sljedeće sporne odluke.

³⁷ Vidjeti točku 22. ovog mišljenja.

³⁸ Točka 24. pobijane presude te uvodna izjava 1013. i sljedeće sporne odluke

42. Osim toga, Servier i Lupin također su u okviru sporazuma Lupin sklopili sporazum o ustupanju prava intelektualnog vlasništva i sporazum o licenci. U skladu s tim sporazumima Servier je Lupinu isplatio iznos od 40 milijuna eura za kupnju Lupinovih patentnih prijava koje se odnose na perindopril, a Lupin je ishodio povratno ustupanje licenci za otkupljene prijave³⁹.

B. Sporna odluka

43. Komisija je 9. srpnja 2014. donijela spornu odluku⁴⁰.

44. Kad je riječ o ovom žalbenom postupku, Komisija je smatrala da sporazumi koje je Servier sklopio s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva i Lupin predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i učinak.

45. Osim toga, Komisija je smatrala i da sporazumi koje je Servier sklopio s Krkom predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i učinak te da je Servier povrijedio članak 102. UFEU-a time što je osobito na temelju stjecanja tehnologije i sporazuma o nagodbi osmislio i provodio strategiju isključenja koja obuhvaća tržište pripravaka na bazi perindoprila u Francuskoj, Nizozemskoj, Poljskoj i Ujedinjenoj Kraljevini te tržište tehnologije AFS-a perindoprila.

46. Slijedom toga, Komisija je utvrdila da je Servier povrijedio članke 101. i 102. UFEU-a i izrekla mu je novčane kazne za te povrede.

C. Pobijana presuda

47. Tužbom podnesenom tajništvu Općeg suda 21. rujna 2014. Servier je pokrenuo postupak protiv sporne odluke. Servierove zahtjeve pred Općim podupirao je European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (u daljnjem tekstu: EFPIA).

48. Opći sud, odlučujući u proširenom sastavu vijeća, u pobijanoj je presudi poništio i. članak 4. sporne odluke (u kojoj se utvrdila Servierova povreda članka 101. na temelju sporazumâ s Krkom), ii. članak 6. sporne odluke (u kojem se utvrdila Servierova povreda članka 102. UFEU-a) te iii. članak 7. stavak 4. točku (b) i članak 7. stavak 6. sporne odluke (u kojem su se Servieru izrekle novčane kazne za te dvije povrede).

49. Kao drugo, Opći sud iv. smanjio je iznos novčane kazne koja je u članku 7. stavku 2. točki (b) navedene odluke izrečena Servieru zbog sporazuma s Matrixom, koji se navodi u članku 2. sporne odluke. Kao treće, v. odbio je tužbu u preostalom dijelu te je, kao četvrto, vi. i vii. naložio Servieru, Komisiji i EFPIA-i snošenje vlastitih troškova.

II. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka

50. Aktom od 28. veljače 2019. Servier je podnio žalbu protiv pobijane presude, a u njegovim ga je zahtjevima EFPIA i dalje podupirala.

³⁹ Točka 52. i sljedeće pobijane presude te uvodne izjave 975. i 1037. i sljedeće sporne odluke

⁴⁰ Vidjeti bilješku 5. ovog mišljenja.

51. Istodobno su drugi adresati sporne odluke koji nisu uspjeli u postupku pred Općim sudom također podnijeli žalbe protiv presuda Općeg suda kojima su odbijene njihove tužbe protiv navedene odluke, dok je Komisija podnijela žalbe protiv presude Općeg suda o poništenju dijelova sporne odluke koji se odnose na sporazume s Krkom i članak 102. UFEU-a⁴¹.

52. Aktom od 22. svibnja 2019. Ujedinjena Kraljevina zatražila je intervenciju u ovaj predmet u potporu Komisijinu zahtjevu. Intervencija je dopuštena odlukom predsjednika Suda od 16. lipnja 2019.

53. Servier od Suda zahtijeva da:

- Najprije, s obzirom na prvi, drugi, treći, četvrti i peti žalbeni razlog kojima se osporava postojanje povrede članka 101. UFEU-a:
 - ukinе točke 4., 5. i 6. izreke pobijane presude;
 - poništi članak 1. točku (b), članak 2. točku (b), članak 3. točku (b) i članak 5. točku (b) te posljedično članak 7. stavak 1. točku (b), članak 7. stavak 2. točku (b), članak 7. stavak 3. točku (b) i članak 7. stavak 5. točku (b) sporne odluke ili, ako se to ne učini, vrati predmet Općem sudu na ponovno suđenje o učincima predmetnih sporazuma;
- Podredno, s obzirom na šesti žalbeni razlog:
 - ukinе točke 4. i 5. izreke pobijane presude u mjeri u kojoj se njome potvrđuju Komisijini zaključci o postojanju zasebnih povreda i kumulativnih novčanih kazni za sporazume Niche i Matrix te posljedično poništi članak 1. točku (b), članak 2. točku (b), članak 7. stavak 1. točku (b) i članak 7. stavak 2. točku (b) sporne odluke;
- Još podrednije:
 - ukinе točke 4. i 5. izreke pobijane presude te poništi članak 7. stavak 1. točku (b), članak 7. stavak 2. točku (b), članak 7. stavak 3. točku (b) i članak 7. stavak 5. točku (b) sporne odluke s obzirom na prvi i drugi dio sedmog žalbenog razloga, kojima se osporavaju načelo i iznos svih novčanih kazni;
 - ukinе točku 5. izreke pobijane presude i poništi članak 5. točku (b) te članak 7. stavak 5. točku (b) sporne odluke s obzirom na četvrti dio petog žalbenog razloga koji se odnosi na trajanje navodne povrede i izračun novčane kazne koji se odnosi na sporazum sklopljen između društava Servier i Lupin i posljedično izrekne novčanu kaznu izvršavajući svoju punu nadležnost.
- U svakom slučaju:
 - naloži Komisiji snošenje troškova.

54. EFPIA od Suda zahtijeva da:

- ukinе točke 4., 5. i 6. izreke pobijane presude;

⁴¹ Vidjeti bilješku 4. ovog mišljenja.

- poništi članak 1. točku (b), članak 2. točku (b), članak 3. točku (b) i članak 5. točku (b) te posljedično članak 7. stavak 1. točku (b), članak 7. stavak 2. točku (b), članak 7. stavak 3. točku (b) i članak 7. stavak 5. točku (b) sporne odluke ili, ako se to ne učini, vrati predmet Općem sudu na ponovno suđenje o učincima predmetnih sporazuma; i
- naloži Komisiji snošenje troškova ovog postupka i prvostupanjskog postupka.

55. Komisija od Suda zahtijeva da:

- odbije žalbu i
- naloži žaliteljima snošenje Komisijinih troškova postupka pred Općim sudom i pred Sudom.

56. Ujedinjena Kraljevina podupire te Komisijine zahtjeve.

57. Sud je 13. rujna 2021. pozvao stranke da podnesu svoja očitovanja o presudi Generics (UK) i dr. te presudama iz skupine Lundbeck/Komisija⁴².

58. Na zajedničkoj raspravi održanoj 20. i 21. listopada 2021. saslušana su očitovanja stranaka u devet žalbi koje su podnesene protiv osam presuda Općeg suda u pogledu sporne odluke, kao i njihovi odgovori na pitanja Suda.

III. Ocjena

59. Servier tvrdi da je Opći sud pogrešno potvrdio Komisijino utvrđenje prema kojem sporazumi sklopljeni s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva i Lupin predstavljaju povrede članka 101. UFEU-a i da ta institucija Servieru može izreći novčane kazne za te povrede.

60. Servier svoje argumente temelji na sedam žalbenih razloga, od kojih se prvih šest odnosi na utvrđivanje povreda (dio A), dok se sedmi žalbeni razlog odnosi na novčane kazne (dio B).

A. Utvrđivanje povrede

1. Struktura i dopuštenost Servierove argumentacije

61. Svojim prvim dvama žalbenim razlozima Servier općenito prigovara Općem sudu da je počinio pogreške koje se tiču prava prilikom analize protutržišnog cilja sporazumâ (prvi žalbeni razlog) i potencijalnog tržišnog natjecanja između stranaka (drugi žalbeni razlog).

62. Nadalje, Servier svojim trećim, četvrtim i petim žalbenim razlogom ističe takve pogreške u odnosu na svaki od predmetnih sporazuma, odnosno u odnosu na sporazume Niche i Matrix (treći žalbeni razlog), sporazum Teva (četvrti žalbeni razlog) i sporazum Lupin (peti žalbeni razlog). U okviru trećeg dijela petog žalbenog razloga Servier nadalje tvrdi da je Opći sud počinio pogreške prilikom određivanja datuma završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin.

⁴² Presude od 25. ožujka 2021., Lundbeck/Komisija; Sun Pharmaceutical Industries i Ranbaxy (UK)/Komisija (C-586/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:241); Generics (UK)/Komisija (C-588/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:242); Arrow Group i Arrow Generics/Komisija (C-601/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:244); Xellia Pharmaceuticals i Alpharma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245) i Merck/Komisija (C-614/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:246)

63. Svojim šestim žalbenim razlogom Servier podredno ističe pogreške koje se tiču prava koje je Opći sud počinio u pogledu kvalifikacije sporazuma Niche i Matrix kao zasebnih povreda.

64. Komisija najprije tvrdi da su prvi i drugi žalbeni razlog djelomično nedopušteni jer Servier u njima teoretski i apstraktno kritizira pogreške koje je navodno počinio Opći sud, a da pritom ne upućuje na konkretne točke pobijane presude. Usto, Servier ponavlja argumente koji su već izneseni Općem sudu i koje je taj sud odbio, a da pritom ne objašnjava koju je pogrešku Opći sud počinio time što ih je odbio.

65. Te su kritike opravdane u pogledu dijela argumenata koje iznosi Servier, ne samo u okviru prvog i drugog žalbenog razloga, nego i u okviru trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga. Naime, u dijelu svoje argumentacije Servier iznosi općenita razmatranja i navodi velik broj navodno pogrešnih točaka pobijane presude, a da pritom ne potkrepljuje od čega se konkretno sastoje pogreške koje je Opći sud počinio u tim točkama. Isto tako, u nekoliko točaka svoje žalbe Servier samo ponavlja argumente koji su već izneseni pred Općim sudom te upućuje na svoja pismena i njihove brojne priloge podnesene tom sudu.

66. Međutim, kao što to Komisija sama priznaje, osim tih razmatranja, koja su doista nedopuštena, zajedničko tumačenje argumenata koje je Servier iznio u okviru svojih različitih žalbenih razloga pokazuje da Servier svoje opće prigovore koji se odnose na ispitivanje potencijalnog tržišnog natjecanja i protutržišnog cilja sporazumâ koje provodi Opći sud povezuje s ispitivanjem koje taj sud provodi u pogledu određenog broja aspekata njegovih posebnih odnosa i sporazuma s predmetnim proizvođačima generičkih lijekova. U tom kontekstu Servier utvrđuje obrazloženja navedene presude i pogreške koje su navodno počinjene u tim obrazloženjima.

67. Točno je da je ispitivanje te argumentacije složeno jer su ti argumenti izneseni u različitim dijelovima žalbe. Prema tome, što se tiče potencijalnog tržišnog natjecanja, drugi žalbeni razlog i prvi dio trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga treba tumačiti zajedno. Isto tako, što se tiče protutržišnog cilja sporazumâ, valja uputiti na prvi žalbeni razlog i drugi dio trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga. Takvim je tumačenjem ipak moguće utvrditi Servierove konkretne kritike u pogledu pobijane presude te valja priznati da je Servierova argumentacija u tom pogledu doista dopuštena. Slijedom toga, u nastavku će se prilikom ispitivanja Servierovih različitih žalbenih razloga ispitati dopušteni dio njegove argumentacije, pri čemu se pojašnjava da se ta argumentacija često nalazi u sivoj zoni između pravne kvalifikacije i ocjene činjenica.

68. S obzirom na ta pojašnjenja, najprije valja ispitati Servierove argumente koji se odnose na potencijalno tržišno natjecanje (odjeljak 2.), zatim argumente koji se odnose na protutržišni cilj sporazumâ (odjeljak 3.), na datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin (odjeljak 4.) i, naposljetku, na kvalifikaciju, s jedne strane, sporazuma Niche i, s druge strane, sporazuma Matrix kao zasebnih povreda (odjeljak 5.).

2. Potencijalno tržišno natjecanje (drugi žalbeni razlog i prvi dio trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga)

69. Servier najprije tvrdi da je Opći sud, kada je ispitivao jesu li Servier i proizvođači generičkih lijekova bili potencijalni konkurenti u trenutku sklapanja sporazuma, počinio tri pogreške. Opći sud nije pravilno uzeo u obzir doseg patenata (pododjeljak (a)), pogrešno je zaključio da pripremne radnje proizvođača generičkih lijekova dokazuju stvarnu sposobnost ulaska na tržište

(pododjeljak (b)) te je prebacio teret dokazivanja (pododjeljak (c)). Nadalje, Servier nastoji umanjiti te pogreške u pogledu ocjene svojeg konkurentskog odnosa sa svakim od uključenih proizvođača generičkih lijekova (pododjeljak (d)).

a) Doseg patenata prilikom analize potencijalnog tržišnog natjecanja

70. Servier najprije tvrdi da je Opći sud zanemario doseg patenata time što nije uzeo u obzir patentne prepreke prilikom analize sposobnosti proizvođača generičkih lijekova da brzo uđu na tržište. Čak i prije odluke o valjanosti generičkog lijeka i o tome predstavlja li on povredu, patent koji se smatra snažnim, kao i privremeni sudski nalozi kojima se proizvođačima generičkih lijekova zabranjuje ulazak na tržište, mogu utjecati na sposobnost takvih proizvođača da uđu na tržište.

71. U tom pogledu valja podsjetiti na to da, kako bi se provjerilo je li poduzetnik koji je stranka sporazuma potencijalni konkurent na određenom tržištu, treba provjeriti postoje li nepremostive prepreke ulasku na to tržište⁴³, te ako postoje, bi li u odsutnosti predmetnog sporazuma postojale stvarne i konkretne mogućnosti da predmetni poduzetnik uđe na to tržište i konkurira postojećim poduzetnicima. Ta se provjera treba provesti s obzirom na konkretan gospodarski i pravni kontekst u kojem je predmetni sporazum sklopljen⁴⁴.

72. Slijedom toga, prilikom ispitivanja potencijalnog tržišnog natjecanja između, s jedne strane, nositelja patenata kojima se štiti postupak proizvodnje djelatne tvari koja je postala dostupna javnosti i, s druge strane, proizvođača koji žele ući na tržište s generičkim lijekovima koji sadržavaju tu djelatnu tvar, koji su sklopili sporazume kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju, nikako nije moguće zanemariti navedene patente, koji su nedvojbeno dio predmetnog gospodarskog i pravnog konteksta⁴⁵.

73. Međutim, u tom kontekstu treba uzeti u obzir i činjenicu da pretpostavka valjanosti patenta za postupak proizvodnje lijeka ne dovodi do pretpostavke nezakonitosti generičkih verzija tog lijeka za koje nositelj patenta smatra da ga povređuju. Sporovi o tom pitanju, u pogledu valjanosti patenata za postupak i u pogledu toga predstavljaju li generički lijekovi povredu, odnosno pitanje jesu li proizvedeni u skladu s postupcima koji su još bili zaštićeni patentima, naprotiv, uobičajeni su ili su čak indicija o postojanju odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja između stranaka⁴⁶.

74. Iz toga slijedi da se u takvim okolnostima postojanje patenta kojim se štiti postupak proizvodnje djelatne tvari koja je postala dostupna javnosti ne može, kao takvo, smatrati nepremostivom preprekom ulasku na tržište generičkih lijekova koji sadržavaju tu djelatnu tvar⁴⁷.

75. Ispitivanje postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja između nositelja takvog patenta i proizvođača koji žele ući na tržište s generičkim lijekovima, koji su sklopili sporazume kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju, treba se odnositi upravo na pitanje jesu li, unatoč postojanju predmetnih patentnih prava, ti proizvođači imali stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište

⁴³ Presude od 20. siječnja 2016., Toshiba Corporation/Komisija (C-373/14 P, EU:C:2016:26, t. 31., 32. i 34.); Generics (UK) i dr. (t. 45.) i Lundbeck/Komisija (t. 57.); vidjeti i presude od 28. lipnja 2016., Portugal Telecom/Komisija (T-208/13, EU:T:2016:368, t. 181.) i Telefónica/Komisija (T-216/13, EU:T:2016:369, t. 221.)

⁴⁴ Presude Generics (UK) i dr. (t. 36., 37. i 39.) i Lundbeck/Komisija (t. 55.)

⁴⁵ Vidjeti presudu Generics (UK) i dr. (t. 50.) i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 83.).

⁴⁶ Vidjeti presudu Generics (UK) i dr. (t. 48., 49., 51. i 52.) i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 67. do 85.).

⁴⁷ Presude Generics (UK) i dr. (t. 46.) i Lundbeck/Komisija (t. 58.)

u trenutku sklapanja sporazumâ. Postojanje takvih mogućnosti može se dokazati skupom podudarajućih indicija koje obuhvaćaju, među ostalim, pripremne radnje koje su poduzeli proizvođači generičkih lijekova i percepciju koju oni i nositelj patenta imaju o situaciji⁴⁸.

76. Naime, suprotno onomu što tvrdi Servier, u ovom je slučaju Opći sud pravilno proveo takvo ispitivanje u točki 432. i sljedećim (u pogledu Nichea/Unichema), točki 579. i sljedećim (u pogledu Teve) te točki 718. i sljedećim (u pogledu Lupina) pobijane presude. Opći sud je detaljno ispitao jesu li ti proizvođači imali stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište unatoč preprekama koje predstavljaju Servierovi patenti, ali i tehničke prepreke povezane s razvojem njihovih proizvoda te regulatorne prepreke povezane s dobivanjem OSP-ova za te proizvode.

b) Analiza stvarnih i konkretnih mogućnosti proizvođača generičkih lijekova da uđu na tržište unatoč postojanju prepreka

77. Iz prethodno navedenog proizlazi da se Opći sud nije ograničio, kao što to tvrdi Servier, na isključivo teoretsku primjenu testa o samoj namjeri ulaska na tržište u neodređenom razdoblju. Naprotiv, Opći sud nije se ograničio na isključivo hipotetske mogućnosti ulaska na tržište, koje su odvojene od konteksta, nego je upravo ispitao jesu li konkretne radnje koje su poduzeli proizvođači generičkih lijekova dokazale njihove stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište unatoč postojanju Servierovih patenata. Prilikom tog ispitivanja Opći sud oslonio se na objektivne elemente čiju istinitost Servier nije dovodio u pitanje, kao što su, među ostalim, već izvršena ulaganja, radnje poduzete radi dobivanja OSP-a i ugovori sklopljeni s poslovnim partnerima.

78. Različite kritike koje je Servier iznio u tom pogledu ne upućuju na pogreške koje se tiču prava koje je Opći sud počinio prilikom tog ispitivanja.

1) Postojanje sporazuma kojim se isključuju potencijalni ulasci na tržište

79. Najprije, suprotno onomu što tvrdi Servier, Sud je izričito priznao da, u situaciji kao što je ona o kojoj je riječ u ovom slučaju, činjenica da subjekti sklapaju sporazume čiji je cilj zadržati jednog od njih izvan tržišta nije samo čvrsta indicija, nego i „najuvjerljiviji dokaz” postojanja odnosa tržišnog natjecanja među njima. Takva je indicija i činjenica da proizvođač izvornih lijekova prenosi vrijednosti u korist proizvođača generičkih lijekova u zamjenu za odgodu ulaska potonjeg proizvođača na tržište. Naime, ta volja otkriva na koji način proizvođač izvornih lijekova doživljava rizik koji za njegove poslovne interese predstavlja predmetni proizvođač generičkih lijekova, a čiji dojam je relevantan za ocjenu postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja⁴⁹.

80. To je dosljedno jer ti elementi upravo potvrđuju činjenicu da predmetni proizvođač generičkih lijekova ima stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište i ne nailazi na nepremostive prepreke. Doista je nevjerovatno da bi proizvođač generičkih lijekova, ako ne može ući na tržište i stoga ne predstavlja prijetnju proizvođaču izvornih lijekova, s njim sklopio sporazum kojim ga se zadržava izvan tržišta u zamjenu za plaćanje. Slijedom toga, prilikom ocjene postojanja odnosa potencijalnog tržišnog natjecanja između gospodarskih subjekata, te se

⁴⁸ Presude Generics (UK) i dr. (t. 42. do 44., 46., 50. i 55. do 57.) i Lundbeck/Komisija (t. 57., 74. do 76. i 88.); vidjeti i moje mišljenje u predmetima Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 83. i 86. do 88.) i Lundbeck/Komisija (C-591/16 P, EU:C:2020:428, t. 59., 78. i 79.).

⁴⁹ Presude Generics (UK) i dr. (t. 55. do 57.); Lundbeck/Komisija (t. 57. do 78.) i od 20. siječnja 2016., Toshiba Corporation/Komisija (C-373/14 P, EU:C:2016:26, t. 33. i 34.)

indicije trebaju uzeti u obzir u istoj fazi ispitivanja i na isti način kao i stvarne i konkretne mogućnosti ulaska proizvođača generičkih lijekova na tržište i nepostojanje nepremostivih prepreka. Svi ti elementi, ako se razmatraju zajedno, čine skup indicija na koje se Komisija može osloniti kako bi dokazala postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja među gospodarskim subjektima, od kojih je jedan već prisutan na tržištu na koje drugi subjekti namjeravaju ući.

81. Prema tome, utvrđenje Općeg suda iz točke 450. pobijane presude prema kojem je Servierovo sklapanje spornih sporazuma s proizvođačima generičkih lijekova bilo relevantan element za ocjenu potencijalnog tržišnog natjecanja među tim subjektima, ne sadržava nikakvu pogrešku.

2) Pripremne radnje koje su poduzeli proizvođači generičkih lijekova i njihova namjera da savladaju prepreke

82. Nadalje, suprotno Servierovim tvrdnjama, postojanje stvarnih i konkretnih mogućnosti ulaska na tržište dokazuje činjenica da su u trenutku sklapanja sporazuma proizvođači generičkih lijekova poduzeli dostatne pripremne radnje koje im omogućuju da uđu na tržište u roku u kojem bi se mogao izvršavati konkurentski pritisak na proizvođača izvornih lijekova. Na temelju takvih radnji može se utvrditi čvrsta odlučnost i vlastita sposobnost takvih proizvođača da uđu na tržište lijeka koji sadržava djelatnu tvar koja je postala dostupna javnosti, čak i ako postoje patenti za postupak koje drži proizvođač izvornih lijekova⁵⁰.

83. Kao što je Opći sud na to pravilno podsjetio u točkama 384., 444., 458. i 728. pobijane presude, u tom je kontekstu namjera subjekta da uđe na tržište čimbenik kojim se može potkrijepiti utvrđenje njegove sposobnosti da to učini⁵¹. Slijedom toga, Servier ne može prigovoriti Općem sudu da je počinio pogreške prilikom svoje ocjene percepcije koju proizvođači generičkih lijekova imaju o patentnim rizicima. Štoviše, iz tih točaka kao i iz točke 445. i sljedećih te točke 729. i sljedećih pobijane presude proizlazi da je Opći sud utvrdio da, iako elementi koje je Komisija iznijela kako bi dokazala da proizvođači generičkih lijekova vjeruju u povoljan ishod sporova o patentima trebaju biti odbijeni, tehničke radnje i radnje u pogledu sporova koje su poduzeli ti proizvođači ipak dokazuju njihovu namjeru ulaska na tržište.

84. Suprotno onomu što tvrdi Servier, Opći sud pravilno je priznao da te radnje pokazuju da se ti proizvođači ni na koji način nisu obeshrabrili različitim patentnim, regulatornim i tehničkim preprekama ulasku na tržište te da su, naprotiv, imali čvrstu odlučnost da ih savladaju.

3) Postojanje raznovrsnih prepreka

85. Servier ipak tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je patentne, tehničke, regulatorne i financijske poteškoće na koje su naišli proizvođači generičkih lijekova, konkretnije Niche i Matrix, ispitao zasebno, a ne zajedno. Čak i da svaka poteškoća nije pojedinačno nepremostiva, to ne znači da su ti proizvođači zajedno mogli savladati sve te poteškoće.

⁵⁰ Presude Generics (UK) i dr. (t. 43. i 44.) i Lundbeck/Komisija (t. 57.)

⁵¹ Presuda Lundbeck/Komisija (t. 74. i 75.)

86. Prema Komisijinu mišljenju, taj argument nije iznesen u prvostupanjskom postupku te je stoga nedopušten. Međutim, s obzirom na to da je navedeni argument dopuna žalbenom razlogu istaknutom pred Općim sudom i da se njime kritizira činjenica da je Opći sud primijenio članak 101. UFEU-a, Servier se na njega može pozvati u žalbenom postupku⁵².

87. Međutim, kad je riječ o meritumu, taj se argument ne može prihvatiti.

88. Stoga je Opći sud u točki 442. i sljedećim (u pogledu Nichea/Unichema), točki 589. i sljedećim (u pogledu Teve) i točki 726. i sljedećim (u pogledu Lupina) pobijane presude iscrpno i detaljno ispitao različite patentne, tehničke, regulatorne i financijske prepreke na koje su, prema Servierovu mišljenju, ti proizvođači naišli prilikom pripreme ulaska na tržište sa svojim proizvodima. Prilikom tog ispitivanja Opći sud utvrdio je da kontinuirane radnje koje su navedeni proizvođači poduzimali kako bi se suočili s tim poteškoćama upućuju na to da te poteškoće nisu bile nepremostive prepreke koje onemogućuju takav ulazak na tržište.

89. Naime, Opći se sud time oslonio na velik broj činjeničnih elemenata koje Servier nije dovodio u pitanje.

90. U tim okolnostima Servier ne može prigovoriti Općem sudu da nije dodatno zajedno ispitao različite prepreke.

91. Kao što to pravilno ističe Komisija, Servier ne objašnjava zašto ni na koji su se način te prepreke, ako se razmatraju zajedno, mogle pokazati nepremostivima jer je Opći sud analizirao, a da pritom nije počinio pogrešku koja se tiče prava, da su proizvođači generičkih lijekova bili spremni pojedinačno ih savladati. Uostalom, Servier ne objašnjava ni od čega se takvo ispitivanje konkretno trebalo sastojati i kako bi se razlikovalo od ispitivanja koje je proveo Opći sud.

92. Nadalje, Komisija pravilno tvrdi da je primijenila upravo „holistički” pristup time što je dokazala kako su proizvođači generičkih lijekova, a osobito Niche, poduzeli radnje s aspekta patenata (sudski postupci) i tehničkog (rješavanje tehničkih prepreka), regulatornog (razmjena dopisa s nacionalnim tijelima radi dobivanja OSP-ova) ili financijskog aspekta (kontakti s društvom majkom radi potpore). Uostalom, Opći sud nije samo provjerio osnovanost elemenata koje je tako iznijela Komisija, nego je štoviše analizirao međuovisnost različitih aspekata, time što je, primjerice, u točki 494. pobijane presude odbio Servierove tvrdnje prema kojima su Nicheove financijske poteškoće onemogućile Nicheu da se suoči s rizicima od sudskih troškova i naknade štete koji su svojstveni sporovima o patentima.

93. Stoga treba odbiti i prigovor o nepostojanju analize svih prepreka ulasku proizvođača generičkih lijekova na tržište.

c) Raspodjela tereta dokazivanja

94. Servier tvrdi da je Opći sud, nakon što je samo utvrdio postojanje radnji za utvrđivanje stvarnih i konkretnih mogućnosti ulaska proizvođača generičkih lijekova na tržište, zahtijevao od Serviera da, kako bi pobio to utvrđenje, podnese dokaz o postojanju nepremostivih prepreka ulasku tih proizvođača na tržište. To bi pak značilo da se zahtijeva negativan dokaz (*probatio*

⁵² Presude od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 25.) i od 10. travnja 2014., Areva i dr./Komisija (C-247/11 P i C-253/11 P, EU:C:2014:257, t. 114.)

diabolica). Na taj je način Opći sud prebacio teret dokazivanja i povrijedio načelo prema kojem je teret dokazivanja postojanja stvarnih i konkretnih mogućnosti ulaska proizvođača generičkih lijekova na tržište na Komisiji.

95. Ta je argumentacija u potpunosti neosnovana.

96. Kao što je to Opći sud pravilno priznao u točki 386. pobijane presude, točno je da Komisija snosi teret dokazivanja postojanja stvarnih i konkretnih mogućnosti konkurenta da uđe na tržište. Međutim, kao što je to Opći sud također pravilno priznao u navedenoj točki, iako je Komisija prikupila skup podudarajućih indicija kojima se utvrđuju radnje poduzete u svrhu proizvodnje i komercijalizacije predmetnog proizvoda u dovoljno kratkom roku kako bi se utjecalo na subjekt koji je prisutan na tržištu, u nedostatku dokaza o protivnom u pogledu tehničkih, regulatornih, komercijalnih ili financijskih poteškoća, u dovoljnoj je mjeri utvrdila postojanje takvih mogućnosti u predmetnim okolnostima.

97. Suprotno Servierovu mišljenju, ta raspodjela tereta dokazivanja u potpunosti je u skladu s načelima koja su čvrsto utvrđena sudskom praksom Suda u području povreda prava tržišnog natjecanja Unije. Točno je da iz toga proizlazi da je na Komisiji da podnese dokaz o povredama koje utvrdi i da podnese dokaze kojima se može u dovoljnoj mjeri dokazati postojanje činjenica koje predstavljaju povredu⁵³. U tu svrhu, treba prikupiti dovoljno precizne i dosljedne dokaze na kojima će se temeljiti čvrsto uvjerenje o tome da je počinjena navodna povreda⁵⁴. Međutim, kada Komisija prikupi takve dokaze, na predmetnim je subjektima da istaknu nedostatnost dokaza na koje se Komisija pozvala kako bi utvrdila sastavne elemente povrede⁵⁵.

98. Prema tome, iako je u skladu s tim načelima zakonski teret dokazivanja na Komisiji odnosno predmetnom poduzetniku, činjenični elementi koje ističe jedna stranka mogu biti takve prirode da obvezuju drugu stranku da pruži objašnjenje ili opravdanje, u nedostatku kojeg je dopušteno zaključiti da je obveza u pogledu tereta dokazivanja ispunjena⁵⁶.

99. Doista, u ovom slučaju, upravo iz ispitivanja Servierovih argumenata, provedenog u točkama 70. do 93. i 108. do 117. ovog mišljenja, proizlazi da Opći sud nije počinio pogreške kada je potvrdio da je Komisija u dovoljnoj mjeri dokazala da su proizvođači generičkih lijekova u trenutku sklapanja sporazumâ imali stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište. Slijedom toga, Opći sud također je pravilno potvrdio da je u tim okolnostima bilo na Servieru da iznese elemente kojima se može pobiti to utvrđenje⁵⁷.

100. Nakon pomnijeg ispitivanja, argumentacija koju Servier iznosi u ovom slučaju prije svega proizlazi iz miješanja pojmova stvarnog i potencijalnog tržišnog natjecanja. Prema tome, Servier pogrešno shvaća činjenicu da Komisija, kako bi utvrdila postojanje potencijalnog tržišnog

⁵³ Presude od 17. prosinca 1998., Baustahlgewebe/Komisija (C-185/95 P, EU:C:1998:608, t. 58.) i od 22. studenoga 2012., E.ON Energie/Komisija (C-89/11 P, EU:C:2012:738, t. 71.)

⁵⁴ Vidjeti u tom smislu presude od 28. ožujka 1984., Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink/Komisija (29/83 i 30/83, EU:C:1984:130, t. 20.) i od 31. ožujka 1993., Ahlström Osakeyhtiö i dr./Komisija (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 à C-129/85, EU:C:1993:120, t. 127.).

⁵⁵ Vidjeti u tom smislu presude od 6. siječnja 2004., BAI i Komisija/Bayer (C-2/01 P i C-3/01 P, EU:C:2004:2, t. 63.); od 24. lipnja 2015., Fresh Del Monte Produce/Komisija i Komisija/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P i C-294/13 P, EU:C:2015:416, t. 135. do 140.) i od 27. siječnja 2021., The Goldman Sachs Group/Komisija (C-595/18 P, EU:C:2021:73, t. 92.). Vidjeti i presudu od 16. lipnja 2015., FSL i dr./Komisija (T-655/11, EU:T:2015:383, t. 181. i navedena sudska praksa).

⁵⁶ Presude od 6. listopada 2009., GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 83.); od 1. srpnja 2010., Knauf Gips/Komisija (C-407/08 P, EU:C:2010:389, t. 80.) i od 18. siječnja 2017., Toshiba/Komisija (C-623/15 P, neobjavljena, EU:C:2017:21, t. 52.)

⁵⁷ Presuda Lundbeck/Komisija (t. 78. i 79.)

natjecanja, samo treba dokazati da su proizvođači generičkih lijekova imali stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište u roku u kojem bi se mogao izvršavati konkurentski pritisak na proizvođača izvornih lijekova. Suprotno tomu, ni na koji način se ne zahtijeva da Komisija također sa sigurnošću dokaže da će radnje koje su proizvođači generičkih lijekova poduzeli stvarno biti uspješne i da će ti proizvođači doista ući na relevantno tržište⁵⁸.

101. U tom smislu, suprotno onomu što tvrdi Servier, Komisija ne treba dokazati da će radnje koje je proizvođač generičkih lijekova poduzeo za ulazak na tržište nužno biti uspješne „u kratkom roku”. Važno je da te radnje dokazuju mogućnost ulaska na tržište u roku u kojem bi se mogao izvršavati konkurentski pritisak. Međutim, dokle god se takve radnje poduzimaju, primjerice prilikom razmjene dopisa s regulatornim tijelom radi dobivanja OSP-a ili napora uložених da se savladaju tehničke poteškoće koje se odnose na aspekte generičkog proizvoda, one dokazuju mogućnost ulaska u roku u kojem bi se mogao izvršavati konkurentski pritisak. To vrijedi tim više ako prilikom ispitivanja skupa indicija koji dokazuje postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja uz navedene radnje postoje i dokazi koji svjedoče o percepciji koju proizvođač izvornog lijeka ima o prijetnji koju predstavljaju proizvođači generičkih lijekova, kao što je činjenica da potonji proizvođač s njima želi sklopiti sporazume kako bi odgodio njihov ulazak na tržište⁵⁹.

102. Slijedom toga, Servier ne može tvrditi da je Opći sud počinio pogrešku kad je u točki 481. pobijane presude potvrdio Komisijino odbijanje da prihvati Servierov zahtjev za dostavu dopisa između Nichea ili njegovih partnera i predmetnih nacionalnih regulatornih tijela. Naime, pogrešno je tvrditi da je Komisija trebala ocijeniti Nicheove šanse za uspjeh u savladavanju regulatornih prepreka koje se odnose na dobivanje OSP-a ispitivanjem tih tijela.

103. Naime, Komisija nije dužna ocijeniti šanse za uspjeh ili vjerojatan ishod postupka za izdavanje OSP-a koji je proizvođač generičkih lijekova pokrenuo pred nacionalnim tijelima. Dovoljno je da navede konkretne radnje koje je takav proizvođač poduzeo (podnošenje zahtjeva za izdavanje OSP-a, razmjena dopisa s predmetnim regulatornim tijelom) kako bi ishodio OSP u roku u kojem bi se mogao izvršavati konkurentski pritisak na proizvođača izvornih lijekova⁶⁰. U tom pogledu, kašnjenje u dobivanju OSP-a ni na koji način ne dokazuje da proizvođač generičkih lijekova više nije izvor potencijalnog tržišnog natjecanja, osobito ako navedeni proizvođač, poput predmetnih proizvođača u ovom slučaju, poduzme mjere za rješavanje poteškoća koje su uzrokovale kašnjenje (vidjeti točku 109. ovog mišljenja).

104. U tom kontekstu, argument koji se temelji na činjenici da su proizvođači generičkih lijekova, a ne Servier, u najboljem položaju da navedu eventualne poteškoće na koje su naišli, osobito prilikom podnošenja zahtjeva za OSP, također ne može dokazati prebacivanje tereta dokazivanja na štetu Serviera. Naime, argumentacija u tom smislu polazi i od pogrešne pretpostavke prema kojoj, kako bi se dokazalo postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja, valja sa sigurnošću dokazati da su radnje koje su poduzeli proizvođači generičkih lijekova bile uspješne i da je dovoljno navesti poteškoće ili kašnjenja u tom kontekstu kako bi se pobilo utvrđenje o postojanju potencijalnog tržišnog natjecanja.

105. Međutim, kao što sam to upravo dokazala i suprotno onomu što tvrdi Servier, dokle god proizvođači generičkih lijekova poduzimaju radnje pred regulatornim tijelima i ne odustaju od njih zbog mogućih poteškoća, oni i dalje dokazuju svoju čvrstu odlučnost i vlastitu sposobnost da

⁵⁸ Presude Generics (UK) i dr. (t. 38.) i Lundbeck/Komisija (t. 63., 83. i 84.)

⁵⁹ Vidjeti točke 75. i 79. do 81. ovog mišljenja.

⁶⁰ Presuda Generics (UK) i dr. (t. 44.)

uđu na tržište. Slijedom toga, na temelju razmjene dopisa između proizvođača generičkih lijekova i regulatornih tijela, čak i ako se odnosi na poteškoće, nije se moglo pobiti utvrđenje o postojanju potencijalnog tržišnog natjecanja.

106. Uostalom i u svakom slučaju, iz točke 481. pobijane presude proizlazi da je Servier tijekom upravnog postupka pred Komisijom imao pristup tablici u kojoj je sažet sadržaj te razmjene koju je podnio Niche, iz koje proizlazi da problemi koje su utvrdila nacionalna regulatorna tijela nisu spriječili Niche da na njih odgovori niti da se nastavi postupak za izdavanje OSP-a.

107. Slijedom toga, argumentaciju koja se temelji na prebacivanju tereta dokazivanja i povredi prava na dobru upravu također valja odbiti.

d) Dodatni argumenti koji se odnose na svakog od uključenih proizvođača generičkih lijekova

108. S obzirom na prethodna razmatranja, ni dodatni argumenti koje je Servier iznio u pogledu svojstva svakog od uključenih proizvođača generičkih lijekova kao potencijalnog konkurenta ne dokazuju da je Opći sud pogrešno zaključio da su u trenutku sklapanja sporazumâ ti proizvođači poduzeli dostatne pripremne radnje koje im omogućuju da uđu na tržište u roku u kojem bi se mogao izvršavati konkurentski pritisak na Servier.

1) Niche/Unichem i Matrix

109. S jedne strane, suprotno onomu što tvrdi Servier, Opći sud pravilno je smatrao da radnje koje su Niche i Matrix poduzeli kako bi savladali tehničke poteškoće tako što su izmijenili Matrixov postupak i oblik proizvoda, kako je navedeno u točkama 446. i 447. pobijane presude, uopće ne dokazuju da su Servierovi patenti bili nepremostive prepreke, nego, naprotiv, dokazuju čvrstu odlučnost i vlastitu sposobnost Nichea i Matrixa da uđu na tržište unatoč postojanju tih patenata. Isto vrijedi i za napore poduzete u odmakloj fazi razvoja generičkog lijeka i aktivno sudjelovanje u postupku za izdavanje OSP-a (točke 459. do 480. pobijane presude). U tom kontekstu, kašnjenja tijekom postupka za izdavanje OSP-a ni na koji način ne dovode u pitanje svojstvo Nichea i Matrixa kao potencijalnih konkurenata, s obzirom na to da, kao što sam to upravo navela u točkama 100. do 103. ovog mišljenja, nije potrebno dokazati da će radnje koje su poduzete radi dobivanja OSP-a biti dovršene u željenom vremenu ili uspješne kako bi se proizvođači koji ih poduzimaju kvalificirali kao potencijalni konkurenti.

110. S druge strane, suprotno onomu što tvrdi Servier, razmatranja Općeg suda u točki 446. pobijane presude ne upućuju ni na kakvo iskrivljavanje. Prema tome, radnje navedene u toj točki koje je poduzeo Niche, čiju istinitost Servier nije dovodio u pitanje, potvrđuju Nicheovu odlučnost da savlada prepreke povezane sa Servierovim patentima i da „utre put” ulasku na tržište tako da ishodi utvrđenje nepostojanja povrede, poništenje ili proglašenje nevaljanosti patenta 947. Suprotno onomu što tvrdi Servier, Opći sud u toj točki nije razmotrio pitanje je li Niche djelovao „u dobroj vjeri”. Opći sud nije ni ispitao elemente koje je Servier iznio u tom pogledu (Nicheovo odbijanje da dostavi detaljan opis svojeg postupka proizvodnje, omogućujući pregled svojih postrojenja ili dostavi uzorak svojeg proizvoda). Neovisno o činjenici da se takvi elementi ne mogu prvi put ispitati u stadiju žalbe, u svakom slučaju valja utvrditi da se njima ne dovode u pitanje utvrđenja Općeg suda iz navedene točke i da ne upućuju ni na kakvo iskrivljavanje.

2) Teva

111. Najprije, ne može se prihvatiti Servierova kritika kojom tvrdi da mu je Opći sud u točki 589. i sljedećim pobijane presude pogrešno naložio teret dokazivanja da je Teva naišla na nepremostive prepreke ulasku na tržište. Naime, kao i kod drugih proizvođača generičkih lijekova, Opći sud je, nakon detaljnog ispitivanja elemenata koje je Servier iznio, utvrdio da ti elementi nisu mogli dovesti u pitanje Komisijino utvrđenje prema kojem su radnje koje je Teva poduzela dokazale njezinu odlučnost i sposobnost da uđe na tržište.

112. Štoviše, Opći sud nije počinio pogrešku, kao što to tvrdi Servier, ni kad je utvrdio, u točki 590. i sljedećim pobijane presude, da rizik od izdavanja privremenog sudskog naloga nije utjecao na Tevine stvarne i konkretne mogućnosti da uđe na tržište jer se pozvao na elemente koji dokazuju Tevinu spremnost da preuzme taj rizik. Uostalom, Servier samo općenito upućuje na svoju argumentaciju pred Općim sudom u tom pogledu a da pritom ne dokazuje pogrešku koju je počinio Opći sud. U svakom slučaju, kao što je to Sud priznao, postojanje nalogâ ni na koji način ne isključuje postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja jer je riječ o privremenim mjerama kojima se uopće ne prejudicira osnovanost tužbe zbog povrede⁶¹.

113. Isto tako, suprotno onomu što tvrdi Servier, rasuđivanje Općeg suda izneseno u točkama 601. do 603. pobijane presude, prema kojem kašnjenja u postupcima za izdavanje OSP-a ne mogu biti dovoljna da se isključi svojstvo Teve kao potencijalnog konkurenta jer je Teva uložila napore kako bi savladala poteškoće na koje je naišla, ne otkriva nikakvu pogrešku zbog razloga koji su već navedeni u točkama 100. do 103. i 109. ovog mišljenja. Uostalom, Servier samo upućuje na svoju žalbu i njezine priloge u prvostupanjskom postupku kako bi tvrdio da se dokazima koje je podnio Općem sudu utvrdilo da su te poteškoće utjecale na Tevine stvarne i konkretne mogućnosti da uđe na tržište a da pritom nije objasnio te dokaze niti dokazao pogrešku koju je Opći sud počinio prilikom njihove ocjene.

114. Nadalje, što se tiče iskrivljavanja koja je Opći sud navodno počinio prilikom ispitivanja tehničkih problema koji su se pojavili kod Tevina proizvoda, ona se ne pojavljuju ni s obzirom na Servierove tvrdnje ni s obzirom na točke presude na koje se u njima poziva. Prema tome, s jedne strane, Servier tvrdi da je Opći sud u točkama 586. i 609. do 612. pobijane presude iskrivio dokaze koji pokazuju da Teva nije imala održive zalihe perindoprila a da pritom nije uputio ni na jedan dokaz koji je iskrivljen. S druge strane, Servier tvrdi da je Opći sud iskrivio poruku elektroničke pošte koju je Teva poslala Heteru 15. listopada 2007., odnosno nakon sklapanja sporazuma Teva, te u kojoj je Teva navela da odustaje od puštanja svojeg proizvoda u prodaju. Doista, upravo je to odustajanje bilo predviđeno tim sporazumom⁶². Slijedom toga, čini se da analiza Općeg suda prema kojoj je cilj predmetne poruke elektroničke pošte bila provedba navedenog sporazuma uopće nije iskrivljena.

115. Naposljetku, suprotno Servierovim prigovorima, Opći sud u točki 610. pobijane presude nije odbio uzeti u obzir dokaze koji su nastali nakon sklapanja sporazuma, nego je samo pravilno smatrao da se na temelju razmjene dopisa koja odražava percepciju koju Teva ima o konkurentskoj situaciji nakon sklapanja sporazuma ne može utvrditi da je Teva u trenutku navedenog sklapanja odustala od komercijalizacije svojeg proizvoda⁶³.

⁶¹ Presuda Generics (UK) i dr. (t. 53.)

⁶² Vidjeti točku 37. ovog mišljenja.

⁶³ Vidjeti u tom smislu presudu Lundbeck/Komisija (t. 67. i sljedeće).

3) *Lupin*

116. Kad je riječ o ocjeni Lupinova svojstva kao potencijalnog konkurenta, Servier u biti samo upućuje na svoje opće prigovore koji se odnose na potencijalno tržišno natjecanje, koji su se već ispitali u točkama 70. do 84. ovog mišljenja.

117. U preostalom dijelu Servier tvrdi da je Opći sud pogrešno smatrao da je Lupin imao stvarne i konkretne mogućnosti komercijalizacije svojeg proizvoda u cijelome EU-u jer je bio prisutan samo u Ujedinjenoj Kraljevini i jer je uspostava partnerstava bila teoretska i špekulativna. Međutim, Opći sud je u tom pogledu uputio na pregovore između Lupina i potencijalnih poslovnih partnera, koji predstavljaju konkretne radnje koje dokazuju Lupinovu odlučnost i sposobnost da uđe na tržište⁶⁴. U tom kontekstu, iz točke 745. pobijane presude ne proizlazi nikakvo iskrivljavanje Servierove argumentacije prema kojoj je Lupin naišao na nepremostive poslovne prepreke, s obzirom na to da je to upravo ono što Servier i dalje tvrdi u okviru ove žalbe i ono što je Opći sud ispitao i pobio u točki 745. i sljedećim pobijane presude.

e) *Zaključak*

118. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da Servierovu argumentaciju koja se odnosi na potencijalno tržišno natjecanje, iznesenu u okviru drugog žalbenog razloga i prvog dijela trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga, treba odbiti u cijelosti.

3. Kvalifikacija sporazumâ kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (prvi žalbeni razlog i drugi dio trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga)

119. U okviru svojeg prvog žalbenog razloga i drugog dijela trećeg, četvrtog i petog žalbenog razloga Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogreške kad je potvrdio Komisijino utvrđenje da sporni sporazumi predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

120. U tom pogledu, kao prvo, Opći sud nije pravilno uzeo u obzir nedostatak iskustva sa sporazumima kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju i činjenicu da se zbog toga ograničenje tržišnog natjecanja ne može lako prepoznati (pododjeljak (a)). Kao drugo, nije bilo moguće zaključiti da sporazumi imaju protutržišni cilj s obzirom na njihove pozitivne ili barem dvojake učinke (pododjeljak (b)). Naposljetku, kao treće, Opći sud počinio je pogrešku time što se previše usredotočio na plaćanja ili druge poticajne prednosti koje je Servier odobrio proizvođačima generičkih lijekova (pododjeljak (c)).

a) Iskustvo i „laka prepoznatljivost” ograničenja tržišnog natjecanja

121. Najprije, Servier tvrdi, pri čemu se poziva, među ostalim, na mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu CB/Komisija⁶⁵, da pobijana presuda sadržava prvu skupinu pogrešaka jer se njome sporni sporazumi kvalificiraju kao ograničenja s obzirom na cilj unatoč nedostatku stečenog iskustva i ekonomske znanosti te iako navodno ograničenje tržišnog natjecanja nije bilo lako prepoznatljivo.

⁶⁴ Vidjeti točku 82. ovog mišljenja i navedenu sudsku praksu.

⁶⁵ C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 56.

122. Stoga novost pitanja koja se postavljaju sporazumima o nagodbi dokazuju brojni elementi, kao što je zahtjev za prethodnu odluku u predmetu Generics (UK) i dr.. Isto tako, činjenica da je Komisiji bilo potrebno nekoliko stotina stranica za iznošenje svojeg rasuđivanja također dokazuje da ograničenje tržišnog natjecanja sporazumima o nagodbi nije lako prepoznatljivo. Sam Opći sud je u točki 1666. pobijane presude priznao da protupravna priroda predmetnih sporazuma ne mora biti jasno vidljiva vanjskom promatraču, kao što su Komisija ili pravni stručnjaci.

123. Međutim, ta se argumentacija ne može prihvatiti jer se, kao što je to Sud već izričito utvrdio, ni na koji način ne zahtijeva da je Komisija već osudila istu vrstu sporazuma kako bi se oni mogli smatrati ograničenjem tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, i to čak i ako su nastali u posebnom kontekstu kao što je pravo intelektualnog vlasništva⁶⁶. Sudska praksa ne zahtijeva da se sporazum *prima facie* ili nedvojbeno, bez detaljne ocjene njegova sadržaja, svrhe, pravnog i gospodarskog konteksta u koji je smješten, smatra dovoljno štetnim za tržišno natjecanje kako bi se kvalificirao kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj u smislu članka 101. UFEU-a⁶⁷.

b) Plaćanja i navodni „pozitivni” ili „dvojaki” učinci sporazumâ

124. Sljedećim nizom argumenata Servier tvrdi, s jedne strane, da je Opći sud počinio pogrešku time što je kvalificirao sporne sporazume kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, iako su ti sporazumi imali pozitivne ili barem dvojake učinke na tržišno natjecanje.

125. S druge strane, Servier tvrdi da je Opći sud pogrešno zaključio da su navedeni sporazumi bili takva ograničenja s obzirom na cilj jer se njima predviđaju plaćanja ili druge poticajne prednosti u korist proizvođača generičkih lijekova u zamjenu za klauzule o neosporavanju Servierovih patenata i o zabrani komercijalizacije proizvoda tih proizvođača. Time je Opći sud zanemario patentni kontekst sporazumâ i pomiješao pojmove trgovinskog limita i ograničenja tržišnog natjecanja.

126. Valja podsjetiti na to da iz presuda Generics (UK) i dr.⁶⁸ i Lundbeck/Komisija⁶⁹ proizlazi da sporazumi o nagodbi kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj

- ako iz svih dostupnih elemenata proizlazi da se pozitivan saldo prijenosa vrijednosti s proizvođača izvornih lijekova u korist proizvođača generičkih lijekova objašnjava samo poslovnim interesom stranaka sporazuma da se ne upuste u tržišno natjecanje prema zaslugama,
- osim ako je predmetni sporazum o nagodbi popraćen dokazanim učincima koji pospješuju tržišno natjecanje i mogu dati povoda razumnoj sumnji da je dovoljno štetan za tržišno natjecanje.

127. S obzirom na ta načela, Servierova argumentacija koja se odnosi na plaćanja (pododjeljak 1.) i navodne „pozitivne” ili „dvojake” učinke spornih sporazuma (pododjeljak 2.) ne može se prihvatiti.

⁶⁶ Presuda Lundbeck/Komisija (t. 129. i sljedeće)

⁶⁷ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Lundbeck/Komisija (C-591/16 P, EU:C:2020:428, t. 156. i 157. i navedena sudska praksa).

⁶⁸ Presuda Generics (UK) i dr. (t. 111.)

⁶⁹ Presuda Lundbeck/Komisija (t. 114., 115. i 137.)

1) *Plaćanja*

128. Iz toga slijedi da treba odbiti Servierovu argumentaciju prema kojoj prijenos vrijednosti s proizvođača izvornog lijeka u korist proizvođača generičkih lijekova u okviru sporazuma o nagodbi u sporu o patentu ne može biti odlučujući za kvalifikaciju takvog sporazuma kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

129. Pozadina takvih sporazuma u području patenata i javni interes za izvansudsko rješavanje sporova o patentima ni na koji način ne mijenjaju činjenicu da su ti sporazumi protivni tržišnom natjecanju ako se prijenos vrijednosti s proizvođača izvornog lijeka na proizvođača generičkih lijekova objašnjava samo poslovnim interesom tih subjekata da međusobno ne konkuriraju. U tom se kontekstu ne zahtijeva, kao što to tvrdi Servier, da iznos tih prijenosa vrijednosti odgovara očekivanoj dobiti proizvođača generičkih lijekova⁷⁰.

130. Stoga je Opći sud, suprotno onomu što tvrdi Servier, u ovom slučaju primijenio pravilan test kako bi utvrdio jesu li sporni sporazumi imali protutržišni cilj. Opći sud je tako u točkama 263. do 273., a osobito u točkama 265. i 272. pobijane presude, u biti objasnio da treba smatrati da je proizvođač generičkih lijekova plaćanjem bio potaknut na to da pristane da se na njega primijene klauzule o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju patenata ako plaćanje koje prima nije opravdano drugom protučinidbom osim onom koja se sastoji od suzdržavanja od tržišnog natjecanja s nositeljem patenta.

131. U tom je pogledu Opći sud u točkama 277. do 280. pobijane presude naveo da se takozvano plaćanje „za odgodu ulaska na tržište”, koje prelazi s proizvođača izvornog lijeka na proizvođača generičkih lijekova, može smatrati opravdanim ako obuhvaća troškove svojstvene nagodbi u sporu, primjerice troškove spora koje je proizvođač generičkih lijekova snosio u okviru spora o patentu, pod uvjetom da su stranke odredile iznose tih troškova i da oni nisu pretjerani.

132. Opći sud je također u točkama 798. do 810., a osobito u točkama 804. i 806. pobijane presude, također razmotrio slučaj povezivanja sporazuma o nagodbi u sporu o patentu, koji sadržava klauzule o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju patenata, s trgovačkim sporazumom koji uključuje prijenos robe koja predstavlja gospodarsku vrijednost s proizvođača generičkih lijekova na proizvođača izvornog lijeka. U ovom slučaju, sporazum Lupin imao je oblik takvog povezivanja⁷¹.

133. Opći sud objasnio je da u slučaju takve ugovorne konstrukcije valja ispitati premašuje li plaćanje koje je proizvođač izvornog lijeka izvršio u korist proizvođača generičkih lijekova normalnu gospodarsku vrijednost razmijenjene robe, odnosno vrijednost koju bi ta roba imala u okviru transakcije izvršene u normalnim tržišnim uvjetima. Prema mišljenju Općeg suda, može se zaključiti da je riječ o neopravdanom plaćanju u korist proizvođača generičkih lijekova ako iznos plaćanja koje je proizvođač izvornog lijeka izvršio u njegovu korist premašuje normalnu gospodarsku vrijednost razmijenjene robe. Takvo plaćanje može se kvalificirati kao poticanje na prihvatanje obveze nenatjecanja koja proizlazi iz sporazuma o nagodbi povezanog s trgovačkim sporazumom ako je neopravdani dio plaćanja dovoljno znatan da predstavlja poticanje.

134. Analitički okvir koji je tako uspostavio Opći sud u potpunosti je prikladan za analizu sporazuma kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju. Taj okvir u biti odgovara onomu koji je Sud potvrdio u presudama Generics (UK) i dr. i Lundbeck/Komisija. Sud je u tim presudama

⁷⁰ Presude Generics (UK) i dr. (t. 94.) i Lundbeck/Komisija (t. 115.)

⁷¹ Vidjeti točke 41. i 42. ovog mišljenja.

naveo i da se, kako bi se ocijenilo može li se prijenose vrijednosti sadržane u sporazumu o nagodbi, poput onih o kojima je riječ u ovom slučaju, objasniti samo poslovnim interesom stranaka tog sporazuma da se ne upuštaju u tržišno natjecanje, moraju uzeti u obzir svi prijenosi vrijednosti izvršeni između stranaka, neovisno jesu li bili novčani ili nenovčani. Prema mišljenju Suda, na taj način valja utvrditi može li se pozitivan saldo prijenosa vrijednosti proizvođača izvornih lijekova u korist proizvođača generičkih lijekova opravdati postojanjem mogućih protučinidbi tog proizvođača generičkih lijekova⁷².

135. Iz toga slijedi da prigovor koji se temelji na pogrešnoj analizi plaćanja koju je proveo Opći sud treba odbiti.

2) Navodni „pozitivni” ili „dvojak” učinci sporazuma

136. Kad je riječ o navodnim „pozitivnim” ili „dvojakim” učincima spornih sporazuma, Servier tvrdi, kao prvo, da se štetnost takozvanih „pay for delay” sporazuma (plaćanje za odgodu) odnosi na odgodu ulaska na tržište. Međutim, u ovom slučaju nije došlo ni do kakve odgode ulaska na tržište nakon što je EPO proglasio patent 947 nevaljanim.

137. Budući da su postupak osporavanja patenta 947 pred EPO-om, unatoč sporazumima, nastavile suprotstavljene stranke koje nisu sklopile sporazum sa Servierom kojim se to zabranjuje, povlačenje proizvođača generičkih lijekova koji su sklopili takve sporazume nije moglo imati za cilj sprečavanje ili odgodu osporavanja patenta.

138. Međutim, kao što je to Opći sud pravilno naveo, osobito u točki 644. pobijane presude, ta se argumentacija temelji na hipotetskim i nepredvidivim okolnostima na datum sklapanja sporazuma, koje se ne mogu uzeti u obzir u analizi cilja koji ograničava tržišno natjecanje.

139. Usto, kao što to pravilno navodi Komisija, navedena se argumentacija ne može prihvatiti jer dovodi do toga da se inherentna štetnost sporazuma o isključenju s tržišta u zamjenu za plaćanje mijesha s mogućnošću da takav sporazum kasnije neće proizvoditi znatne stvarne učinke na tržišno natjecanje zbog okolnosti koje su izvan kontrole stranaka, primjerice kada je patent poništen u okviru tužbe koju je podnijela treća strana.

140. Kao što sam to objasnila u svojem mišljenju u predmetu Generics (UK) i dr.⁷³, kako bi se analizirao protutržišni cilj sporazuma o nagodbi u sporu o patentu, važno je provjeriti jesu li stranke sklapanjem tog sporazuma stvarnom međusobnom suradnjom nadomjestile rizike tržišnog natjecanja. Ako je to slučaj, situacija koju su stvorili sporazumi nije rezultat normalnog tržišnog natjecanja, nego usklađenog djelovanja kojim su stranke otklonile rizike tog natjecanja. Pitanje bi li situacija u pogledu patenata nužno bila drukčija da sporazum nije postojao zbog naknadnog razvoja situacije u pogledu patenta stoga nije odlučujuće za ocjenu mogućnosti sporazuma da ograniči tržišno natjecanje.

⁷² Presude Generics (UK) i dr. (t. 90. do 92.) i Lundbeck/Komisija (t. 115. i 134.)

⁷³ C-307/18, EU:C:2020:28, t. 126. i sljedeće

141. Naime, za ocjenu te mogućnosti ograničavanja tržišnog natjecanja nije odlučujuće bi li proizvođači generičkih lijekova mogli ući na tržište da nije sklopljen sporazum zbog razvoja situacije u pogledu patenta (koja je po definiciji nepoznata u trenutku sklapanja sporazuma). Suprotno tomu, odlučujuće je pitanje je li suzdržavanje proizvođača generičkih lijekova od ulaska na tržište rezultat normalnog tržišnog natjecanja ili protutržišnog usklađenog djelovanja⁷⁴.

142. Kao drugo, Servier tvrdi da su, među ostalim, sporazumi Teva i Lupin imali pozitivne učinke na tržišno natjecanje zbog nekih svojih klauzula. Kao što je to učinio Opći sud, te tvrdnje treba analizirati s obzirom na posebne klauzule predmetnih sporazuma.

c) Ispitivanje cilja predmetnih sporazuma koji ograničava tržišno natjecanje

143. S obzirom na prethodna razmatranja, sada valja ispitati argumente kojima Servier nastoji dokazati da je Opći sud počinio pogreške time što je kvalificirao sporazume sklopljene s Nicheom/Unichemom i Matrixom (pododjeljak 1.), Tevom (pododjeljak 2.) i Lupinom (pododjeljak 3.) kao povrede tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

1) Sporazumi Niche i Matrix

144. Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogreške time što je presudio da se plaćanje koje je Servier izvršio u korist Nichea i Matrixa objašnjava samo njihovim interesom da međusobno ne konkuriraju i da je to bio stvaran uzrok njihovih sporazuma o nagodbi. Konkretnije, Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku time što nije utvrdio da njegovo plaćanje predstavlja protučinidbu za Nicheove i Matrixove troškove, kao što su, među ostalim, novčane naknade koje će Niche i Matrix možda morati platiti trećim distributerima.

145. Kao što je to navedeno u točki 34. ovog mišljenja, u okviru sporazuma Niche, Servier je Nicheu/Unichemu isplatio 11,8 milijuna funta sterlinga. U okviru sporazuma Matrix, Servier je Matrixu isplatio 11,8 milijuna funta sterlinga. Usto, u okviru sporazuma koji su Niche i Biogaran sklopili istog dana, Biogaran je Nicheu isplatio 2,5 milijuna funta sterlinga.

146. Što se tiče, najprije, sporazuma koji je Servier sklopio s Nicheom, Opći sud je u točki 527. i sljedećim pobijane presude ispitao je li plaćanje koje je Servier izvršio u korist Nichea bilo opravdano drugim razlogom osim poticanjem Nichea na to da pristane da se na njega primijene klauzule o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju patenata sadržane u sporazumu. Time je Opći sud analizirao može li se iznos koji je Servier isplatio Nicheu objasniti troškovima svojstvenima nagodbi.

147. U tom je pogledu Opći sud smatrao, s jedne strane, u točkama 536. i 537. pobijane presude, da su troškovi na koje se u tom smislu pozivaju Niche i Servier prije svega Nicheovi troškovi razvoja perindoprila i naknada štete koju treba isplatiti njegovim klijentima. Opći sud smatrao je da ti troškovi nisu svojstveni nagodbi u sporu o patentu. S druge strane, Opći sud je u točki 538. pobijane presude utvrdio da troškovi pravnog savjetovanja na koje se pozivaju Niche i Servier ne mogu biti svojstveni sporazumu o nagodbi jer se odnose na razdoblje koje prethodi sporu između Nichea i Serviera.

⁷⁴ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 124. do 128. i 176.).

148. Opći sud je u točki 539. pobijane presude dodatno naveo da, čak i da navodne iznose od 1,1 milijuna funta sterlinga na ime troškova pravnog savjetovanja te troškove razvoja proizvoda i naknade štete klijentima, koje je Komisija procijenila na 1,2 odnosno 1,3 milijuna funta sterlinga u uvodnoj izjavi 1336. sporne odluke, treba smatrati opravdanim, njihov ukupan iznos od 3,6 milijuna funta sterlinga i dalje bi bio znatno niži od iznosa od 11,8 milijuna funta sterlinga koji je Servier isplatio Nicheu.

149. Nadalje, što se tiče sporazuma koji su sklopili Niche i Biogaran, Opći sud je u točkama 542. do 544. pobijane presude utvrdio da je plaćanje koje je Biogaran izvršio u korist Nichea dodatno potaknulo Niche na to da prihvati ograničavajuće klauzule sporazuma Niche.

150. Naposljetku, što se tiče sporazuma Matrix, Opći sud je u točki 546. pobijane presude utvrdio da stranke nisu iznijele nijedan element kojim se može opravdati iznos od 11,8 milijuna funta sterlinga koji je Servier isplatio Matrixu.

151. Najprije valja utvrditi da u okviru ove žalbe Servier ne iznosi nijedan element kojim se može dokazati da je zaključak Općeg suda iz prethodne točke koji se odnosi na sporazum Matrix pogrešan. Servier se samo općenito i nejasno poziva na Matrixov rizik od naknade štete. U tim okolnostima treba odbiti njegov prigovor koji se odnosi na navodno pogrešnu kvalifikaciju plaćanja koje je Servier izvršio u korist Matrixa kao poticanja Matrixa na to da prihvati obvezu nenatjecanja.

152. Nadalje, Servier isto tako ne navodi nijedan element kojim se može dovesti u pitanje zaključak Općeg suda, naveden u točki 149. ovog mišljenja, prema kojem je plaćanje koje je Biogaran izvršio u korist Nichea predstavljalo dodatno poticanje Nichea na to da prihvati obvezu nenatjecanja.

153. Naposljetku, kad je riječ o plaćanju iznosa od 11,8 milijuna funta sterlinga koje je Servier izvršio u korist Nichea, nijedan od elemenata koje je Servier iznio u okviru ove žalbe ne može dokazati da zaključak Općeg suda, prema kojem je to plaćanje bilo opravdano samo time da je Niche prihvatio obvezu nenatjecanja, sadržava pogreške.

154. Stoga je bespredmetna argumentacija prema kojoj je Opći sud počinio pogrešku time što je smatrao da Nicheovi troškovi razvoja perindoprila i naknada štete koju treba isplatiti trećim stranama ne mogu opravdati Servierovo plaćanje. Kao što je to navedeno u točki 148. ovog mišljenja, Opći je sud utvrdio da, čak i da te troškove (kao i navodne troškove pravnog savjetovanja) treba odbiti od iznosa od 11,8 milijuna funta sterlinga koji je Servier platio, i dalje bi ostao iznos od 8,2 milijuna funta sterlinga koji se može objasniti samo time da je Niche prihvatio obvezu nenatjecanja.

155. U tom kontekstu treba odbiti Servierov argument prema kojem točka 537. pobijane presude sadržava nedostatak u obrazloženju i iskrivljavanje činjenica jer se njome odbijaju viši iznosi procjena navodnih novčanih naknada na koje se poziva Servier. Opći sud je u dovoljnoj mjeri objasnio da nije utvrdio te iznose jer je riječ o običnim zahtjevima za potraživanje. Isto tako, nije jasno kako je Opći sud iskrivio dopis na koji upućuje Servier, u skladu s kojim je poduzetnik zahtijevao naknadu štete koja je znatno viša od iznosa koji je utvrdila Komisija, kad sam Servier priznaje da je riječ samo o zahtjevu za potraživanje.

156. Radi cjelovitosti napominjem da utvrđenje Općeg suda, navedeno u točkama 280., 531. i 537. pobijane presude, prema kojem se Nicheovi troškovi razvoja proizvoda i eventualnih novčanih naknada koje treba isplatiti trećim stranama ne mogu smatrati svojstvenima nagodbi, tako da se ne može opravdati naknada koju je Servier isplatio Nicheu, ne sadržava pogrešku.

157. Naime, kao što to priznaje sam Servier, do isplate novčanih naknada trećim stranama zbog neisporuke Nicheova proizvoda moglo je doći čak i da nije bilo nagodbe sa Servierom. Međutim, malo je vjerojatno da bi Servier pristao platiti te troškove Nicheu da je potonji poduzetnik odlučio, samostalno i da ga Servier nije na to poticao, da neće komercijalizirati taj proizvod jer je bio uvjeren u snagu Servierovih patenata.

158. Točno je da se, kao što to navodi Servier, proizvođač generičkih lijekova koji odluči, nakon neovisne procjene rizika kojem je izložen u pogledu patenta, mirno okončati spor o patentu koji je u tijeku, može željeti zaštititi od financijskih posljedica takve nagodbe. Međutim, u takvoj situaciji ne postoji nijedan razuman gospodarski razlog da proizvođač izvornog lijeka pristane na to da navedenom proizvođaču generičkih lijekova isplati naknadu štete za te posljedice koje proizlaze iz njegova odabira, osim da ga potakne na to da sklopi nagodbu koja nema nikakvu drugu protučinidbu osim obveze da se neće upustiti u tržišno natjecanje.

159. Naime, valja razlikovati uzrok nastanka Nicheove obveze da isplati naknadu štete trećim stranama od uzroka Servierove naknade tih troškova Nicheu. Točno je da *Nicheova obveza da isplati naknadu štete trećim stranama* zbog neisporuke može nastati ako Niche samostalno odluči da neće izvršiti isporuku i stoga ima opravdanje koje se razlikuje od Nicheove i Servierove želje da međusobno ne konkuriraju. Međutim, *činjenica da Servier nadoknađuje te troškove Nicheu* ne može imati drugo „opravdanje” osim obveze nenatjecanja jer ti troškovi nisu svojstveni nagodbi i ne odgovaraju nijednoj drugoj protučinidbi koju je Niche ponudio Servieru. Isto rasuđivanje vrijedi i za Nicheove troškove razvoja proizvoda.

160. Prema tome, ti troškovi razvoja proizvoda i naknade štete trećim stranama u slučaju neisporuke nisu *a priori* dio troškova čija se naknada koju izvršava proizvođač izvornog lijeka može smatrati opravdanom u okviru nagodbe kao što je ona o kojoj je riječ u ovom slučaju⁷⁵.

161. Naposljetku, Servierov argument prema kojem je Opći sud trebao ocijeniti odgovara li isplaćeni iznos prodajama za više od deset godina i predviđenoj bruto profitnoj marži za više od 20 godina treba odbiti zbog razloga koji je već naveden u točki 129. ovog mišljenja. Isto tako, argument prema kojem je Niche prihvatio plaćanje zbog poteškoća na koje je naišao ne može se prihvatiti. To što je sklapanje sporazuma racionalno i isplativo rješenje u gospodarskom i poslovnom pogledu za stranke nije razlog da takav sporazum ne podliježe primjeni članka 101. UFEU-a⁷⁶.

162. Iz toga slijedi da Servierovu argumentaciju koja se odnosi na sporazume Niche i Matrix treba odbiti.

⁷⁵ U pogledu troškova čija se naknada može opravdati, vidjeti presudu Generics (UK) i dr. (t. 84. do 92.).

⁷⁶ Vidjeti presudu od 8. rujna 2016., Lundbeck/Komisija (T-472/13, EU:T:2016:449, t. 380. i navedena sudska praksa).

2) Sporazum Teva

163. Kao što je to navedeno u točkama 36. do 38. ovog mišljenja, u skladu sa sporazumom Teva, Teva nije smjela osporavati Servierove patente pred sudovima Ujedinjene Kraljevine niti prodavati vlastiti perindopril u toj zemlji, u zamjenu za iznos od 5 milijuna funta sterlinga koji je isplatio Servier. Servier je kasnije mogao odabrati hoće li Tevi isporučiti generički perindopril da ga distribuira ili joj isplatiti, u slučaju neisporuke, paušalnu novčanu naknadu. Teva nije imala pravo raskinuti sporazum u slučaju neisporuke. Nadalje, Servier je iskoristio tu mogućnost neisporuke te je Tevi tijekom određenog razdoblja isplaćivao mjesečnu paušalnu novčanu naknadu u iznosu od 500 000 funta sterlinga, čiji je konačni iznos dosegnuo 5,5 milijuna funta sterlinga. Servier je u okviru sporazuma Teva tako isplatio Tevi ukupno 10,5 milijuna funta sterlinga.

164. Opći sud je u točkama 646. do 698. pobijane presude ocijenio da nije moguće prihvatiti Servierove argumente kojima se osporava ograničavanje tržišnog natjecanja sporazumom Teva.

165. Servier sada tvrdi da je Opći sud povrijedio ciljeve i zanemario dvojake učinke tog sporazuma (pododjeljak i.) te je pogrešno utvrdio da su plaćanja koja je Servier izvršio u korist Teve predstavljala plaćanja za odgodu ulaska na tržište (pododjeljak ii.).

i) Ciljevi i navodni „dvojaki” učinci sporazuma Teva

166. Servier tvrdi da je Opći sud povrijedio ključni cilj sporazuma Teva, a to je sklapanje sporazuma o isporuci koji omogućuje Tevi da uđe na tržište s prvim valom generičkih lijekova i komercijalno privlačnijim proizvodom, a Servieru da ostvari korist od vodećeg distributera u Ujedinjenoj Kraljevini. U tim se okolnostima klauzule nagodbe nisu mogle smatrati štetnima za tržišno natjecanje.

167. Kao što to Komisija pravilno kritizira, Servier svojom argumentacijom pokušava razdvojiti različite klauzule sporazuma Teva kako bi ih zasebno prikazao kao neutralne s gledišta tržišnog natjecanja. Međutim, Servier ne iznosi nijedan element kojim se mogu dovesti u pitanje utvrđenja Općeg suda da je cilj tog sporazuma, razmatranog u cjelini, doista bio da Teva prihvati obvezu nenatjecanja u korist Serviera u zamjenu za plaćanje, dok Servierova moguća isporuka perindoprila Tevi nije bila samo hipotetska, ali nije mogla imati ni pozitivne učinke na tržišno natjecanje.

168. Valja utvrditi da se na temelju elemenata koje je Servier iznio u okviru ovog žalbenog postupka, s obzirom na to da ih se može shvatiti na način da se njima kritizira pravna kvalifikacija činjenica koju je proveo Opći sud, a ne samo traži nova ocjena tih činjenica, ne dokazuje da su ta utvrđenja Općeg suda pogrešna.

– Navodni „dvojaki” ili „pozitivni” učinci na tržišno natjecanje

169. U točkama 667. do 671. pobijane presude Opći sud utvrdio je da se navodni potencijalni učinci sporazuma Teva ne mogu kvalificirati kao neograničavajući za tržišno natjecanje ili čak pozitivni za tržišno natjecanje. Servier je u tom pogledu tvrdio da je buduća EPO-ova odluka o valjanosti patenta 947 bila sama po sebi nepoznata strankama. Sporazum Teva imao bi pozitivne učinke na tržišno natjecanje kad bi omogućio Tevi da uđe na tržište bez obzira na sadržaj te odluke. Međutim, Opći sud smatrao je da, neovisno o sadržaju naknadne EPO-ove odluke, koji se nije mogao predvidjeti na datum sklapanja sporazuma, nijedna od mogućnosti predviđenih sporazumom Teva nije mogla dovesti do situacije koja se može kvalificirati kao „pozitivna za

tržišno natjecanje”. Naime, taj je sporazum i dalje sprečavao Tevu da uđe na tržište sa svojim proizvodom ili proizvodom treće strane, a ulazak Teve s proizvodom koji je isporučio Servier ne bi doveo do situacije tržišnog natjecanja između Teve i Serviera.

170. Suprotno onomu što tvrdi Servier, ta ocjena Općeg suda ne sadržava pogreške. Sud je već imao priliku utvrditi da se kontrolirani ulazak proizvođača generičkih lijekova na tržište s ograničenom količinom proizvoda, koji je posljedica usklađenog djelovanja s proizvođačem izvornog lijeka dogovorenog u okviru sporazuma kojim se tom proizvođaču zabranjuje neovisni ulazak na tržište, ne može smatrati pozitivnim za tržišno natjecanje⁷⁷. Suprotno onomu što tvrdi Servier, ako su u takvoj situaciji količine proizvoda koje proizvođač izvornog lijeka treba isporučiti proizvođaču generičkih lijekova ograničene (kao što je to slučaj u ovom predmetu⁷⁸), taj proizvođač nema nikakav interes sudjelovati u tržišnom natjecanju cijenama⁷⁹.

171. Štoviše, Sud je već utvrdio da se stranke sporazuma, kao što je onaj u ovom slučaju, ne mogu pozivati na eventualni budući razvoj događaja u pogledu patentnog prava, koji nije poznat u trenutku sklapanja sporazuma, a o kojem ovisi štetnost tog sporazuma u pogledu prava tržišnog natjecanja⁸⁰. Kao što je to navedeno u točkama 139. do 141. ovog mišljenja, važno je provjeriti jesu li stranke sklapanjem tog sporazuma stvarnom međusobnom suradnjom nadomjestile rizike tržišnog natjecanja, dok pitanje bi li situacija u pogledu patenata nužno bila drukčija da nije postojao sporazum nije odlučujuće⁸¹.

– *Navodno nepostojanje štetnosti klauzula sporazuma Teva*

172. Što se tiče klauzule o neosporavanju patenata, čiju štetnost Servier osporava, Opći sud je u točkama 646. do 653. pobijane presude napomenuo da se činjenicom da ta klauzula nije sprečavala Tevu da nastavi postupak pred EPO-om ne umanjuje njezina ograničavajuća priroda. Doista, to je utvrđenje pravilno jer je navedena klauzula spriječila Tevu da pred sudovima Ujedinjene Kraljevine tvrdi da njezin proizvod ne predstavlja povredu te da se pred tim sudovima podredno pozove na nevaljanost Servierovih patenata. Usto, zbog razloga navedenog u prethodnoj točki, eventualni budući razvoj događaja u pogledu patenata, kao što je u ovom slučaju onaj do kojeg može doći zbog nastavka postupka pred EPO-om, nije odlučujući za analizu sporazuma čiji je cilj ograničavanje tržišnog natjecanja.

173. Što se tiče klauzula o isključivoj kupnji i zabrani komercijalizacije, čiju štetnost Servier također dovodi u pitanje, Opći sud je u točkama 654. do 666. pobijane presude mogao utvrditi, a da pritom ne počini pogreške, da je Komisija pravilno analizirala te klauzule kao jednu te istu obvezu nenatjecanja. U skladu s navedenim klauzulama Servier je mogao s punim diskrecijskim pravom odabrati hoće li Tevi isporučiti perindopril ili joj isplatiti paušalnu novčanu naknadu u slučaju neisporuke. Zbog obveze isključive kupnje Teva ga nije mogla nabavljati od drugih dobavljača, čak ni u slučaju da Servier ne isporuči proizvod.

174. Kao što to Komisija pravilno navodi, posljedica tih odredbi bila je činjenica da je Servier imao „ključ da Tevi otvori vrata za ulazak na tržište”. Međutim, bilo je očito da Servier nije imao namjeru to učiniti i da će svoj proizvod isporučiti Tevi za distribuciju samo ako treća strana

⁷⁷ Presuda Generics (UK) i dr. (t. 107. do 110.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 168. do 172.).

⁷⁸ Vidjeti točku 655. pobijane presude i uvodnu izjavu 1614. sporne odluke.

⁷⁹ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 169.).

⁸⁰ Vidjeti u tom smislu presudu Generics (UK) i dr. (t. 119. i 120.).

⁸¹ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 124. do 128. i 176.).

usprije otvoriti ta vrata svojim ulaskom na tržište. U tom je slučaju Servier želio osigurati svoje tržišne udjele na način da vlastiti generički proizvod distribuira preko Teve, „prijateljskog” proizvođača generičkih lijekova⁸².

175. Suprotno Servierovim tvrdnjama, Opći sud nije počinio pogrešku time što je odlučio, u točki 666. pobijane presude, da se činjenicom da je sporazum Teva bio ograničen na perindopril erbumin ne umanjuje njegova protutržišna priroda. Opći sud pravilno je smatrao da, iako je Teva mogla ući na tržište s perindoprilom koji se sastoji od soli koja nije erbumin tijekom razdoblja obuhvaćenog sporazumom, taj je sporazum ipak sprečavao Tevu da Servieru konkurira perindoprilom erbuminom te je u tom pogledu ograničavao tržišno natjecanje. Naime, proizvod koji je Teva namjeravala komercijalizirati u trenutku sklapanja navedenog sporazuma bio je upravo perindopril erbumin, dok je drugu sol razvila tek kasnije.

ii) Plaćanja

176. Kad je riječ o plaćanjima izvršenim u okviru sporazuma Teva, Servier tvrdi, s jedne strane, da je Opći sud počinio pogrešku prilikom kvalifikacije paušalne novčane naknade koju je Servier isplatio Tevi.

177. U točkama 684. do 686. pobijane presude Opći sud utvrdio je da paušalna novčana naknada koju je Servier isplatio Tevi zbog toga što nije isporučio proizvod, čiji je konačni iznos 5,5 milijuna funta sterlinga, predstavlja plaćanje u korist Teve u zamjenu za njezinu obvezu da ne konkurira Servieru. To je plaćanje predstavljalo protučinidbu za to da Teva ne uđe na tržište, kako je predviđeno klauzulama o isključivoj kupnji i o zabrani raskida sporazuma.

178. Servier pak ne iznosi nijedan element koji može osporiti ta razmatranja jer ne upućuje ni na jednu drugu protučinidbu koju je primio od Teve u zamjenu za to plaćanje. U tim je okolnostima Opći sud opravdano smatrao da se to plaćanje objašnjava samo poslovnim interesom stranaka sporazuma da se ne upuste u tržišno natjecanje prema zaslugama. U tom pogledu nije relevantna činjenica da je to plaćanje bilo u obliku novčane naknade za neisporuku koja se plaćala samo u slučaju neisporuke.

179. S druge strane, Servier tvrdi da je Opći sud pogrešno kvalificirao prvo plaćanje od 5 milijuna funta sterlinga koje je Servier izvršio u korist Teve kao plaćanje za odgodu ulaska na tržište. Svrha tog plaćanja bila je nadoknaditi troškove koje Teva snosi zbog raskida sporazuma s dobavljačem AFS-a i dobavljačem gotovih pripravaka, troškove uništenja postojećih zaliha Tevina proizvoda i sudske troškove. Nadalje, Servier smatra da je taj iznos opravdan činjenicom da se izbjegne spor i osigura sporazum o isporuci s Tevom.

180. Ta je argumentacija bespredmetna.

181. Naime, nije potrebno utvrditi može li se plaćanje koje proizvođač izvornog lijeka izvršava u korist proizvođača generičkih lijekova, koje odgovara troškovima uništenja njegova proizvoda i naknade štete trećim stranama koju isplaćuje taj proizvođač, smatrati opravdanim u okviru sporazuma kao što je onaj o kojem je riječ u ovom slučaju. Zbog razloga koji su već izneseni u točkama 156. do 160. ovog mišljenja, to je već samo po sebi dvojbeno. Kao što je to Komisija

⁸² Uvodna izjava 1561. sporne odluke

pravilno navela u uvodnoj izjavi 1599. sporne odluke, i kao što je to navedeno u točkama 680. i 689. pobijane presude, ti troškovi ne odgovaraju tržišnoj vrijednosti koju bi Servier primio od Teve.

182. Međutim, u ovom je slučaju Opći sud u točkama 687. do 698. pobijane presude napomenuo da Teva ni u kojem slučaju nije priopćila nikakvu brojku u pogledu troškova koji bi se navodno nadoknadili prvotnim iznosom od 5 milijuna funta sterlinga koji joj je Servier isplatio. Prema tome, Opći sud je smatrao da, čak i pod pretpostavkom da treba uzeti u obzir Komisijinu procjenu troškova koji, prema Tevinu mišljenju, mogu biti obuhvaćeni troškovima koje Servier treba nadoknaditi na temelju nagodbe, uključujući vrijednost zalihe koju treba uništiti, ti su troškovi ukupno iznosili manje od 40 % prvotnog iznosa.

183. Međutim, Servier ni pred Općim sudom ni pred Sudom nije podnio nijedan element kojim se mogu dovesti u pitanje ta utvrđenja ili dodatno opravdati prvotni iznos koji je isplaćen Tevi.

184. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da prigovore kojima Servier kritizira kvalifikaciju sporazuma Teva kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj treba odbiti.

3) *Sporazum Lupin*

185. Prema Servierovu mišljenju, Opći sud počinio je pogreške i time što je sporazum Lupin kvalificirao kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. S jedne strane, Opći sud pogrešno je zaključio da se plaćanje koje je Servier izvršio u korist Lupina može objasniti samo željom stranaka da se ne upuste u tržišno natjecanje (pododjeljak i.). S druge strane, Opći sud pogrešno je presudio da su klauzule sporazuma Lupin štetne i pogrešno je protumačio područje primjene navedenog sporazuma (pododjeljak ii.).

i) *Plaćanje*

186. Iz utvrđenja iz pobijane presude i sporne odluke koja se ne dovode u pitanje proizlazi da su Servier i Lupin istog dana sklopili dva sporazuma kao jedan sporazum. Prvi je bio sporazum o nagodbi koji je sadržavao klauzule o zabrani komercijalizacije generičkog perindoprila i o Lupinovu neosporavanju Servierovih patenata; drugi je bio sporazum o ustupanju tehnologije kojim je Servier od Lupina kupio tri patentne prijave koje je podnijelo potonje društvo. U okviru potonjeg sporazuma Servier je Lupinu isplatio 40 milijuna eura⁸³.

187. U točkama 805. do 828. pobijane presude Opći sud proveo je detaljnu i iscrpnu analizu moguće gospodarske vrijednosti tih patentnih prijava s obzirom na sve argumente stranaka u tom pogledu. Na kraju te analize došao je do zaključka da nije moguće utvrditi bilo kakvu gospodarsku vrijednost navedenih prijava.

188. Prema tome, Opći sud je, među ostalim, utvrdio da Lupin nije ustupio patente, nego same patentne prijave i da nije dao nikakvo jamstvo da će se patent odobriti, da će biti valjan ili da proizvodi ili postupci za koje se traži patent neće predstavljati povredu (točke 805. i 818.); da je isplaćeni iznos bio veći od ulaganja koja je proveo drugi sličan proizvođač generičkih lijekova u svrhu razvoja svojeg perindoprila (točka 817.); da Servier nije podnio nikakav konkretan element na temelju kojeg se može utvrditi da se moglo razumno smatrati da je stjecanje Lupinovih patentnih prijava za iznos od 40 milijuna eura isplativo ulaganje ili barem ulaganje koje mu može donijeti prihode koji mogu naknaditi njihov veliki trošak (točka 820.); da Servierovo upućivanje na

⁸³ Vidjeti točke 40. do 42. ovog mišljenja.

druge transakcije koje su usporedive sa sporazumom o ustupanju koji je sklopljen s Lupinom nije relevantno, osobito s obzirom na to da je sam Servier sudjelovao u tim transakcijama, od kojih je neke Komisija usto kvalificirala kao povrede prava tržišnog natjecanja (točka 821.), te da je mišljenje savjetnika za intelektualno vlasništvo koje je podnio Servier bilo sastavljeno preopćenito i imalo samo ograničenu dokaznu snagu (točka 822.).

189. Stoga je Opći sud u točki 827. pobijane presude u biti zaključio da je jedina protučinidba kojom se može objasniti prijenos vrijednosti od 40 milijuna eura koji je Servier izvršio u korist Lupina u skladu sa sporazumom o ustupanju bila obveza nenatjecanja koju je Lupin prihvatio u skladu sa sporazumom o nagodbi sklopljenim istog dana.

190. U okviru ove žalbe Servier ne iznosi nijedan element kojim se može dokazati da taj zaključak sadržava pogreške.

191. S jedne strane, Servier tvrdi da Opći sud nije mogao kvalificirati plaćanje iznosa od 40 milijuna eura kao plaćanje za odgodu ulaska na tržište jer je Servier dokazao svoj interes za patentne prijave te dostavio primjere transakcija izvršenih na sličan način i mišljenje stručnjaka.

192. Međutim, tim argumentima Servier samo ponavlja argumentaciju koju je već iznio u prvostupanjskom postupku, a da pritom ne potkrepljuje od čega se sastoje pogreške koje je navodno počinio Opći sud, što je u žalbi nedopušteno. U svakom slučaju, Opći sud je u točkama 821. do 823. pobijane presude mogao smatrati, a da pritom ne počinii pogrešku, da ti elementi koje je Servier iznio ne omogućuju objektivno utvrđivanje bilo kakve gospodarske vrijednosti patentnih prijava koje je Servier kupio od Lupina za iznos od 40 milijuna eura.

193. S druge strane, bespredmetna je Servierova kritika u pogledu tvrdnje Općeg suda iz točke 816. pobijane presude prema kojoj taj iznos premašuje dobit koju je Lupin mogao očekivati od svojeg neovisnog ulaska na tržište tijekom prve dvije do tri godine komercijalizacije. Naime, Opći sud nije se oslonio na to utvrđenje kako bi dokazao da ne postoji dokaz o gospodarskoj vrijednosti prenesenih patentnih prijava, nego na sve elemente navedene u točki 188. ovog mišljenja. Usporedba s Lupinovom očekivanom dobiti bila je samo dodatni element kojim se potkrepljuje visok iznos plaćanja koje je Servier izvršio u njegovu korist.

194. Iz toga slijedi da je Opći sud pravilno zaključio, osobito u točki 827. pobijane presude, da plaćanje koje je Servier izvršio u korist Lupina predstavlja poticanje na to da se ne upusti u tržišno natjecanje jer iz ispitanih elemenata proizlazi da se to plaćanje ne može objasniti gospodarskom vrijednošću patentnih prijava koje je Lupin prenio Servieru.

195. Činjenica da je Opći sud u tom kontekstu upotrijebio pojmove transakcije izvršene (ili ne) u normalnim tržišnim uvjetima i poticajnog plaćanja umjesto terminologije koju je Sud upotrijebio u presudi Generics (UK) i dr. („neto saldo” odnosnih prijenosa vrijednosti) ni na koji način ne mijenja činjenicu da je Opći sud u biti doista proveo isti test kao što je onaj koji je Sud zagovarao u navedenoj presudi. Taj se test sastoji od utvrđivanja može li se prijenos vrijednosti koji je Servier izvršio u korist Lupina objasniti drugim razlogom osim interesom tih stranaka da se ne upuste u tržišno natjecanje⁸⁴. Prema tome, traženje razlika, u pogledu merituma navedenog testa, između presude Generics (UK) i dr. i pobijane presude, na temelju tih malih terminoloških razlika, predstavlja pretjerani formalizam i igru riječima.

⁸⁴ Vidjeti u tom pogledu točke 133. i 134. ovog mišljenja.

196. U ovom slučaju, iz točke 806. pobijane presude proizlazi da je pojam „transakcija izvršena u normalnim tržišnim uvjetima” omogućio Općem sudu da ispitivanjem elemenata sažetih u točki 188. ovog mišljenja utvrdi odgovara li prijenos vrijednosti koji je Servier izvršio u korist Lupina bilo kakvoj gospodarskoj vrijednosti prenesenih prijava patenata. To ne znači da je Komisija uvijek obvezna pozivati se na taj pojam kad utvrđuje ima li prijenos vrijednosti protučinidbu različitu od obveze nenatjecanja.

197. Točno je, kao što je to već navedeno u točki 134. ovog mišljenja, da je Sud u presudama Generics (UK) i dr. i Lundbeck/Komisija naveo da je za ocjenu prijenosa vrijednosti izvršenih u skladu sa sporazumom o nagodbi potrebno uzeti u obzir sve prijenose vrijednosti izvršene između stranaka, neovisno o tome jesu li bili novčani ili nenovčani. Prema mišljenju Suda, na taj način valja utvrditi može li se saldo prijenosa vrijednosti proizvođača izvornih lijekova u korist proizvođača generičkih lijekova opravdati postojanjem mogućih protučinidbi tog proizvođača generičkih lijekova⁸⁵.

198. Međutim, u ovom se slučaju Općem sudu ne može prigovoriti da nije brojčano naveo neto pozitivan saldo prijenosa vrijednosti koji je Servier izvršio u korist Lupina, nakon što je odbio pretpostavljenu vrijednost patentnih prijava koje je Lupin prenio Servieru u zamjenu za taj prijenos.

199. Naime, iz elemenata koje je Opći sud uzeo u obzir, sažetih u točki 188. ovog mišljenja, a koje Servier nije dovodio u pitanje, proizlazi da je Opći sud utvrdio da Servier nije dokazao nikakvu gospodarsku vrijednost patentnih prijava kupljenih od Lupina, koja bi se mogla odbiti od 40 milijuna eura koje je Servier u tom pogledu prenio Lupinu.

200. Međutim, čak i pod pretpostavkom da je potrebno krenuti od načela da takve patentne prijave nužno imaju gospodarsku vrijednost koju treba odbiti od iznosa koji je Servier isplatio Lupinu, iako je to samo vrijednost koja odgovara ulaganjima koja je Lupin proveo za razvoj tehnologije obuhvaćene tim prijavama, valja podsjetiti na to da je Opći sud u točki 817. pobijane presude smatrao da je iznos od 40 milijuna eura koji je prenesen Lupinu veći od ulaganja koja je proveo drugi sličan proizvođač generičkih lijekova u svrhu razvoja svojeg perindoprila.

201. U tom pogledu, Opći sud navodi uvodnu izjavu 1962. sporne odluke, koja se odnosi na Krkin trošak razvoja perindoprila u iznosu od otprilike jednog do četiri milijuna eura. Slijedom toga, čak i pod pretpostavkom da taj iznos treba odbiti od iznosa koji je Servier prenio Lupinu, na što se u biti svodi rasuđivanje Općeg suda u točki 817. pobijane presude, neto saldo tog prijenosa i dalje bi iznosio najmanje 36 milijuna eura, što se može objasniti samo time da je Servier otkupio konkurentsku prijetnju koju je predstavljao Lupin.

202. To utvrđenje ne može se dovesti u pitanje činjenicom da se u točkama 59. do 61. pobijane presude upućuje na sporazume o stjecanju tehnologije koji se odnose, među ostalim, na Servierovu kupnju patentne prijave te odgovarajućeg znanja i iskustva za iznos od oko 13 milijuna eura. Naime, u nedostatku bilo kakvih informacija o vrijednosti patentnih prijava na koje se odnosi sporazum Lupin, ne može se smatrati da su one nužno imale i vrijednost tog reda veličine. Isto tako, iznos od 50 milijuna američkih dolara naveden u točki 61. pobijane presude odnosi se samo na memorandum o razumijevanju u pogledu stjecanja tehnologije koji u konačnici nikada nije sklopljen, tako da općenito ne može služiti kao pokazatelj za ocjenu vrijednosti patentnih prijava. S obzirom na elemente sažete u točki 188. ovog mišljenja i načela

⁸⁵ Presude Generics (UK) i dr. (t. 90. do 92.) i Lundbeck/Komisija (t. 115. i 134.)

kojima se uređuje teret dokazivanja⁸⁶, Opći sud je stoga mogao smatrati, a da pritom ne počinu pogrešku u tom pogledu, da nije utvrđeno da je neto iznos koji je Servier prenio Lupinu, čak i ako se oduzme pretpostavljena vrijednost troška razvoja tehnologije obuhvaćene Lupinovim patentima, bio opravdan drugim Lupinovim protučinidbama osim one koja se sastojala od njegove obveze da se neće upustiti u tržišno natjecanje.

203. Iz toga slijedi da prigovor koji se temelji na pogrešnoj ocjeni plaćanja u okviru sporazuma Lupin treba odbiti.

ii) Klauzule sporazuma Lupin

204. Kao prvo, Servier tvrdi da Opći sud nije mogao kvalificirati klauzulu sporazuma Lupin kojom se predviđa Lupinovo neosporavanje Servierovih patenata kao protutržišnu jer ta klauzula nije spriječila druge suprotstavljene stranke da nastave osporavati patent 947 pred EPO-om. Međutim, tu argumentaciju treba odbiti, *mutatis mutandis*, zbog istih razloga kao što su oni koji su već izneseni u točkama 171. i 172. ovog mišljenja.

205. Kao drugo, Servier tvrdi i da Opći sud nije mogao smatrati da je klauzula o zabrani komercijalizacije Lupinovih proizvoda bila protutržišna jer se njome pod određenim uvjetima omogućio, kao što je to i sam Opći sud priznao, raniji ulazak Lupina na tržište.

206. Tom argumentacijom Servier nastoji dovesti u pitanje ocjenu činjenica Općeg suda, osobito u pogledu njegova tumačenja klauzula sporazuma Lupin⁸⁷. Međutim, čak i kad bi se predmetna argumentacija mogla shvatiti na način da se odnosi na pravnu kvalifikaciju činjenica koju je proveo Opći sud, bila bi osuđena na neuspjeh.

207. Čini se da Servier svojim tvrdnjama nastoji dokazati da je Opći sud počinio pogrešku time što nije priznao da su dokazani pozitivni učinci na tržišno natjecanje klauzula sporazuma Lupin, koje je i sam utvrdio, doveli u pitanje kvalifikaciju navedenog sporazuma kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

208. Opći sud je pak u točkama 830. do 857. pobijane presude, nakon detaljne analize klauzula sporazuma Lupin, smatrao da, čak i ako bi se navedeni sporazum mogao tumačiti na način da Lupinu omogućuje da ranije uđe na tržište sa svojim proizvodima u odnosu na predvidljivo trajanje valjanosti patenta 947, zbog hipotetske prirode događaja koji mogu omogućiti takav raniji ulazak ne može se zaključiti da je ograničavajući učinak klauzule o zabrani komercijalizacije neutraliziran (točke 849. do 851. i 856.). Lupinov raniji ulazak (pod pretpostavkom da je dopušten sporazumom u određenim okolnostima) u svakom slučaju ovisi o tome da treća strana stavi na tržište generički proizvod, odnosno o okolnosti koja ne ovisi o strankama sporazuma i koja je neizvjesna (točka 857.). Servier ne dovodi u pitanje činjenične elemente na kojima je Opći sud temeljio ta utvrđenja, iz kojih ne proizlazi nikakvo iskrivljavanje.

209. Servierov prigovor koji se temelji na navodnom iskrivljavanju razmjene dopisa između Serviera i Lupina u pogledu Sandozova ulaska na tržište (točke 852. do 854. pobijane presude) treba odbiti. Iz tumačenja ulomka te razmjene navedenog u točki 853. pobijane presude proizlazi da Opći sud ni na koji način nije iskrivio taj dokument time što je utvrdio da upućuje na

⁸⁶ Vidjeti točke 97. i 98. ovog mišljenja i navedenu sudsku praksu.

⁸⁷ Tumačenje tih klauzula obuhvaćeno je ocjenom činjenica koju je dužan provesti Opći sud: vidjeti presudu od 29. listopada 2015. Komisija/ANKO (C-78/14 P, EU:C:2015:732, t. 23.).

nesigurnosti u pogledu Lupinove mogućnosti da ranije uđe na francusko tržište a da pritom ne povrijedi sporazum. Štoviše, iz sažetka navedenog u prethodnoj točki proizlazi da je taj prigovor bespredmetan. Opći sud utvrdio je da su, čak i pod pretpostavkom da se klauzulama sporazuma dopušta raniji ulazak, okolnosti koje omogućuju takav ulazak hipotetske i izvan kontrole stranaka.

210. U tim okolnostima Opći sud nije počinio pogrešku time što je utvrdio da klauzula o zabrani komercijalizacije nije mogla dovesti u pitanje kvalifikaciju sporazuma Lupin kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. Kao što je to navedeno u točki 126. ovog mišljenja, takva kvalifikacija može se dovesti u pitanje samo postojanjem dokazanih učinaka koji pospješuju tržišno natjecanje i mogu dati povoda razumnoj sumnji da je sporazum dovoljno štetan za tržišno natjecanje. Opći sud je pak u točki 857. pobijane presude utvrdio, s obzirom na elemente sažete u točki 208. ovog mišljenja, da Lupinov raniji ulazak na tržište (pod pretpostavkom da je dopušten klauzulama sporazuma) ne proizlazi iz jasnog odabira stranaka, nego je posljedica hipotetskih i neizvjesnih okolnosti. Prema tome, Opći sud je pravilno utvrdio da se stranke ne mogu na to pozivati kako bi dokazale da se sporazumom ne ograničava tržišno natjecanje.

211. Servierovim argumentom prema kojem je Opći sud trebao analizirati vjerojatnost nastanka različitih scenarija ne može se pobiti to utvrđenje. Kao što je to već navedeno u točkama 139. do 141. i 171. ovog mišljenja, Komisija u okviru ocjene ograničava li se sporazumom kao što je sporazum Lupin tržišno natjecanje ne treba analizirati vjerojatne buduće scenarije u pogledu patentnog prava.

212. Kao treće, Servier se ne može pozivati ni na navodno pozitivne učinke na tržišno natjecanje svoje obveze da Lupinu isporučuje proizvode ni na navodno pozitivne učinke na tržišno natjecanje licencija koje su Lupinu navodno besplatno dodijeljene za njegove druge patente kako bi tvrdio da je Opći sud navodno počinio pogreške prilikom kvalifikacije klauzula sporazuma Lupin. U okviru ovog žalbenog postupka Servier samo osporava zaključke Općeg suda u tom pogledu, iznesene u točkama 858. do 863. pobijane presude, a da pritom ne iznosi nijedan element kojim se može dovesti u pitanje njihova osnovanost. U tim okolnostima Servier ne dovodi valjano u pitanje zaključak Općeg suda prema kojem su mogućnost isporuke i mogućnost dobivanja licencija za druge patente (pod pretpostavkom da su predviđene klauzulama sporazuma) ovisile o postojanju hipotetskih budućih uvjeta poput ranijeg ulaska na tržište navedenog u točki 208. ovog mišljenja.

213. Naposljetku, kao četvrto i posljednje, ne može se prihvatiti ni Servierov argument prema kojem je Opći sud počinio pogrešku u ocjeni područja primjene sporazuma Lupin. Naime, nije odlučujuće je li Opći sud u točkama 870. do 877. pobijane presude pravilno utvrdio da je područje primjene sporazuma Lupin šire od područja primjene patenta 947, što Servier osporava. Kao što je to Opći sud u biti utvrdio u točki 878. pobijane presude, čak i da područje primjene navedenog sporazuma nije šire od područja primjene navedenog patenta, time se ne bi umanjila protutržišna priroda sporazuma. Naime, iako sklapanje sporazuma o nagodbi između nositelja patenta i navodnog kršitelja, a koji ne traje dulje od razdoblja patentne zaštite koje još nije isteklo niti premašuje njegov doseg, jest doduše izraz prava intelektualnog vlasništva njegova nositelja i ovlašćuje ga, među ostalim, da se usprotivi svakoj povredi, ipak ostaje činjenica da taj patent ne ovlašćuje svojeg nositelja da sklapa ugovore koji povređuju članak 101. UFEU-a⁸⁸.

214. Iz toga slijedi da se ne može prihvatiti nijedan Servierov argument kojim se osporava kvalifikacija sporazuma Lupin kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

⁸⁸ Presude Generics (UK) i dr. (t. 97.) i Lundbeck/Komisija (t. 121.)

d) Zaključak

215. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da Servierovu argumentaciju kojom se osporava kvalifikacija spornih sporazuma kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj treba odbiti u cijelosti.

4. Datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin (treći dio petog žalbenog razloga)

216. Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogreške prilikom određivanja datuma završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin u određenim državama članicama.

217. U uvodnoj izjavi 3136. sporne odluke Komisija je objasnila da je u ovom slučaju završetak povreda određen datumom od kojeg su se proizvođači generičkih lijekova koji su stranke spornih sporazuma mogli konkurentno ponašati na različitim predmetnim tržištima.

218. Iz uvodne izjave 2127. i tablice sadržane u uvodnoj izjavi 3134. sporne odluke proizlazi da je Komisija utvrdila da je povreda koju predstavlja sporazum Lupin za tržišta Unije utvrđena za razdoblje od njegova sklapanja 30. siječnja 2007.⁸⁹ do 6. svibnja 2009., datuma kada je EPO poništio patent 947. Međutim, Komisija je smatrala da je povreda u određenim zemljama prestala ranije, osobito što se tiče Servierove argumentacije u okviru ovog žalbenog razloga⁹⁰, u Francuskoj 16. rujna 2008., na datum kada je Sandoz ušao na tržište⁹¹.

219. Doista, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 410. sporne odluke, Sandoz je također ušao na tržište drugih država članica prije 6. svibnja 2009., odnosno u pogledu Servierove argumentacije u okviru ovog žalbenog razloga⁹², u Irskoj u lipnju 2008., u Belgiji u srpnju 2008., u Mađarskoj u prosincu 2008. i u Češkoj Republici u siječnju 2009.

220. Prema tome, kao što to proizlazi iz točke 891. pobijane presude, Servier je pred Općim sudom tvrdio da je Komisija trebala zaključiti da je povreda koju predstavlja sporazum Lupin također prestala u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici u trenutku kada je Sandoz ušao na tržišta tih država članica. Međutim, Opći sud odbio je tu argumentaciju.

221. U ovom slučaju Servier tvrdi da je Opći sud time počinio pogreške. Opći sud je vlastitim obrazloženjem, koje je uostalom proturječno, zamijenio Komisijino rasuđivanje, pri čemu nije objasnio razloge zbog kojih je ta institucija opravdano utvrdila datum Sandozova ulaska na tržište kao završetak povrede u Francuskoj, ali ne u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici.

222. Opći sud je u točki 892. i sljedećim pobijane presude smatrao da valja utvrditi je li Komisija pogrešno zaključila da se povreda nastavila nakon datuma Sandozova ulaska u dotične države članice. U tom je pogledu utvrdio da Sandozov generički lijek ne sadržava nijedan od alfa-kristala

⁸⁹ Vidjeti točku 40. ovog mišljenja. U uvodnoj izjavi 2127. sporne odluke Komisija je ipak smatrala da je povreda započela kasnije na Malti i u Italiji.

⁹⁰ Komisija je smatrala i da je povreda prestala ranije u Ujedinjenoj Kraljevini, 6. srpnja 2007., na datum kada je u Ujedinjenoj Kraljevini poništen patent 947 (točka 26. ovog mišljenja) te u Nizozemskoj, 12. prosinca 2007., na datum kada je Apotex ušao na tržište uz rizik (točka 27. ovog mišljenja, koja se odnosi na uvodnu izjavu 193. i sljedeće sporne odluke, u kojima se navodi da je do tog ulaska došlo 13. prosinca 2007.).

⁹¹ Vidjeti točku 28. ovog mišljenja.

⁹² Sandoz je ušao na tržište i u Nizozemskoj i Ujedinjenoj Kraljevini u svibnju 2008.; međutim, ovdje se u svakom slučaju smatralo da je povreda završila na taj datum (vidjeti bilješku 90. ovog mišljenja).

zaštićenih patentom 947. Zatim je naveo da iz zajedničkog tumačenja članka 1. stavka 6. i članka 4. stavka 1. točke (c) sporazuma Lupin⁹³ može proizlaziti da se njime Lupinu dopušta ulazak na tržište s njegovim proizvodima kada je generički proizvod ušao na tržište a da Servier u tom pogledu nije podnio zahtjev za izdavanje sudskog naloga.

223. Međutim, Opći sud smatrao je da postoji nesigurnost u pogledu pitanja je li to tumačenje sporazuma pravilno i dopušta li njegova klauzula o zabrani komercijalizacije Lupinu da uđe na tržište ako je na tržište ušao proizvod kao što je Sandozov. Stoga je Opći sud zaključio da bi zbog te nesigurnosti Lupin mogao biti zabrinut da će mu se tom klauzulom i dalje zabranjivati ulazak na tržište u takvom slučaju, tim više što Servier uvijek može podnijeti zahtjev za izdavanje sudskog naloga, čak i za proizvod koji ne predstavlja povredu.

224. Prema mišljenju Općeg suda, ta Lupinova nesigurnost u pogledu njegove mogućnosti ulaska na tržište nakon Sandozova ulaska dokazala se, u pogledu francuskog tržišta, razmjenom dopisa između Lupina i Serviera navedenom u točki 853. pobijane presude⁹⁴. Iz navedene razmjene proizlazi da se čini da je primjena klauzule o zabrani komercijalizacije na francuskom tržištu koju je Lupin nastavio provoditi završila najranije početkom travnja 2009.

225. Opći sud je zaključio da Servier *a fortiori* nije podnio nijedan element na temelju kojeg se može utvrditi da su Servier i Lupin prije 6. svibnja 2009. smatrali da klauzula o zabrani komercijalizacije više nije na snazi na ostala četiri tržišta na koja je Sandoz ušao. Prema mišljenju Općeg suda, okolnost da je ta klauzula tako ostala na snazi zbog nesigurnosti povezanih s dvosmislenošću sporazuma bila je dovoljna da bi Komisija mogla utvrditi suglasnost volja između Serviera i Lupina i stoga povredu koja se nastavila unatoč Sandozovu ulasku na ta četiri tržišta.

226. Međutim, kao što to pravilno ističe Servier, razlog zbog kojeg se na temelju dvosmislenosti i nesigurnosti u pogledu primjene sporazuma nakon Sandozova ulaska na predmetna tržišta može smatrati da se povreda ondje nastavila i nakon tog ulaska ne nalazi se u odluci. Stoga je Opći sud vlastitim obrazloženjem doista zamijenio Komisijino obrazloženje, što predstavlja pogrešku koja se tiče prava⁹⁵.

227. Štoviše, kao što to također pravilno navodi Servier, taj razlog, koji je Opći sud temeljio, među ostalim, na razmjeni dopisa između Serviera i Lupina u pogledu francuskog tržišta (vidjeti točku 224. ovog mišljenja), proturječan je tvrdnji iz uvodne izjave 2127. sporne odluke prema kojoj je povreda koju predstavlja sporazum Lupin završila na francuskom tržištu nakon što je Sandoz ušao na to tržište⁹⁶.

228. Iz toga ne slijedi samo da je Opći sud vlastitim obrazloženjem zamijenio obrazloženje iz sporne odluke, nego je usto to obrazloženje proturječno i ne omogućuje razumijevanje razloga zbog kojih je Komisija u toj odluci utvrdila datum Sandozova ulaska na tržište kao završetak povrede u Francuskoj, ali ne u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici. Stoga nije moguće provjeriti jesu li razmatranja u tom pogledu osnovana, zbog čega pobijana presuda sadržava dodatan nedostatak u obrazloženju⁹⁷.

⁹³ Sažetih u točki 54. pobijane presude i navedenih u uvodnoj izjavi 1038. sporne odluke.

⁹⁴ Ta je razmjena već navedena u točki 209. ovog mišljenja.

⁹⁵ Presuda od 6. listopada 2021., Sigma Alimentos Exterior/Komisija (C-50/19 P, EU:C:2021:792, t. 63.).

⁹⁶ To vrijedi a da se ne dovodi u pitanje osnovanost tumačenja samog sadržaja razmjene dopisa koje je dao Opći sud (vidjeti točku 209. ovog mišljenja).

⁹⁷ Vidjeti u tom smislu presude od 2. travnja 1998., Komisija/Sytraval i Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, t. 63.) i od 14. listopada 2010., Deutsche Telekom/Komisija (C-280/08 P, EU:C:2010:603, t. 130.).

229. Prema tome, treći je dio petog žalbenog razloga osnovan i dovodi, u skladu s člankom 61. prvim stavkom prvom rečenicom Statuta Suda Europske unije, do djelomičnog ukidanja pobijane presude zbog nedostatka u obrazloženju u dijelu u kojem se njome odbio Servierov zahtjev za poništenje sporne odluke jer se tom odlukom 6. svibnja 2009. utvrđuje kao datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin za Irsku, Belgiju, Mađarsku i Češku Republiku.

230. U skladu s člankom 61. prvim stavkom drugom rečenicom tog statuta, Sud u tim okolnostima može sam konačno odlučiti o sporu ako stanje postupka to dopušta. Doista, to je slučaj u ovom predmetu jer iz ispitivanja sporne odluke proizlazi da i ona sadržava nedostatak u obrazloženju u pogledu pitanja zašto je Komisija datum Sandozova ulaska na tržište utvrdila kao završetak povrede koju predstavlja sporazum Lupin u Francuskoj, ali ne i u drugim četirima zemljama u kojima je Sandoz ušao na tržište prije 6. svibnja 2009.

231. Osim toga, ni na temelju sporne odluke ni objašnjenja koja je Komisija iznijela u svojim pismenima i na raspravi u ovom žalbenom postupku ne može se razjasniti to pitanje.

232. Komisija upućuje na uvodnu izjavu 1039. sporne odluke, prema kojoj članak 4. stavak 1. točku (c) sporazuma Lupin treba tumačiti na način da je Lupinu bilo odobreno komercijalizirati vlastiti perindopril u određenom području, među ostalim, ako i kada neovisna treća strana prodaje perindopril, a Servier nije podnio zahtjev za izdavanje sudskog naloga kako bi je u tome spriječio.

233. Komisija navodi, a da pritom ne objašnjava razloge za to, da se, s obzirom na to tumačenje, klauzula o zabrani komercijalizacije nastavila primjenjivati čak i nakon Sandozova ulaska na tržište u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici, ali ne i u Francuskoj. U potonjem pogledu Komisija upućuje na uvodnu izjavu 2327. sporne odluke, u kojoj se navodi da Servier u Francuskoj nije mogao blokirati Sandozov ulazak na temelju patenta 947 jer Sandozov proizvod nije mogao povrijediti taj patent.

234. Međutim, na temelju te tvrdnje i dalje nije moguće razumjeti zašto je Servier na temelju tog patenta mogao blokirati Sandozov ulazak u druge četiri dotične države članice, kada je proizvod s kojim je Sandoz ušao na ta tržišta očito bio jednak onomu koji je komercijalizirao u Francuskoj. Komisija je na raspravi ponovila objašnjenje da je razlika u tome što je Sandozov ulazak u Francuskoj otvorio tržište tržišnom natjecanju, dok to nije bio slučaj u drugim zemljama. Međutim, to objašnjenje nije potkrijepljeno ni u spornoj odluci, ni u Komisijinim pismenima ni na raspravi.

235. Iz toga slijedi da spornu odluku treba djelomično poništiti u dijelu u kojem sadržava nedostatak u obrazloženju u pogledu datuma koji su utvrđeni kao završetak povrede koju predstavlja sporazum Lupin kad je riječ o Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici.

236. Posljedice tog djelomičnog poništenja na iznos novčane kazne izrečene Servieru zbog sporazuma Lupin utvrđene su u točki 282. i sljedećim ovog mišljenja u njegovu dijelu koji se odnosi na novčane kazne.

5. Kvalifikacija sporazuma Niche, s jedne strane, i sporazuma Matrix, s druge strane, kao zasebnih povreda (šesti žalbeni razlog)

237. U okviru svojeg šestog žalbenog razloga Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava kad je u točki 1293. i sljedećim pobijane presude potvrdio kvalifikaciju sporazuma koje je Servier sklopio s Nicheom/Unichemom, s jedne strane, i Matrixom, s druge strane, kao zasebnih povreda. Prema Servierovu mišljenju, Opći sud trebao je priznati da ti sporazumi predstavljaju jedinstvenu povredu članka 101. UFEU-a.

238. Iz sudske prakse proizlazi da povreda članka 101. UFEU-a može biti posljedica ne samo izdvojenog djela, nego i iz niza djela ako su dio sveobuhvatnog plana zbog njihova istovjetnog cilja kojim se narušava tržišno natjecanje i nastoji postići jedan gospodarski cilj⁹⁸. Pretpostavka koja se odnosi na pojam jedinstvenog cilja podrazumijeva obvezu provjere ne sadržava li povreda elemente drukčijih ponašanja koji mogu upućivati na to da ostvarena ponašanja drugih poduzetnika nemaju isti cilj ili isti protutržišni učinak i stoga nisu dio „sveobuhvatnog plana” zbog svojeg istovjetnog cilja kojim se narušava tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu⁹⁹.

239. Valja pojasniti da je, kao što to proizlazi iz sudske prakse navedene u prethodnoj točki, pitanje treba li različita protutržišna ponašanja kvalificirati kao zasebne povrede ili kao jedinstvenu povredu pravno pitanje povezano s pravnom kvalifikacijom sastavnih elemenata povrede, čije poštovanje osiguravaju sudovi Unije¹⁰⁰. Kao što je to Opći sud priznao u točki 1256. i sljedećim pobijane presude, predmetne stranke stoga trebaju moći osporavati tu kvalifikaciju. To je tim važnije jer takvo osporavanje može utjecati na Komisijino izvršavanje njezine diskrecijske ovlasti prilikom određivanja novčanih kazni.

240. Isto tako, kao što je to u biti objasnio nezavisni odvjetnik G. Pitruzzella, nije moguće apstraktno utvrditi bi li kvalifikacija nekoliko ponašanja kao zasebnih povreda bila povoljnija za predmetne poduzetnike nego da ih se kvalificira kao jedinstvenu povredu, s obzirom na to da to ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Slijedom toga, Komisija ne može, diskrecijski i zbog svrsishodnosti, slobodno odlučiti kvalificirati ponašanja kao zasebne povrede, a ne kao jedinstvenu povredu ili obratno. Naprotiv, Komisija treba dokazati, pod nadzorom suda Unije, da su ispunjeni kriteriji utvrđeni za kvalifikaciju ponašanja na jedan ili drugi način¹⁰¹.

241. S obzirom na navedeno, ipak valja utvrditi da u ovom slučaju elementi koje je Servier iznio ne dokazuju da je Opći sud počinio pogrešku kad je potvrdio Komisijino utvrđenje da sporazumi Niche i Matrix ne predstavljaju jedinstvenu povredu, nego dvije zasebne povrede članka 101. UFEU-a.

⁹⁸ Vidjeti u tom smislu presude od 8. srpnja 1999., Komisija/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, t. 81. do 83.); od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 258.); od 19. prosinca 2013., Siemens i dr./Komisija (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:866, t. 248.).

⁹⁹ Presuda od 16. lipnja 2022., Toshiba Samsung Storage Technology i Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Komisija (C-700/19 P, EU:C:2022:484, t. 107. i navedena sudska praksa)

¹⁰⁰ Vidjeti u tom smislu presudu od 16. lipnja 2022., Sony Corporation i Sony Electronics/Komisija (C-697/19 P, EU:C:2022:478, t. 67.).

¹⁰¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle u predmetima Sony Corporation i Sony Electronics/Komisija, Sony Optiarc i Sony Optiarc America/Komisija, Quanta Storage/Komisija i Toshiba Samsung Storage Technology i Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Komisija (C-697/19 P do C-700/19 P, EU:C:2021:452, t. 100. i sljedeće); vidjeti i presudu od 16. rujna 2013., Masco i dr./Komisija (T-378/10, EU:T:2013:469, t. 57.); vidjeti u tom smislu i presude od 27. veljače 2014., InnoLux/Komisija (T-91/11, EU:T:2014:92, t. 138.) i LG Display i LG Display Taiwan/Komisija (T-128/11, EU:T:2014:88, t. 224.).

242. Prema Servierovu mišljenju, ti su sporazumi, koje je istog dana potpisao isti predstavnik za Niche i Matrix i čiji je cilj bio spriječiti ulazak na tržište proizvoda koji su zajednički razvili potonji poduzetnici, imali su isti cilj, bili su komplementarni i uveli su usklađenost između Nicheova i Matrixova ponašanja prema Servieru.

243. U točki 1296. i sljedećim pobijane presude Opći sud smatrao je da je svakako nedvojbeno da je Servier nastojao postići isti cilj sklapanjem sporazuma Niche i Matrix, odnosno riješiti konačno spor koji je bio u tijeku te izbjeći sve buduće sporove u pogledu Nicheova/Matrixova proizvoda, kao i plaćanjem ukloniti taj proizvod kao izvor potencijalnog tržišnog natjecanja. Međutim, Opći sud utvrdio je da se na temelju same te okolnosti ne može utvrditi da je postojao i zajednički plan između Nichea i Matrixa kada su potpisali relevantne sporazume sa Servierom. Doista, kako bi se nekoliko povreda moglo kvalificirati kao jedinstvena povreda, sve te povrede moraju imati isti opći cilj¹⁰².

244. Nakon što je ispitao sadržaj sporazuma Niche i Matrix i okolnosti njihova potpisivanja, Opći sud utvrdio je da ni ti elementi ne dokazuju da Niche i Matrix tim sporazumima nastoje ostvariti zajednički plan.

245. Elementi koje je Servier iznio u ovom žalbenom postupku ne mogu dokazati da to utvrđenje sadržava pogreške.

246. Servier tvrdi da je Opći sud tijekom svoje analize pitanja je li postojao zajednički plan između Nichea i Matrixa pridao preveliku važnost subjektivnoj namjeri tih društava, dok se kvalifikacija jedinstvene povrede može temeljiti samo na objektivnim kriterijima.

247. Servier u tom pogledu upućuje na točku 246. presude u predmetu Siemens/Komisija¹⁰³, u kojoj je Opći sud utvrdio da kvalifikacija svih sporazuma kao jedinstvene povrede ne može ovisiti o postojanju subjektivne namjere stranaka da sudjeluju u takvoj jedinstvenoj povredi, nego se treba temeljiti na objektivnim čimbenicima, uključujući zajednički cilj navedenih sporazuma. Međutim, suprotno onomu što tvrdi Servier, ispitivanje postojanja takvog zajedničkog cilja podrazumijeva subjektivnu dimenziju u pogledu namjere i motivacije stranaka, koja se odnosi na pitanje jesu li te stranke sklapanjem predmetnih sporazuma namjeravale pridonijeti ostvarenju zajedničkog gospodarskog cilja.

248. Drugim riječima, kako bi se utvrdila jedinstvena povreda, točno je da nije potrebno utvrditi da su različite stranke koje su sudjelovale u toj povredi imale namjeru sudjelovati u zajedničkom protutržišnom ponašanju. Međutim, iz sudske prakse navedene u točki 238. ovog mišljenja proizlazi da treba utvrditi da su te stranke svojim sudjelovanjem namjeravale pridonijeti ostvarenju zajedničkog cilja i jedinstvenog gospodarskog cilja. Dokaz o takvoj namjeri može se pak temeljiti na bilo kojem elementu kojim se može dokazati da je svrha predmetnih ponašanja, u ovom slučaju sporazuma Niche i Matrix, bila želja da se ostvare takav zajednički cilj i takav jedinstveni gospodarski cilj.

249. Tako je Opći sud, primjerice u predmetu koji se odnosi na kupaonice na koji se pozvao Servier, doista utvrdio postojanje jedinstvene povrede unatoč uključenosti različitih komplementarnih podskupina proizvoda za izradu kupaonica. Opći sud je to mogao utvrditi upravo u navedenom predmetu jer se predmetnim djelovanjima nastojao provesti sveobuhvatni

¹⁰² Vidjeti sudsku praksu navedenu u točki 238. ovog mišljenja.

¹⁰³ Presuda od 3. ožujka 2011. (T-110/07, EU:T:2011:68)

plan i ostvariti jedinstveni cilj da se u okviru istog distribucijskog sustava usklade povećanja cijena koja su stranke zabranjenog sporazuma zaračunavale trgovcima na veliko koji su bili njihovi zajednički klijenti¹⁰⁴.

250. Međutim, u ovom je slučaju Opći sud upravo utvrdio, na temelju elemenata koje Servier nije dovodio u pitanje, da sadržaj sporazuma Niche i Matrix te okolnosti njihova sklapanja ne dokazuju da su Niche i Matrix tim sporazumima namjeravali ostvariti takav zajednički cilj i takav jedinstveni gospodarski cilj. Uostalom, Servier ne navodi ni koji su takvi ciljevi mogli biti. Kao što je to Opći sud utvrdio, svakako nije dvojbeno da su Niche i Matrix, *prije* sklapanja relevantnih sporazuma sa Servierom, nastojali ostvariti zajednički cilj stavljanja na tržište generičkog perindoprila koji je proizveo Matrix i koji komercijalizira Niche.

251. Međutim, nije moguće utvrditi eventualni zajednički cilj koji bi ta društva zatim mogla postići potpisivanjem relevantnih sporazuma sa Servierom. Kao što je to naveo Opći sud, različiti neosporavani elementi iz spisa dokazuju da je Matrix, koji je o pregovorima koji su bili u tijeku između Serviera i Nichea bio obaviješten tek dva dana prije nego što je potpisao vlastiti sporazum sa Servierom, iskoristio priliku koju je ponudio Servier, umjesto da je s Nicheom proveo bilo kakav zajednički plan. To potvrđuje činjenica da se Matrixovo sudjelovanje u pregovorima sa Servierom uglavnom odnosilo na iznos prijenosa vrijednosti.

252. Uostalom, nije moguće razumjeti ni zašto bi pak odustajanje od njihova zajedničkog projekta razvoja i komercijalizacije generičkog perindoprila moglo predstavljati novi „zajednički projekt” za Niche i Matrix, s obzirom na to da takvo odustajanje ne može samo po sebi biti projekt ili cilj. Umjesto toga, Niche i Matrix su tako svaki za sebe iskoristili priliku koju im je ponudio Servier da ostvare prijenos vrijednosti koji je dovoljno znatan da bi bio tržišno pogodniji od toga da provode vlastiti projekt o ulasku na tržište¹⁰⁵.

253. Prema tome, ni na temelju Servierova argumenta prema kojem sporazumi Niche i Matrix imaju zajednički cilj rješavanja spora sa Servierom i izbjegavanja budućih sporova s tim društvom u pogledu njihova proizvoda ne može se zaključiti da ti sporazumi predstavljaju jedinstvenu povredu članka 101. UFEU-a. Stoga, čak i da se svakim od tih sporazuma stvarno zasebno nastojao postići taj cilj, nije jasno koji bi bio njihov zajednički cilj u tom pogledu. Kao što sam to upravo dokazala, na temelju same činjenice da se spor sa Servierom odnosio na proizvod koji su zajedno razvili Niche i Matrix ne može se utvrditi takav zajednički cilj.

254. Iz prethodno navedenog proizlazi da šesti žalbeni razlog treba odbiti.

B. Novčane kazne

255. Kad je riječ o novčanim kaznama izrečenim Servieru zbog sklapanja spornih sporazuma, s jedne strane, valja ispitati pogreške koje se tiču prava na koje se Servier pozvao u okviru svojeg sedmog žalbenog razloga (odjeljak 1.). S druge strane, valja utvrditi posljedice prihvatanja trećeg dijela petog žalbenog razloga koji se odnosi na datume završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin za ponovni izračun novčane kazne izrečene Servieru na toj osnovi (odjeljak 2.).

¹⁰⁴ Presuda od 16. rujna 2013., Masco i dr./Komisija (T-378/10, EU:T:2013:469, t. 59. i sljedeće)

¹⁰⁵ Vidjeti točke 144. do 162. ovog mišljenja.

1. Pogreške koje se tiču prava koje se odnose na novčane kazne na koje se poziva Servier (sedmi žalbeni razlog)

256. U okviru svojeg sedmog žalbenog razloga Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogreške, s jedne strane, jer nije poništio novčanu kaznu koju je Komisija izrekla s obzirom na načelo zakonitosti kaznenih djela i kazni. S druge strane, Opći sud nije u dovoljnoj mjeri uzeo u obzir načelo proporcionalnosti i nije kritizirao Komisijinu ocjenu težine povreda.

257. Prije razmatranja te argumentacije, valja podsjetiti na to da izvršavanje neograničene nadležnosti Općeg suda koja mu je dodijeljena člankom 261. UFEU-a Sud nadzire samo u pogledu očitih pogrešaka¹⁰⁶. Te se pogreške mogu utvrditi, kao prvo, ako Opći sud nije poštovao opseg svojih ovlasti u okviru svoje neograničene nadležnosti¹⁰⁷, kao drugo, ako nije dovoljno razmotrio sve relevantne elemente¹⁰⁸ i, kao treće, ako je primijenio pogrešne pravne kriterije¹⁰⁹, osobito s obzirom na načela jednakog postupanja¹¹⁰ i proporcionalnosti¹¹¹.

258. Iz toga slijedi da nije na Sudu, kada odlučuje o pravnim pitanjima u okviru žalbe, da zbog pravičnosti zamijeni svojom ocjenom ocjenu Općeg suda koji je na temelju svoje neograničene nadležnosti odlučio o iznosu novčanih kazni izrečenih poduzetnicima. Stoga samo ako Sud ocijeni da je iznos sankcije ne samo neprimjeren nego i prekomjeran do te mjere da je neproporcionalan, može se utvrditi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava¹¹².

a) Načelo zakonitosti kaznenih djela i kazni

259. Prema Servierovu mišljenju, Opći sud počinio je pogrešku time što nije prihvatio njegovu argumentaciju prema kojoj se izricanjem sankcija za sporne sporazume povrijedilo načelo zakonitosti kaznenih djela i kazni. Pitanja koja su se postavila u tim sporazumima bila su toliko nova i složena da je protupravna priroda navedenih sporazuma bila nepredvidiva. Opći sud priznao je tu nepredvidivost u točki 1666. pobijane presude, ali iz nje nije izveo nikakav zaključak, zbog čega pobijana presuda sadržava nedostatak u obrazloženju.

260. Ta se argumentacija ne može prihvatiti.

¹⁰⁶ Presuda od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 365.)

¹⁰⁷ Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetima (C-105/04 P, EU:C:2005:751, t. 137.) i (C-501/11 P, EU:C:2013:248, t. 190.); vidjeti u tom smislu presude od 18. srpnja 2013., (C-501/11 P, EU:C:2013:522, t. 155. i 156.) i od 24. listopada 2013., (C-510/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:696, t. 40. i 42.).

¹⁰⁸ Presude od 17. prosinca 1998., Baustahlgeewebe/Komisija (C-185/95 P, EU:C:1998:608, t. 128.); od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 244. i 303.) i od 3. rujna 2009., Papierfabrik August Koehler i dr./Komisija (C-322/07 P, C-327/07 P i C-338/07 P, EU:C:2009:500, t. 125.)

¹⁰⁹ Presude od 17. prosinca 1998., Baustahlgeewebe/Komisija (C-185/95 P, EU:C:1998:608, t. 128.); od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 244. i 303.) i od 3. rujna 2009., Papierfabrik August Koehler i dr./Komisija (C-322/07 P, C-327/07 P i C-338/07 P, EU:C:2009:500, t. 125.)

¹¹⁰ Presuda od 16. studenoga 2000., Weig/Komisija (C-280/98 P, EU:C:2000:627, t. 63. i 68.) i presuda Sarrió/Komisija (C-291/98 P, EU:C:2000:631, t. 97. i 99.)

¹¹¹ Presude od 22. studenoga 2012., E.ON Energie/Komisija (C-89/11 P, EU:C:2012:738, t. 126.) i od 18. srpnja 2013., Schindler Holding i dr./Komisija (C-501/11 P, EU:C:2013:522, t. 165.)

¹¹² Presude od 17. prosinca 1998., Baustahlgeewebe/Komisija (C-185/95 P, EU:C:1998:608, t. 129.); od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 245.); od 30. svibnja 2013., Quinn Barlo i dr./Komisija (C-70/12 P, neobjavljena, EU:C:2013:351, t. 57.) i od 26. siječnja 2017., Villeroy & Boch Austria/Komisija (C-626/13 P, EU:C:2017:54, t. 86.)

261. Točno je da iz sudske prakse proizlazi da, iako se načelo zakonitosti kaznenih djela i kazni, koje je sada utvrđeno u članku 49. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, ne može tumačiti na način da zabranjuje postupno objašnjenje pravila o kaznenoj odgovornosti, tom se načelu ipak protivi retroaktivna primjena sudske tumačenja pravnog pravila kojim se regulira neka povreda, a koje tumačenje ne bi bilo razumno predvidljivo u vrijeme počinjenja povrede, osobito s obzirom na tumačenje predmetne pravne odredbe koje je u to vrijeme vrijedilo u sudskoj praksi¹¹³.

262. Međutim, valja utvrditi da Opći sud nije počinio nikakvu pogrešku kada je primijenio tako utvrđen kriterij predvidljivosti na okolnosti ovog slučaja i zaključio da se ovdje načelu zakonitosti kaznenih djela i kazni ne protivi sankcioniranje spornih sporazuma na temelju članka 101. UFEU-a.

263. Prema tome, iz razmatranja Općeg suda koja su se već prethodno ispitala proizlazi da je taj sud pravilno utvrdio da je cilj spornih sporazuma bio potaknuti proizvođače generičkih lijekova da se suzdrže od neovisnog ulaska na tržište tijekom dogovorenog vremena, posredstvom Servierovih prijenosa vrijednosti čija je jedina protučinidba bila navedeno suzdržavanje.

264. Kako bi došao do tog utvrđenja, Opći sud primijenio je jednostavnu i očitu metodologiju koja se sastojala od ispitivanja jesu li prijenosi vrijednosti koje je Servier izvršio u korist proizvođača generičkih lijekova u skladu sa sporazumima o nagodbi ili s njima povezanim sporazumima bili svojstveni nagodbi u sporovima, odnosno jesu li se mogli objasniti drugim razlogom i jesu li imali drugu protučinidbu u korist Serviera osim obveze proizvođača generičkih lijekova da se neće upustiti u tržišno natjecanje. Ta se metodologija logično nalaže za ocjenu prijenosa vrijednosti između poduzetnika koji sklapaju sporazum u skladu s kojim se jedan od njih mora suzdržati od ulaska na tržište¹¹⁴.

265. Primjenom te metodologije Opći sud došao je do utvrđenja, a da pritom nije počinio pogrešku, da prijenosi vrijednosti koje je Servier izvršio u korist proizvođača generičkih lijekova nisu imali nikakvu drugu protučinidbu osim suzdržavanja potonjih proizvođača od ulaska na tržište. Stoga je Opći sud pravilno zaključio da je u spornim sporazumima bilo dogovoreno da će Servier platiti proizvođačima generičkih lijekova kako ne bi ušli na tržište, tako da je riječ o sporazumima o isključenju s tržišta.

266. U tim okolnostima Opći sud nije počinio pogrešku time što je utvrdio, u točkama 1661. do 1666. pobijane presude, da je Servier, kao stranka tih sporazuma, morao biti svjestan da oni mogu biti obuhvaćeni zabranom utvrđenom u članku 101. UFEU-a. Naime, na temelju doslovnog tumačenja te odredbe može se u potpunosti shvatiti da su sporazumi između konkurenata čiji je cilj bio neke od njih isključiti s tržišta nezakoniti.

267. Složenost spornih sporazuma i njihov kontekst, koje je istaknuo Servier, ne mogu dovesti u pitanje tu ocjenu.

268. Kao što je to Opći sud u biti priznao u točkama 1661., 1666. i 1667. pobijane presude, ta složenost doista može objasniti duljinu sporne odluke, s obzirom na to da protupravna priroda spornih sporazuma ne mora biti jasno vidljiva vanjskom promatraču. Međutim, to ne utječe na činjenicu da je Komisija primijenila jednostavna i dobro utvrđena načela prilikom analize tih sporazuma u svrhu provedbe prava tržišnog natjecanja. U skladu s tim načelima, sporazume

¹¹³ Presude od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 217. i 218.) i od 22. listopada 2015., AC-Treuhand/Komisija (C-194/14 P, EU:C:2015:717, t. 41.)

¹¹⁴ Vidjeti u tom pogledu točke 129. do 134. i 195. ovog mišljenja.

treba kvalificirati kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj kada iz njihova ispitivanja, koliko god ono bilo složeno, proizlazi da se prijenosi vrijednosti koje je jedan gospodarski subjekt izvršio u korist drugog gospodarskog subjekta objašnjavaju samo poslovnim interesom tih subjekata da se ne upuštaju u tržišno natjecanje prema zaslugama¹¹⁵.

269. Iz prethodno navedenog proizlazi da Opći sud nije počinio pogrešku kada je utvrdio da je Servier morao biti svjestan da, ako se jedina protučinidba za prijenose vrijednosti koje je izvršio u korist proizvođača generičkih lijekova sastojala od njihova suzdržavanja da uđu na tržište, sporazumi kojima se predviđaju takvi prijenosi ograničavaju tržišno natjecanje, neovisno o tome imaju li složenu pozadinu u pogledu patentnog prava.

270. Slijedom toga, valja odbiti prigovor koji se temelji na povredi načela zakonitosti kaznenih djela i kazni.

b) Načelo proporcionalnosti i ocjena težine povreda

271. Servier tvrdi i da pobijana presuda sadržava pogreške jer je Opći sud odbio njegove žalbene razloge koji se odnose na proporcionalnost novčanih kazni i ocjenu težine predmetnih povreda.

272. Prema Servierovu mišljenju, Opći sud je prilikom ocjene proporcionalnosti novčanih kazni izrečenih Servieru trebao uzeti u obzir složenost i novost pitanja postavljenih u spornim sporazumima, nepostojanje tajnosti tih sporazuma kao i patentna prava i Servierove male tržišne udjele.

273. Međutim, ti elementi ne mogu upućivati na pogreške koje je Opći sud navodno počinio prilikom ocjene proporcionalnosti novčanih kazni s obzirom na težinu predmetnih povreda.

274. Kao prvo, Opći sud je u točki 1786. i sljedećim pobijane presude u biti utvrdio da, s obzirom na to da je utvrđen protutržišni cilj predmetnih sporazuma i njihova predvidljivost za Serviera, pozadina tih sporazuma u pogledu patenata i njihova moguća tajnost nisu relevantni u svrhu ocjene njihove težine i nisu mogli dovesti u pitanje proporcionalnost novčanih kazni koje je izrekla Komisija.

275. Opći sud je time pravilno uzeo u obzir sve relevantne elemente i nije počinio pogrešku prilikom njihove ocjene. Kao što se to već utvrdilo u točkama 267. i 268. ovog mišljenja, Servier se ne može pozivati na patentni kontekst ili na njegovu navodnu složenost kako bi osporavao prirodu spornih sporazuma koja je u biti protutržišna.

276. U tom je kontekstu, suprotno onomu što tvrdi Servier, u potpunosti nevažno je li predmetni patent fiktivan. Nesporno je da čak ni patent koji nije fiktivan svojem nositelju ne daje pravo da se zaštititi od tužbi kojima se osporava njegova valjanost izvršavanjem plaćanja u korist konkurenata¹¹⁶.

277. Kao drugo, Servier tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku time što je odbio uzeti u obzir Servierove male tržišne udjele u svrhu izračuna novčanih kazni. Prema tome, Opći sud je u točkama 1602. i 1603. pobijane presude u okviru ispitivanja mjerodavnog tržišta proizvoda za potrebe primjene članka 102. UFEU-a utvrdio da je Komisija počinila pogrešku prilikom

¹¹⁵ Vidjeti u tom pogledu presude Generics (UK) i dr. (t. 87. i 88.) i Lundbeck/Komisija (t. 114. i 167.).

¹¹⁶ Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 113. i 114. te navedena sudska praksa).

definiranja tog tržišta i da je stoga njezin izračun Servierovih tržišnih udjela nužno pogrešan. Međutim, Opći sud je u točki 1954. pobijane presude odbio uzeti u obzir to utvrđenje u svrhu izračuna novčanih kazni, iako je utvrdio da su Servierovi tržišni udjeli bili znatno manji od onih koje je utvrdila Komisija.

278. Naime, neovisno o pitanju je li Opći sud pravilno utvrdio da je pogrešna definicija tržišta proizvoda koju je Komisija dala za potrebe primjene članka 102. UFEU-a, a koja se ne razmatra u okviru ove žalbe¹¹⁷, u svakom slučaju valja utvrditi da Opći sud nije počinio pogrešku kada je u točki 1954. pobijane presude smatrao da novčane kazne izrečene Servieru nisu neproporcionalne neovisno o utvrđenoj veličini Servierovih tržišnih udjela.

279. Opći sud je na taj način, među ostalim, uputio na to da je Komisija uzela u obzir činjenicu da je Servier počinio nekoliko povreda, koje doduše jesu zasebne, ali se odnose na isti proizvod, te u velikom dijelu na ista zemljopisna područja i ista razdoblja. Kao što je Opći sud na to podsjetio u točki 1951. pobijane presude, Komisija je u tom kontekstu, kako bi izbjegla potencijalno neproporcionalan rezultat, odlučila za svaku povredu ograničiti udio vrijednosti prihoda od prodaje koje je ostvario Servier i koji se uzima u obzir u svrhu utvrđivanja osnovnog iznosa novčane kazne. Komisija je stoga napravila ispravak koji je doveo do prosječnog smanjenja od 54,5 % ukupnih vrijednosti prihoda od prodaje koje se odnose na različite povrede članka 101. UFEU-a (uvodna izjava 3128. sporne odluke).

280. Kao treće i posljednje, Servierovu tvrdnju prema kojoj je novčane kazne trebalo smanjiti jer sankcionirani sporazumi navodno nisu doveli ni do kakve odgode ulaska na tržište također treba odbiti. Naime, kao što je to navedeno u točkama 139. do 141., 171. i 211. ovog mišljenja, s gledišta prava tržišnog natjecanja nije važno bi li proizvođači generičkih lijekova, da sporazumi nisu sklopljeni, ranije ušli na tržište zbog budućeg razvoja događaja u pogledu patenata koji nije bio poznat u trenutku sklapanja sporazuma i koji je izvan kontrole stranaka. Odlučujuće je pitanje je li mogućnost takvog ulaska otklonjena nakon što su stranke stvarnom međusobnom suradnjom nadomjestile rizike normalnog tržišnog natjecanja. Kad se poziva na razvoj događaja u pogledu patenata do kojeg je došlo nakon sklapanja sporazuma i neovisno o njemu, to dovodi do toga da se inherentna štetnost sporazuma o isključenju s tržišta u zamjenu za plaćanje i njegova sposobnost da proizvodi ograničavajuće učinke u trenutku svojeg sklapanja miješa s mogućnošću da takav sporazum kasnije neće proizvoditi znatne stvarne učinke na tržišno natjecanje zbog okolnosti koje su izvan kontrole stranaka, primjerice kada je patent poništen u okviru tužbe koju je podnijela treća strana.

281. Iz prethodno navedenog proizlazi da prigovor koji se temelji na pogreškama Općeg suda prilikom ocjene težine povreda i proporcionalnosti novčanih kazni također treba odbiti, kao i žalbeni razlog koji se odnosi na navodne pogreške Općeg suda prilikom ocjene novčanih kazni u cijelosti.

2. Novčana kazna izrečena Servieru zbog sporazuma Lupin (treći dio petog žalbenog razloga)

282. Iz očitovanja iznesenih u točkama 229. i 235. ovog mišljenja proizlazi da treći dio petog žalbenog razloga treba prihvatiti i da pobijanu presudu i spornu odluku treba ukinuti odnosno poništiti u dijelu u kojem se njima 6. svibnja 2009. utvrđuje kao datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin za Irsku, Belgiju, Mađarsku i Češku Republiku.

¹¹⁷ Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje koje danas iznosim u usporednom predmetu C-176/19 P, Komisija/Servier i dr.

283. Servier u svojim pismenima i zahtjevima¹¹⁸ traži od Suda da kao datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin u navedenim zemljama ponovno utvrdi datume Sandozova ulaska na tržište, odnosno, u skladu s uvodnom izjavom 410. sporne odluke, lipanj 2008. za Irsku, srpanj 2008. za Belgiju, prosinac 2008. za Mađarsku i siječanj 2009. za Češku Republiku.

284. Međutim, zbog nedostatka u obrazloženju sporne odluke u pogledu završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin u tim zemljama, sud Unije ne može provjeriti je li Komisija u toj odluci pravilno utvrdila datume završetka povrede. Isto tako, nije moguće utvrditi osnovanost drugih mogućih datuma završetka navedene povrede.

285. Prema tome, Sud ne može utvrditi datume završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin za četiri predmetne zemlje i slijedom toga ponovno utvrditi novčanu kaznu, kao što to traži Servier. U tim okolnostima, novčanu kaznu koja je Servieru izrečena spornom odlukom treba djelomično poništiti u dijelu u kojem je izrečena zbog počinjenja navedene povrede u navedenim zemljama.

286. U tu svrhu valja podsjetiti na to da u ovom slučaju iz uvodne izjave 3063. sporne odluke proizlazi da je Komisija primijenila metodologiju utvrđenu Smjernicama o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe (EZ) br. 1/2003^{119 120}.

287. Usto, iz uvodne izjave 3119. i sljedećih sporne odluke proizlazi da je Komisija Servieru izrekla novčanu kaznu za svaki od pet spornih sporazuma, koji se smatraju pet zasebnim povredama članka 101. UFEU-a, te novčanu kaznu zbog povrede članka 102. UFEU-a. Što se tiče pet novčanih kazni izrečenih na temelju spornih sporazuma, Komisija je najprije, u skladu s metodologijom iz Smjernica o metodi za utvrđivanje kazni, utvrdila osnovni iznos koji odgovara zbroju promjenjivog iznosa i (po potrebi) dodatnog iznosa. Promjenjivi iznos odgovara prilagođenom dijelu vrijednosti prihoda od prodaje robe na koju se odnose predmetne povrede, pomnoženom s trajanjem tih povreda. Budući da u ovom slučaju Komisija nije utvrdila otegotne ili olakotne okolnosti ni druge čimbenike koji bi to mogli izmijeniti, konačni iznosi novčanih kazni odgovaraju osnovnim iznosima.

288. Naposljetku, iz uvodne izjave 3124. i sljedećih te članka 7. sporne odluke, kao i iz tablice koju je Komisija podnijela Općem sudu, proizlazi da je Komisija obavila taj izračun za svaku državu članicu na koju se odnosi svaki od predmetnih sporazuma i zatim zbrojila tako dobivene iznose kako bi utvrdila iznose novčanih kazni izrečenih na temelju svakog sporazuma¹²¹. Iznos novčane kazne izrečene Servieru na temelju povrede koju predstavlja sporazum Lupin za sve zemlje obuhvaćene navedenom povredom iznosi 37 102 100 eura (članak 7. stavak 5. točka (b) sporne odluke).

¹¹⁸ Vidjeti točku 53. ovog mišljenja.

¹¹⁹ Uredba Vijeća od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101. i 102. UFEU-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165. i ispravak SL 2016., L 173, str. 108.)

¹²⁰ SL 2006., C 210, str. 2. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 58.)

¹²¹ Vidjeti prilog G.1, koji je Komisija podnijela u odgovoru na pitanje Općeg suda od 28. lipnja 2016. Vidjeti i tablicu koju je Servier podnio kao prilog P.03 svojoj žalbi, koja se temelji na metodi izračuna koju je Komisija primijenila u navedenom prilogu G.1. Na temelju te metode izračuna konačni iznos novčane kazne izrečene zbog sporazuma Lupin za svaku državu članicu dobiva se na sljedeći način: [(prilagođena vrijednost prihoda od prodaje x promjenjivi iznos) x trajanje] + [vrijednost prihoda od prodaje x dodatni iznos] (dodatni iznos utvrđuje se na 0 u okviru sporazuma Lupin; vidjeti uvodnu izjavu 3139. sporne odluke). Tako dobiveni iznosi za svaku državu članicu zatim se zbrajaju za svaki sporazum.

289. Kako bi se uzelo u obzir djelomično poništenje sporne odluke u skladu s prethodnim razmatranjima, novčanu kaznu koja je izrečena Servieru stoga treba poništiti u dijelu u kojem je izrečena zbog povrede koju predstavlja sporazum Lupin u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici, što odgovara iznosu od [povjerljivo] eura.

290. U tablici u nastavku prikazano je kako je taj iznos dobiven.

	Prilagođena vrijednost prihoda od prodaje	Dodatni iznos	Trajanje	Konačni iznos
IE	[povjerljivo]	11 %	2,25	[povjerljivo]
BE	[povjerljivo]	11 %	2,25	[povjerljivo]
HU	[povjerljivo]	11 %	2,25	[povjerljivo]
CS	[povjerljivo]	11 %	2,25	[povjerljivo]
Zbroj IE + BE + HU + CS				[povjerljivo]
Zbroj svih zemalja na koje se odnosi sporazum Lupin				37 102 100

291. Zatim je na Komisiji da, u skladu s člankom 266. UFEU-a, poduzme potrebne mjere kako bi postupila sukladno presudi o poništenju. Kada se, kao u ovom slučaju, poništenje sporne odluke temelji na postupovnom nedostatku, kao što je nedostatno obrazloženje, a sud Unije ne odluči sam o pitanju je li doista počinjeno djelo i o kazni, institucija čiji je akt poništen može nastaviti postupak u fazi utvrđene nezakonitosti i ponovno izvršiti svoju ovlast kažnjavanja¹²².

3. Zaključak o novčanim kaznama

292. Iz tih razmatranja proizlazi da novčanu kaznu koja je Servieru izrečena zbog sporazuma Lupin treba poništiti i da Servierovu argumentaciju koja se odnosi na novčane kazne treba odbiti u preostalom dijelu, tako da ostatak novčanih kazni koje su izrekli Komisija i Opći sud ostaje nepromijenjen.

C. Međuzaključak

293. U skladu s utvrđenjima iznesenim u točkama 229., 235. i 289. ovog mišljenja, nakon prihvaćanja trećeg dijela petog žalbenog razloga, najprije valja ukinuti točku 5. izreke pobijane presude jer se njome odbija Servierov zahtjev za poništenje sporne odluke u dijelu u kojem se tom odlukom 6. svibnja 2009. utvrđuje kao datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin za Irsku, Belgiju, Mađarsku i Češku Republiku i utvrđuje novčana kazna koja je slijedom toga izrečena Servieru zbog navedene povrede.

¹²² Presuda od 15. listopada 2002., Limburgse Vinyl Maatschappij i dr./Komisija (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, EU:C:2002:582, t. 60. do 62. i 693. do 695.) i od 24. rujna 2019., Printeos i dr./Komisija (T-466/17, EU:T:2019:671, t. 56. do 58.)

294. Nadalje, članak 5. točku (b) i članak 7. stavak 5. točku (b) sporne odluke treba poništiti u dijelu u kojem se njima 6. svibnja 2009. utvrđuje kao datum završetka povrede koju je Servier počinio sklapanjem sporazuma Lupin za Irsku, Belgiju, Mađarsku i Češku Republiku i u kojem se tim člancima taj datum uzima u obzir za izračun novčane kazne koja je Servieru izrečena zbog te povrede¹²³.

295. Naposljetku, s obzirom na to da se nijedan od drugih žalbenih razloga na koje se Servier poziva ne može prihvatiti, žalbu u preostalom dijelu treba odbiti.

IV. Troškovi

296. U skladu s člankom 184. stavkom 2. svojeg Poslovnika, kad žalba nije osnovana ili kad je osnovana i Sud sâm konačno odluči o sporu, Sud odlučuje o troškovima.

297. Najprije, na temelju članka 138. stavka 3. Poslovnika, koji se na temelju njegova članka 184. stavka 1. primjenjuje na žalbeni postupak, ako stranke djelomično uspiju u svojim zahtjevima, svaka stranka snosi vlastite troškove. Međutim, ako se to čini opravdanim u danim okolnostima, Sud može odlučiti da, osim vlastitih troškova, jedna stranka snosi i dio troškova druge stranke.

298. U ovom je slučaju Servier uspio u trećem dijelu svojeg petog žalbenog razloga, koji se odnosi na datum završetka povrede koju predstavlja sporazum Lupin u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici, a Sud može konačno odlučiti i poništiti spornu odluku u tom pogledu. Međutim, Servier nije uspio u preostalom dijelu svoje argumentacije iznesene u okviru ukupno sedam žalbenih razloga.

299. Kad je riječ o troškovima povezanim s prvostupanjskim postupkom, valja pojasniti da se ovaj žalbeni postupak odnosi na te troškove samo u dijelu u kojem se oni odnose na tužbene razloge iz prvostupanjskog postupka o kojima je riječ u navedenom žalbenom postupku.

300. S obzirom na te okolnosti, opravdano je da Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS solidarno snose vlastite troškove i četiri petine Komisijinih troškova povezanih sa žalbenim i prvostupanjskim postupkom u dijelu u kojem se ti troškovi odnose na tužbene razloge o kojima je riječ u ovom žalbenom postupku. Suprotno tomu, Komisija će snositi jednu petinu vlastitih troškova povezanih sa žalbenim i prvostupanjskim postupkom u dijelu u kojem se ti troškovi odnose na tužbene razloge o kojima je riječ u ovom žalbenom postupku.

301. Potom, u skladu s člankom 184. stavkom 4. Poslovnika, Sud može odlučiti da stranka koja je intervenirala u prvostupanjskom postupku i koja je sudjelovala u pisanom ili usmenom dijelu postupka pred Sudom snosi vlastite troškove. Budući da je EFPIA sudjelovala u pisanom dijelu ovog žalbenog postupka, valja joj dakle naložiti da sama snosi vlastite troškove povezane sa žalbenim postupkom.

302. Naposljetku, iz odredbe članka 140. stavka 1. u vezi s odredbom članka 184. stavka 1. Poslovnika proizlazi da države članice koje su intervenirale u postupak snose vlastite troškove. Prema tome, valja odlučiti da će Ujedinjena Kraljevina snositi vlastite troškove povezane sa žalbenim postupkom.

¹²³ Time se ne dovode u pitanje posljedice ovog poništenja za utvrđivanje povrede koju predstavlja sporazum Lupin u pogledu Lupina (presuda od 14. rujna 1999., Komisija/AssiDomän Kraft Products i dr., C-310/97 P, EU:C:1999:407, t. 49. i sljedeće).

V. Zaključak

303. Na temelju prethodno navedenih razmatranja predlažem Sudu da odluči na sljedeći način:

1. Točka 5. izreke presude Općeg suda Europske unije od 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, EU:T:2018:922), ukida se u dijelu u kojem se njome odbija zahtjev za poništenje Odluke Komisije C(2014) 4955 *final* od 9. srpnja 2014. u vezi s postupkom u skladu s člancima 101. i 102. UFEU-a (predmet AT.39612 – Perindopril (Servier)) u dijelu u kojem se tom odlukom 6. svibnja 2009. utvrđuje kao datum završetka povrede iz njezina članka 5. točke (b) za Irsku, Belgiju, Mađarsku i Češku Republiku i utvrđuje novčana kazna koja je u njezinu članku 7. stavku 5. točki (b) slijedom toga izrečena društvima Servier SAS i Laboratoires Servier SAS.
2. Točka 6. izreke presude od 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, EU:T:2018:922), ukida se u dijelu u kojem se odnosi na troškove nastale društvima Servier SAS, Servier Laboratories Ltd, Les Laboratoires Servier SAS i Europskoj komisiji u prvostupanjskom postupku u pogledu ondje iznesenih tužbenih razloga na koje se odnosi ovaj žalbeni postupak.
3. Članak 5. točka (b) i članak 7. stavak 5. točka (b) Odluke C(2014) 4955 *final* poništavaju se u dijelu u kojem se njima 6. svibnja 2009. utvrđuje kao datum završetka povrede iz navedenog članka 5. točke (b) za Irsku, Belgiju, Mađarsku i Češku Republiku i utvrđuje novčana kazna koja je u navedenom članku 7. stavku 5. točki (b) slijedom toga izrečena društvima Servier SAS i Laboratoires Servier SAS.
4. Novčana kazna koju je Komisija na temelju članka 7. stavka 5. točke (b) Odluke C(2014) 4955 *final* izrekla društvima Servier SAS i Laboratoires Servier SAS poništava se u dijelu u kojem je izrečena zbog počinjenja povrede iz članka 5. točke (b) navedene odluke u Irskoj, Belgiji, Mađarskoj i Češkoj Republici.
5. Žalba se u preostalom dijelu odbija.
6. Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS solidarno će snositi vlastite troškove i četiri petine Komisijinih troškova povezanih s prvostupanjskim postupkom u dijelu u kojem se ti troškovi odnose na tužbene razloge iz prvostupanjskog postupka o kojima je riječ u ovom žalbenom postupku.
7. Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS solidarno će snositi vlastite troškove i četiri petine Komisijinih troškova povezanih sa žalbenim postupkom.
8. Komisija će snositi jednu petinu vlastitih troškova povezanih s prvostupanjskim postupkom u dijelu u kojem se ti troškovi odnose na tužbene razloge iz prvostupanjskog postupka o kojima je riječ u ovom žalbenom postupku.
9. Komisija će snositi jednu petinu vlastitih troškova povezanih sa žalbenim postupkom.
10. European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations te Ujedinjena Kraljevina Velike Britanije i Sjeverne Irske snose svaki vlastite troškove povezane sa žalbenim postupkom.