



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

25. marts 2021*

[Tekst berigtiget ved kendelse af 3. september 2021]

»Appel – konkurrence – karteller – farmaceutiske præparater – markedet for antidepressive lægemidler (citalopram) – forligsaftaler i tvister om procespatenter indgået mellem en producent af et originalt lægemiddel, som er indehaver af disse patenter, og producenter af generiske lægemidler – artikel 101 TEUF – potentiel konkurrence – konkurrencebegrænsende formål – kvalificering – bødeberegning – ret til forsvar – rimelig frist – dokumenter, som i tidens løb er gået tabt – generel pligt til at udvise forsigtighed – forordning (EF) nr. 1/2003 – artikel 23, stk. 2, andet afsnit – bødeloft – hensyntagen til regnskabsåret forud for vedtagelsen af Europa-Kommissionens afgørelse – seneste afsluttede regnskabsår med normal økonomisk aktivitet«

I sag C-611/16 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 25. november 2016,

Xellia Pharmaceuticals ApS, København (Danmark),

Alpharma LLC, tidligere Zoetis Products LLC, Parsippany, New Jersey (De Forenede Stater),

ved solicitor D.W. Hull,

appellanter,

de øvrige parter i appelsagen:

[Som berigtiget ved kendelse af 3. september 2021] **Europa-Kommissionen** ved F. Castilla Contreras, T. Vecchi, B. Mongin og C. Vollrath, som befuldmægtigede, bistået af barrister B. Rayment,

sagsøgt i første instans,

støttet af:

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland først ved D. Guðmundsdóttir, Z. Lavery og D. Robertson, som befuldmægtigede, bistået af J. Holmes QC, herefter ved D. Guðmundsdóttir, som befuldmægtiget, bistået af J. Holmes, QC,

* Processprog: engelsk.

intervenient i appelsagen,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne D. Šváby (refererende dommer), S. Rodin, K. Jürimäe og P.G. Xuereb,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: kontorchef M. Aleksejev og fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. januar 2019,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 Xellia Pharmaceuticals ApS og Alpharma LLC har med deres appel nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 8. september 2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen (T-471/13, ikke trykt i Sml., herefter »den appellerede dom«, EU:T:2016:460), hvormed Retten frifandt Kommissionen i det søgsmål, som disse selskaber havde anlagt med påstand om dels delvis annulation af Europa-Kommissionens afgørelse C(2013) 3803 final af 19. juni 2013 om en procedure i henhold til artikel 101 [TEUF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag AT/39226 – Lundbeck) (herefter »den omtvistede afgørelse«), dels om nedsættelse af den bøde, som de var blevet pålagt ved denne afgørelse.

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 1/2003

- 2 Under overskriften »Undersøgelse af erhvervssektorer eller af bestemte typer aftaler« bestemmer artikel 17, stk. 1, første afsnit, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1) følgende:

»Hvis udviklingen i handelen mellem medlemsstater, manglende priselasticitet eller andre forhold giver grund til at antage, at konkurrencen kan være begrænset eller fordrejet inden for [det indre marked], kan Kommissionen foretage en undersøgelse af en bestemt erhvervssektor eller af bestemte typer aftaler i forskellige sektorer. I løbet af denne undersøgelse kan Kommissionen afkræve de pågældende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger de oplysninger og foretage de kontrolundersøgelser, der er nødvendige for anvendelsen af [artikel 101 TEUF og 102 TEUF].«

3 Forordningens artikel 21, stk. 3, bestemmer:

»En beslutning vedtaget i henhold til stk. 1 kan ikke gennemføres uden forudgående tilladelse fra en national domstol i den pågældende medlemsstat. Den nationale domstol kontrollerer ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssig, navnlig i forhold til den formodede overtrædelses grovhed og betydningen af det ønskede bevismateriale, den pågældende virksomheds deltagelse samt den rimelige sandsynlighed for, at forretningspapirer, der står i forbindelse med genstanden for undersøgelsen, opbevares i de lokaler, som den ønskede tilladelse til at foretage en kontrolundersøgelse vedrører. Den nationale domstol kan anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, den behøver kendskab til for at kunne foretage en prøvelse af forholdsmæssigheden af de påtænkte tvangsindgreb.

Den nationale domstol kan dog hverken sætte spørgsmålstejn ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt oplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt [EU]-Domstolen at kontrollere lovligheden af Kommissionens beslutning.«

4 Den nævnte forordnings artikel 23, stk. 2, bestemmer:

»Kommissionen kan ved beslutning pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt:

a) overtræder [artikel 101 TEUF] eller [102 TEUF]

[...]

Bøden kan for hver af de virksomheder, som har deltaget i overtrædelsen, ikke overstige 10% af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår.

[...]«

2006-retningslinjerne for bøderegning

5 Punkt 19-22 og 37 i retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006, C 210, s. 2, herefter »2006-retningslinjerne for bødeberegning«) har følgende ordlyd:

»19. Bødens grundbeløb fastsættes på basis af en bestemt del af afsætningens værdi, som afhænger af overtrædelsens grovhed og multipliceres med det antal år, overtrædelsen har varet.

20. Overtrædelsens grovhed vurderes fra sag til sag for alle typer overtrædelser, idet der tages hensyn til alle relevante forhold i den enkelte sag.

21. Normalt vil den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning, blive fastsat til et niveau, der kan udgøre op til 30%.

22. For at afgøre, om den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning i en given sag, skal ligge i den nedre eller øvre del af denne skala, vil Kommissionen tage hensyn til en række faktorer, såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej.

[...]

37. Selv om der i disse retningslinjer redegøres for den generelle metode til fastsættelse af bøder, kan det være berettiget, at Kommissionen fraviger denne metode eller de grænser, der er fastsat i punkt 21, hvis der gør sig særlige forhold gældende i en given sag, eller det er nødvendigt at sikre et afskrækkende niveau i et bestemt tilfælde.«

Beslutningen af 15. januar 2008 om iværksættelse af en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren

6 Tredje til femte samt ottende betragtning til Kommissionens beslutning af 15. januar 2008 om iværksættelse af en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren i henhold til artikel 17 i forordning (EF) nr. 1/2003 (sag COMP/D 2/39 514) (herefter »beslutningen af 15. januar 2008 om iværksættelse af en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren«) har følgende ordlyd:

- »(3) Visse omstændigheder vedrørende den konkurrence, som generelt udøves af innovative og generiske lægemidler, giver indtryk af, at konkurrencen i lægemiddelsektoren i Europa kan være begrænset eller fordrejet, som eksempelvis et fald i innovationen i betragtning af antallet af nye lægemidler, der får adgang til markedet samt tilfælde med forsinket indtræden på markedet af leverandører af generiske lægemidler.
- (4) Disse forhold antyder eksistensen af handelspraksis fra leverandørerne af lægemidler, herunder navnlig opnåelsen af patenter eller udøvelse heraf, som eventuelt ikke tjener til at beskytte innovationen, men til at hindre konkurrence fra innovative og/eller generiske lægemidler, tvister, som kan have karakter af misbrug, samt aftaler af hemmelig art.
- (5) Denne praksis kan give anledning til konkurrencefordrejninger, når disse uberettiget beskytter leverandører af eksisterende lægemidler mod konkurrence fra innovative eller generiske lægemidler, [f.eks.] fordi den beskyttelse, der er indrømmet ved et patent, de facto udvides ved en ensidig adfærd eller aftaler. En sådan praksis kan begrænse forbrugernes valg, mindske de økonomiske incitamenter til at investere i forskning og udvikling af nye produkter og skade den offentlige og private sektors sundhedsbudgetter.

[...]

(8) For så vidt som undersøgelsen af lægemiddelsektoren måtte afsløre eventuelle konkurrencebegrænsende aftaler eller praksis eller misbrug af dominerende stilling, kan Kommissionen eller eventuelt de nationale konkurrencemyndigheder påtænke at træffe passende foranstaltninger til at genoprette konkurrencen i sektoren, bl.a. ved at indlede undersøgelser i forhold til individuelle enheder, som kan føre til afgørelser i henhold til artikel [101 TEUF] og/eller artikel [102 TEUF].«

Sagens baggrund

- 7 Nærværende appel er en del af seks forbundne appelsager iværksat til prøvelse af Rettens domme i seks annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af den omtvistede afgørelse, som ud over nærværende sag vedrører appellen iværksat i sag C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen) af dom af 8. september 2016, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen (T-460/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:453), appellen i sag C-588/16 P (Generics (UK) mod Kommissionen) af dom af 8. september 2016, Generics (UK) mod Kommissionen (T-469/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:454), appellen i sag C-591/16 P (Lundbeck mod Kommissionen) af dom af 8. september 2016, Lundbeck mod Kommissionen (T-472/13, EU:T:2016:449), appellen i sag C-601/16 P (Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen) af dom af 8. september 2016, Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen (T-467/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:450), og appellen i sag C-614/16 P (Merck mod Kommissionen) af dom af 8. september 2016, Merck mod Kommissionen (T-470/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:452).
- 8 Tvistens baggrund er gengivet på følgende måde i den appellerede doms præmis 1-38:

»Selskaber berørt af nærværende sag

- 1 H. Lundbeck A/S (herefter »Lundbeck«) er et selskab efter dansk ret, som kontrollerer en koncern af selskaber, der er specialiseret i forskning i samt udvikling, fremstilling, markedsføring, salg og distribution af farmaceutiske præparater til behandling af sygdomstilstande, der påvirker det centrale nervesystem, herunder depression.
- 2 Lundbeck er en originalproducent, dvs. en virksomhed, der koncentrerer sin aktivitet om forskning i nye lægemidler og markedsføring af disse.
- 3 Alparma Inc. var et selskab efter amerikansk ret, der var aktivt på verdensplan inden for lægemiddelsektoren, navnlig hvad angik generiske lægemidler. Det var indtil december 2008 kontrolleret af selskabet efter norsk ret, A.L. Industrier AS. Det blev senere opkøbt af en lægemiddelvirksomhed fra Det Forenede Kongerige, der for sin del blev opkøbt af en lægemiddelvirksomhed fra De Forenede Stater. I forbindelse med disse omstruktureringer blev Alparma Inc. først, i april 2010, til Alparma, LLC, og dernæst, den 15. april 2013, til Zoetis Products LLC (herefter »Zoetis«), og endelig, den 6. juli 2015, atter til Alparma LLC.
- 4 Alparma Inc. ejede hele kapitalen i Alparma ApS, der var et selskab efter dansk ret, som havde flere datterselskaber i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) (herefter samlet »Alparma-koncernen«). Efter flere selskabsomstruktureringer blev Alparma ApS den 31. marts 2008 til Axellia Pharmaceuticals ApS, der i 2010 ændrede navn til Xellia Pharmaceuticals ApS [...]

Det omhandlede produkt og patenter vedrørende dette

- 5 Det produkt, som den foreliggende sag vedrører, er det antidepressive lægemiddel indeholdende den aktive lægemiddelbestanddel, der er navngivet citalopram.

- 6 I 1977 indgav Lundbeck i Danmark en ansøgning om patent på den aktive lægemiddelbestanddel citalopram såvel som på de to processer alkylering og cyanering, der anvendes til at fremstille den nævnte aktive lægemiddelbestanddel. Mellem 1977 og 1985 blev der i Danmark og flere lande i Vesteuropa udstedt patenter dækkende denne aktive lægemiddelbestanddel og disse to processer [...].
- 7 Hvad angår EØS udløb den beskyttelse, der fulgte af [disse patenter] og, i givet fald, af de supplerende beskyttelsescertifikater, jf. Rådets forordning (EØF) nr. 1768/92 af 18. juni 1992 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler (EFT [1992,] L 182, s. 1), mellem 1994 (for Tyskland) og 2003 (for Østrig). Hvad særligt angår Det Forenede Kongerige udløb patenterne i januar 2002.
- 8 Lundbeck har i tidens løb udviklet andre og mere effektive processer til at fremstille citalopram, i forhold til hvilke selskabet har ansøgt om og ofte opnået patenter i flere EØS-lande såvel som hos Verdensorganisationen for Intellectuel Ejendomsret (WIPO) og Den Europæiske Patentmyndighed (EPO).
- 9 For det første indgav Lundbeck den 13. marts 2000 en patentansøgning til de danske myndigheder vedrørende en proces til fremstilling af citalopram, der omhandlede en metode til rensning af de anvendte salte gennem en krystallisering. Tilsvarende ansøgninger blev indgivet i andre EØS-lande såvel som til WIPO og EPO. Lundbeck opnåede i løbet af første halvdel af 2002 i flere medlemsstater patenter, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen (herefter »patentet på krystallisering«), bl.a. den 30. januar 2002 i forhold til Det Forenede Kongerige og den 11. februar 2002 i forhold til Danmark. EPO udstedte den 4. september 2002 et patent på krystalliseringen. I øvrigt havde Lundbeck allerede den 6. november 2000 i Nederlandene opnået en brugsmode vedrørende denne proces, dvs. et i seks år gyldigt patent udstedt uden forudgående undersøgelse.
- 10 For det andet indgav Lundbeck den 12. marts 2001 en patentansøgning til myndighederne i Det Forenede Kongerige [Storbritannien og Nordirland] vedrørende en proces til fremstilling af citalopram, der omhandlede en metode til rensning af de anvendte salte gennem en filmdestillation. Myndighederne i Det Forenede Kongerige udstedte den 3. oktober 2001 et patent til Lundbeck vedrørende den nævnte filmdestillationsmetode (herefter »patentet på filmdestillation«). Dette patent blev imidlertid den 23. juni 2004 tilbagekaldt på grund af manglende nyhed i forhold til et andet patent tilhørende Lundbeck.
- 11 Endelig påtænkte Lundbeck i midten af 2002 eller begyndelsen af 2003 at lancere et nyt antidepressivt lægemiddel, Cipralex, baseret på den aktive lægemiddelbestanddel, der er navngivet escitalopram (eller S-citalopram). Dette nye lægemiddel havde som målgruppe de samme patienter som dem, der kunne behandles med Lundbecks patenterede lægemiddel Cipramil, som var baseret på den aktive lægemiddelbestanddel citalopram. Den aktive lægemiddelbestanddel escitalopram var beskyttet af patenter, der som minimum var gyldige frem til 2012.

Aftalen mellem Lundbeck og Alpharma-koncernen og andre forhold i denne sammenhæng

- 12 Lundbeck indgik i løbet af 2002 seks aftaler vedrørende citalopram (herefter »de omhandlede aftaler«) med virksomheder, der var aktive inden for fremstilling eller salg af generiske lægemidler (herefter »[producenterne af generiske lægemidler]«), herunder Alpharma-koncernen.

- 13 Den 22. februar 2002 indgik Lundbeck og Alpharma ApS den aftale, der er relevant i den foreliggende sag (herefter »den omtvistede aftale«), for perioden indtil den 30. juni 2003 (herefter »den relevante periode«).
- 14 Inden indgåelsen af denne aftale havde Alpharma-koncernen i januar 2002 af selskabet Alfred E. Tiefenbacher GmbH & Co. (herefter »Tiefenbacher«) købt en beholdning af generiske citalopramtabletter, der var fremstillet af det indiske selskab Cipla ud fra den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, og Alpharma-koncernen havde bestilt flere af disse.
- 15 Med hensyn til præamblen til den omtvistede aftale (herefter »præamblen«) skal navnlig følgende bemærkes:
- Det anføres i første betragtning, at »Lundbeck er indehaver af intellektuelle ejendomsrettigheder, som særligt indbefatter patenter vedrørende fremstilling [...] af den aktive lægemiddelbestanddel »Citalopram« [(skrevet med et stort »C« i hele aftalens tekst)], der indbefatter de patenter, der er gentaget i bilag A« til denne aftale [...]
 - Det angives i anden betragtning, at Lundbeck fremstiller og sælger farmaceutiske præparater indeholdende »Citalopram« i alle medlemsstaterne såvel som i Norge og Schweiz, idet disse lande under ét defineres som »Området«.
 - I tredje og fjerde betragtning omtales det forhold, at Alpharma-koncernen har fremstillet eller købt farmaceutiske præparater indeholdende »Citalopram« på »Området«, og det uden Lundbecks samtykke.
 - I femte og sjette betragtning henvises til det forhold, at Alpharma-koncernens produkter af Lundbeck er blevet underkastet laboratorietest, hvis resultater har givet denne sidstnævnte vægtige grunde til at antage, at de produktionsmetoder, der blev anvendt til at fremstille disse produkter, krænkede selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder.
 - Det anføres i syvende betragtning, at Lundbeck den 31. januar 2002 anlagde et søgsmål ved en retsinstans i Det Forenede Kongerige (herefter »RU-patentkrænkelssøgsmålet«) med henblik på at opnå et påbud »i forbindelse med Alpharma-koncernens salg af produkter indeholdende Citalopram for krænkelse af Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder«.
 - Det angives i ottende betragtning, at Alpharma-koncernen anerkender, at Lundbecks bemærkninger er korrekte, og forpligter sig til ikke at bringe »sådanne produkter« i omsætning på markedet.
 - Det præciseres i niende og tiende betragtning, at Lundbeck:
 - »aftaler at betale Alpharma[-koncernen] en kompensation for at kunne undgå en tvist om patenter«, hvis udfald ikke ville kunne forudses med absolut sikkerhed, og som ville blive dyr og tidskrævende
 - »for at løse tvisten aftaler at opkøbe hele Alpharma[-koncernens] beholdning af produkter indeholdende Citalopram og at betale [denne koncern] en kompensation for [dens] produkter«.

16 Hvad angår den omtvistede aftales hovedindhold skal navnlig følgende bemærkes:

- Det bestemmes i [den omtvistede aftales] punkt 1.1, at Alpharma-koncernen og [dens] »datterselskaber« annullerer, standser og afholder sig fra enhver import, [...] fremstilling [...] eller ethvert salg af farmaceutiske præparater indeholdende Citalopram på Området [...] i den [relevante periode]«, og at Lundbeck frafalder RU-patentkrænkelssøgsmålet.
- Det præciseres i dette samme punkt, at punktet ikke finder anvendelse på »alle produkter indeholdende escitalopram«.
- Det fastsættes i punkt 1.2, at »[i] tilfælde af enhver krænkelse af den i [den omtvistede aftales punkt 1.1] fastslåede forpligtelse eller på begæring af Lundbeck underkaster Alpharma[-koncernen] [...] sig frivilligt et foreløbigt påbud fra en hvilken som helst kompetent retsinstans i et hvilket som helst land på Området«, og at Lundbeck vil kunne opnå et sådant påbud uden at stille sikkerhed.
- Det præciseres i punkt 1.3, at Lundbeck – som kompensation for de i denne aftale fastsatte forpligtelser og for at undgå sagsomkostningerne og sagsbehandlingstiden ved en tvist – betaler Alpharma-koncernen et beløb på 12 mio. USD, heraf 11 mio. USD for Alpharma[-koncernens] produkter indeholdende »Citalopram«, i tre trancher på 4 mio. USD hver, som udbetales henholdsvis den 31. marts 2002, den 31. december 2002 og den 30. juni 2003.
- Det fastsættes i punkt 2.2, at Alpharma-koncernen senest den 31. marts 2002 til Lundbeck udleverer hele den beholdning af produkter indeholdende »Citalopram«, som koncernen på denne dato råder over, dvs. de 9,4 mio. tabletter, som allerede var i dens besiddelse ved indgåelsen af den omtvistede aftale, og de 16 mio. tabletter, som den havde bestilt.

17 Bilag A [til den omtvistede aftale] indeholder en liste over 28 ansøgninger om intellektuelle ejendomsrettigheder, som Lundbeck indgav før underskrivelsen af [denne aftale], hvoraf ni allerede var blevet imødekommet på den nævnte dato. Disse intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørte de processer til fremstilling af den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, der var omfattet af [patentet] på krystallisering og [patentet] på filmdestillation.

18 Det skal i øvrigt præciseres, at en retsinstans i Det Forenede Kongerige den 2. maj 2002 afsagde en forligskendelse, hvorefter proceduren i RU-patentkrænkelssøgsmålet [ville blive] stillet i bero på grund af indgåelsen af en aftale mellem Lundbeck og bl.a. Alpharma[-koncernen], ifølge hvilken sidstnævnte selskab »annullere[de], standse[de] og afhold[t] sig fra enhver import, [...] fremstilling [...] eller ethvert salg i [medlemsstaterne], i Norge og i Schweiz (»de Relevante Områder«) af farmaceutiske præparater indeholdende Citalopram, som er fremstillet ved anvendelse af de processer, der gøres krav på i [de[t] af myndighederne i Det Forenede Kongerige meddelte [patent] på krystallisering og [patent] på filmdestillation] eller i ethvert andet tilsvarende patent, som indtil den 30. juni 2003 opnås eller gøres til genstand for en ansøgning i de Relevante Områder« [...]

Kommissionens skridt inden for lægemiddelsektoren og den administrative procedure

19 Kommissionen blev i oktober 2003 underrettet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om forekomsten af de omhandlede aftaler.

- 20 Eftersom størstedelen af disse aftaler vedrørte hele EØS, eller under alle omstændigheder andre medlemsstater end Kongeriget Danmark, blev det aftalt, at Kommissionen ville undersøge deres forenelighed med konkurrenceretten, hvorimod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke ville forfølge undersøgelsen af dette spørgsmål.
- 21 Kommissionen gennemførte mellem 2003 og 2006 kontrolundersøgelser som omhandlet i artikel 20, stk. 4, i [forordning nr. 1/2003] hos Lundbeck og andre selskaber, der var aktive inden for lægemiddelsektoren. Den tilsendte ligeledes Lundbeck og et andet selskab anmodninger om oplysninger som omhandlet i den nævnte forordnings artikel 18, stk. 2.
- 22 Kommissionen vedtog den 15. januar 2008 beslutningen om iværksættelse af en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren i henhold til artikel 17 i forordning nr. 1/2003 (sag COMP/D 2/39514). Det præciseredes i den eneste artikel i denne beslutning, at den undersøgelse, der skulle gennemføres, skulle vedrøre markedsføringen af innovative og generiske lægemidler til anvendelse på mennesker.
- 23 Kommissionen vedtog den 8. juli 2009 en meddelelse, der indeholdt et sammendrag af dennes undersøgelsesrapport om lægemiddelsektoren. Denne meddelelse indeholdt, i et »teknisk bilag«, den fulde udgave af den nævnte undersøgelsesrapport i form af et arbejdsdokument fra Kommissionen, som udelukkende foreligger på engelsk.
- 24 Kommissionen indledte den 7. januar 2010 en formel procedure over for Lundbeck.
- 25 I løbet af 2010 og første halvår af 2011 sendte Kommissionen anmodninger om oplysninger til Lundbeck og navnlig til de andre selskaber, der var parter i de omhandlede aftaler, herunder Alpha-koncernen.
- 26 Kommissionen indledte den 24. juli 2012 en procedure over for bl.a. [de producenter af generiske lægemidler], der var parter i de omhandlede aftaler, og tilsendte disse såvel som Lundbeck en klagepunktsmeddelelse.

[...]

- 30 Den 19. juni 2013 vedtog Kommissionen [den omtvistede afgørelse].

Den [omtvistede] afgørelse

- 31 Kommissionen fandt ved den [omtvistede] afgørelse, at den omtvistede aftale, i øvrigt ligesom de andre omhandlede aftaler, havde [konkurrencebegrænsende formål] som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF og i [artikel 53, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994, L 1, s. 3)], som Lundbeck samt Alpha ApS, Alpha Inc. og A.L. Industrier var ansvarlige for (den [omtvistede] afgørelses artikel 1, stk. 3).
- 32 Som det fremgår af det resumé, der er indeholdt i 1087. betragtning til den [omtvistede] afgørelse, støttede Kommissionen sig i denne forbindelse navnlig på de følgende forhold:
- På tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale var Lundbeck og Alpha-koncernen i det mindste potentielle konkurrenter i flere EØS-lande.

- Lundbeck foretog i henhold til disse aftaler en betydelig værdioverførsel til fordel for Alpharma-koncernen.
 - Denne værdioverførsel var knyttet til Alpharma-koncernens accept af de begrænsninger i dens adgang til markedet, som var indeholdt i den nævnte aftale, og særligt til Alpharma-koncernens tilsagn om ikke at sælge noget generisk citalopram i EØS i den relevante periode.
 - Denne værdioverførsel svarede i det væsentlige til de fortjenester, som Alpharma-koncernen kunne have opnået, såfremt denne med succes var trådt ind på markedet.
 - Lundbeck kunne ikke have opnået sådanne begrænsninger gennem anvendelsen af [patentet] på krystallisering og [patentet] på filmdestillation [herefter »Lundbecks nye [procespatenter]«), eftersom de forpligtelser, der påhvilede Alpharma-koncernen i henhold til den omtvistede aftale, gik videre end de rettigheder, der er tillagt en indehaver af procespatenter.
 - Den omtvistede aftale fastsatte ikke nogen forpligtelse for Lundbeck til at undlade at anlægge patentkrænkelssøgsmål mod Alpharma-koncernen i tilfælde af, at sidstnævnte efter den omtvistede aftales udløb trådte ind på markedet med generisk citalopram.
- 33 Kommissionen pålagde ligeledes alle parterne i de omhandlede aftaler bøder. I dette øjemed anvendte den [2006-retningslinjerne for bødeberegning]. I forhold til Lundbeck fulgte Kommissionen den generelle metode, der er beskrevet i [disse retningslinjer], og som er støttet på værdien af den afsætning af det omhandlede produkt, som denne virksomhed har opnået (1316.-1358. betragtning til den [omtvistede] afgørelse), hvorimod Kommissionen hvad angik de øvrige parter i de omhandlede aftaler, dvs. [producenterne af generiske lægemidler], benyttede den i [disse retningslinjers] punkt 37 fastsatte mulighed for at fravige denne metode på baggrund af de særlige forhold i sagen i relation til disse parter (1359. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).
- 34 Hvad angik de andre parter i de omhandlede aftaler end Lundbeck, herunder Alpharma-koncernen, fandt Kommissionen således, at der – med henblik på at fastsætte bødens grundbeløb og sikre denne en tilstrækkeligt afskrækkende virkning – skulle tages hensyn til værdien af de beløb, som Lundbeck i henhold til de omhandlede aftaler havde overført til disse parter, og det uden at anlægge nogen sondring mellem overtrædelserne efter disses art eller geografiske rækkevidde eller ud fra de pågældende virksomheders markedsandele, hvilke faktorer alene blev berørt for fuldstændighedens skyld (1361. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).
- 35 Hvad angår Alpharma-koncernen fandt Kommissionen, at de beløb, som Lundbeck havde betalt denne, udgjorde 11,1 mio. USD, svarende til 11,7 mio. EUR ifølge den gennemsnitlige vekselkurs i 2002. Dette beløb bestod dels af 10,1 mio. USD for opkøbet af Alpharma-koncernens beholdning af citalopram, under hensyn til den nedsættelse på 900 000 USD af Lundbecks første tranche, der blev betalt den 31. december 2002 (jf. [den appellerede doms] præmis 16, fjerde led), fordi antallet af modtagne tabletter var lavere end aftalt, og dels af 1 mio. USD som følge af de omkostninger til tvister, som var undgået ved indgåelsen af den omtvistede aftale (545., 547., 1071. og 1374. betragtning til og fodnote 1867 i den [omtvistede] afgørelse).

- 36 Henset til undersøgelsens samlede varighed indrømmede Kommissionen dog alle adressaterne for den [omtvistede] afgørelse en nedsættelse på 10% af størrelsen af de pålagte bøder (1349. og 1380. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).
- 37 Endelig anvendte Kommissionen artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003, hvorefter bøden for hver virksomhed, der deltager i en overtrædelse, ikke kan overstige 10% af summen af dens samlede omsætning i det foregående regnskabsår, separat på [Xellia Pharmaceuticals], Zoetis og A.L. Industrier, for så vidt som disse selskaber ved vedtagelsen af den [omtvistede] afgørelse ikke længere var en del af samme virksomhed (1384. betragtning til den [omtvistede] afgørelse). Hvad angår A.L. Industrier tog Kommissionen hensyn til omsætningen i 2011, og ikke i 2012, idet den fandt, at oplysningerne for 2012 ikke vedrørte et år med normal økonomisk aktivitet (1386. og 1387. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).
- 38 Ud fra disse betragtninger pålagde Kommissionen en bøde på 10 530 000 EUR til solidarisk hæftelse for [Xellia Pharmaceuticals] og Zoetis, mens det solidariske ansvar for A.L. Industrier blev begrænset til 43 216 EUR (1396. betragtning til og artikel 2, stk. 3, i den [omtvistede] afgørelse).«

Sagsbehandlingen for Retten og den appellerede dom

- 9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. august 2013 anlagde Xellia Pharmaceuticals (herefter »Xellia«) og Zoetis, nu Alpharma LCC, sag med påstand om delvis annullation af den omtvistede afgørelse og om nedsættelse af den bøde, som Kommissionen havde pålagt dem.
- 10 Til støtte for søgsmålet fremsatte Xellia og Zoetis otte anbringender, hvoraf det første i det væsentlige vedrørte et åbenbart urigtigt skøn hvad angår Kommissionens fortolkning af den omtvistede aftales rækkevidde, det andet vedrørte retlige fejl og urigtige skøn hvad angår kvalificeringen af Alpharma-koncernen som Lundbecks potentielle konkurrent, det tredje vedrørte et åbenbart urigtigt skøn hvad angår kvalificeringen af den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«, det fjerde vedrørte en retlig fejl ved konstateringen af en sådan begrænsning, selv om denne aftales rækkevidde afspejler den beføjelse til udelukkelse, der er en del af Lundbecks nye procespatenter, det femte anbringende vedrørte en tilsidesættelse af retten til forsvar, det sjette vedrørte en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, fordi Zoetis er adressat for den omtvistede afgørelse, det syvende vedrørte fejl, der påvirker beregningen af størrelsen af de bøder, som de blev pålagt, og det ottende vedrører et åbenbart urigtigt skøn hvad angår loftet for størrelsen af den bøde, for hvilken A.L. Industrier er medskyldner.
- 11 Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen i det hele.

Retsforhandlingerne ved Domstolen

- 12 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 25. november 2016 har Xellia og Alpharma LLC (herefter »appellanterne«) iværksat denne appel.
- 13 Ved processkrifter indleveret til Domstolens Justitskontor den 28. juli 2017 har Det Forenede Kongerige fremsat begæring om at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande i nærværende sag og i sag C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod

Kommissionen), sag C-588/16 P (Generics (UK) mod Kommissionen), sag C-601/16 P (Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen) og sag C-614/16 P (Merck mod Kommissionen), nævnt i nærværende doms præmis 7. Ved kendelse af 25. oktober 2017, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen (C-586/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:831), af 25. oktober 2017, Generics (UK) mod Kommissionen (C-588/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:829), af 25. oktober 2017, Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen (C-601/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:826), af 25. oktober 2017, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen (C-611/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:825), og af 25. oktober 2017, Merck mod Kommissionen (C-614/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:828), har Domstolens præsident imødekommet disse begæringer. Henset til bl.a. Domstolens præsidents kendelse af 5. juli 2017, Lundbeck mod Kommissionen (C-591/16 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:532), har Domstolen imidlertid besluttet, at navnlig den fortrolige udgave af den omtvistede afgørelse skal behandles fortroligt i forhold til denne medlemsstat i samtlige disse sager, hvorfor Det Forenede Kongerige alene har alene fået meddelt en ikke-fortrolig udgave af denne afgørelse.

- 14 Den 27. november 2018 har Domstolen besluttet at henvise denne sag til Fjerde Afdeling med henblik på, at denne træffer afgørelse efter afholdelsen af et fælles retsmøde i nærværende sag og sag C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen), sag C-588/16 P (Generics (UK) mod Kommissionen), sag C-591/16 P (Lundbeck mod Kommissionen), sag C-601/16 P (Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen) og sag C-614/16 P (Merck mod Kommissionen) samt med støtte i forslaget til afgørelse.
- 15 I henhold til artikel 61, stk. 2, i Domstolens procesreglement har Domstolen den 29. november 2018 tilsendt parterne i nærværende sag en række skriftlige spørgsmål med henblik på mundtlig besvarelse i retsmødet samt en midlertidig plan for retsmødet med en præcis angivelse af dets afvikling. Efter at parterne har indgivet deres bemærkninger, har de den 22. januar 2019 fået tilsendt en endelig plan for retsmødet.
- 16 Det fælles retsmøde i nærværende sag og de sager, der er nævnt i nærværende doms præmis 14, blev afholdt den 24. januar 2019.
- 17 Den 6. februar 2020 har generaladvokaten i henhold til procesreglementets artikel 62 tilsendt parterne i nærværende sag et spørgsmål til skriftlig besvarelse, hvorved hun opfordrede parterne til at tage stilling til den eventuelle betydning af dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52), for de anbringender, der er fremsat i nærværende sag om, at der bestod en potentiel konkurrence mellem Lundbeck og producenterne af generiske lægemidler, og om spørgsmålet om, hvorvidt de aftaler, der er blevet indgået mellem Lundbeck og sidstnævnte, skal kvalificeres som overtrædelser med »konkurrencebegrænsende formål«. Svarene på dette spørgsmål blev indgivet til Domstolen den 6. marts 2020.
- 18 Ved afgørelse truffet den 10. marts 2020 har Domstolen efter afsigelsen af dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52), besluttet at træffe afgørelse i nærværende sag uden forslag til afgørelse.

Parternes påstande for Domstolen

- 19 Appellanterne har med deres appelskrift nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves helt eller delvist.
 - Den omtvistede afgørelse annulleres helt eller delvist.
 - Den bøde, appellanterne er blevet pålagt, annulleres eller nedsættes væsentligt.
 - Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse i overensstemmelse med Domstolens dom.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne ved Retten og Domstolen.
- 20 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes som åbenbart ugrundet.
 - Appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 21 Det Forenede Kongerige har nedlagt påstand om, at Domstolen forkaster appellen i det hele.

Appellen

- 22 Til støtte for deres påstande har appellanterne fremsat ni anbringender.
- 23 Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af formodningen om, at Lundbecks nye procespatenter er gyldige, i forbindelse med analysen af, om der forelå en potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Alpharma-koncernen, og det andet anbringende vedrører en omvendt bevisbyrde, samt at Retten som led i denne analyse tog hensyn til oplysninger, der ikke fremgår af den omtvistede afgørelse.
- 24 Det tredje og det fjerde anbringende vedrører henholdsvis en urigtig kvalificering af, at den omtvistede aftale havde »konkurrencebegrænsende formål«, og at det ikke blev undersøgt, om Kommissionen havde ført bevis for sine konstateringer af rækkevidden af de begrænsninger, som fastsattes i den omtvistede aftale, i forhold til Alpharma-koncernen.
- 25 Det femte til det niende anbringende vedrører henholdsvis for det første en retlig fejl hvad angår vurderingen af varigheden af Kommissionens undersøgelse og af et indgreb i appellanternes ret til forsvar, for det andet at Alpharma LLC er blevet forskelsbehandlet, for det tredje usikkerheden om den retlige sammenhæng, som burde have ført til, at det var udelukket at pålægge Alpharma-koncernen en bøde, for det fjerde at der ikke blev taget hensyn til overtrædelsens grovhed med henblik på fastsættelse af størrelsen af den bøde, som Alpharma-koncernen blev pålagt ved den omtvistede afgørelse, og for det femte en retlig fejl, for så vidt som Retten anvendte et urigtigt retligt kriterium til at fastlægge det regnskabsår, der var relevant med henblik på beregningen af den maksimale bøde, som A.L. Industrier AS kunne pålægges.

- 26 Indledningsvis undersøges det første og det andet anbringende samlet, herefter undersøges det tredje og det fjerde anbringende ligeledes samlet, og endelig undersøges det femte til det niende anbringende hver for sig.

Om det første og det andet anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

- 27 Med annullationssøgsmålets andet anbringende gjorde appellanterne gældende, at Kommissionen havde begået flere retlige fejl og anlagt urigtige skøn ved kvalificeringen af Alpharma-koncernen som potentiel konkurrent til Lundbeck.
- 28 Dette anbringende forkastede Retten i den appellerede doms præmis 49-156.
- 29 Retten foretog indledningsvis en sammenfatning af den analyse af potentiel konkurrence, som var blevet foretaget i den omtvistede afgørelse, hvorved den bemærkede følgende i den appellerede doms præmis 51-58:
- »51 Kommissionen undersøgte i 615.-620. betragtning til den [omtvistede] afgørelse nærmere de særlige kendetegn ved lægemiddelsektoren og sondrede mellem to faser, i løbet af hvilke den potentielle konkurrence kunne komme til udtryk i denne sektor.
- 52 Den første fase kan begynde flere år før det forestående udløb af patentet på en aktiv lægemiddelbestanddel, når [de producenter af generiske lægemidler], der ønsker at lancere en generisk version af det pågældende lægemiddel, begynder at udvikle holdbare fremstillingsprocesser, der munder ud i et produkt, som opfylder de retlige krav. Det er dernæst i en anden fase nødvendigt, at en [producent af generiske lægemidler] for at forberede sin faktiske indtræden på markedet opnår en markedsføringstilladelse i henhold til [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/83/EF af 6. november 2001 om oprettelse af en fællesskabskodeks for humanmedicinske lægemidler (EFT 2001, L 311, s. 67)], at denne virksomhed skaffer sig tabletterne hos en eller flere [producenter af generiske lægemidler] eller selv fremstiller dem, og at den finder distributører eller etablerer sit eget distributionsnet, dvs. at den gør en række indledende tiltag, uden hvilke der aldrig ville være nogen faktisk konkurrence på markedet.
- [...]
- 54 I forbindelse med disse to faser af den potentielle konkurrence er [producenterne af generiske lægemidler] ofte stillet over for spørgsmål om patentret og intellektuel ejendomsret. De finder dog generelt et middel til at undgå enhver overtrædelse af eksisterende patenter, såsom procespatenter. De råder således i denne henseende over flere valgmuligheder [...]
- [...]
- 58 Hvad navnlig angår undersøgelsen af konkurrenceforholdet mellem Lundbeck og Alpharma-koncernen på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale bemærkede Kommissionen i 1016.-1039. betragtning til den [omtvistede] afgørelse navnlig, at denne koncern:

- tidligere havde indgået en aftale med Tiefenbacher, der gav den mulighed for at købe generisk citalopram fremstillet af de indiske selskaber Cipla eller Matrix og at anvende de markedsføringstilladelser, som Tiefenbacher allerede havde
 - havde opnået markedsføringstilladelser i Nederlandene, Finland, Danmark og Sverige og forventede hurtigt at ville opnå en sådan i Det Forenede Kongerige,
 - havde 9,4 mio. generiske citalopramtabletter på lager, som var fremstillet efter Ciplas proces, og havde bestilt yderligere 16 mio. af disse
 - havde offentliggjort en prisliste i Det Forenede Kongerige.
 - gjorde sig klar til at træde ind på markedet i flere EØS-lande inden for to til seks uger,
 - havde konkluderet, at den proces, som Cipla benyttede til at fremstille citalopram, krænkede [Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige], men fandt, at den havde rimelige chancer for at undgå et påbud, der blokerede dens indtræden på markedet, og for at få nævnte patent kendt ugyldigt
 - havde mulighed for at gå over til citalopram fremstillet af Matrix, som anvendte en proces, der ikke blev anset for at krænke Lundbecks nye [procespatenter].«
- 30 Hvad angår Alpharma-koncernens mulighed for at træde ind på markedet vurderede Retten to mulige veje.
- 31 Vedrørende den første, dvs. at træde ind på markedet med tabletter fremstillet efter den proces, som Cipla benyttede til fremstille citalopram (herefter »Ciplas proces«), som Alpharma-koncernen allerede havde modtaget eller bestilt, henviste Retten i den appellerede doms præmis 85 til indholdet af en e-mail af 19. februar 2002 fra koncernens administrerende direktør (herefter »e-mailen af 19. februar 2002«), der er omtalt i 1027. betragtning til den omtvistede afgørelse, som navnlig henviste til de begæringer om, at Lundbecks nye procespatenter blev kendt ugyldige, som havde rimelige chancer for at blive tiltrådt, og nævnte muligheden for at anvende citalopram fremstillet efter den proces, som Matrix anvendte, som koncernen anså for ikke at være problematisk i forhold til Lundbecks nye procespatenter. I denne doms præmis 88 udledte Retten heraf, at Alpharma-koncernen selv anerkendte, at den havde rimelige chancer for at opnå en annullation af Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige.
- 32 I nævnte doms præmis 91 og 92 bemærkede Retten, at Alpharma-koncernen havde taget mange skridt og tilladt betydelige investeringer for at træde ind på markedet, som den har redegjort for.
- 33 I dommens præmis 108 bemærkede Retten, at det fulgte af en intern e-mail til Alpharma-koncernen af 14. februar 2002 og e-mailen af 19. februar 2002, at koncernen, samtidig med, at den havde kendskab til de risici, som en indtræden på markedet kunne indebære, ikke nødvendigvis ville have opgivet sine planer, såfremt den ikke havde kunnet indgå en tilstrækkeligt fordelagtig aftale med Lundbeck.
- 34 I den appellerede doms præmis 123 tilføjede Retten, at selv om det forhold, at Lundbeck den 30. januar 2002 opnåede det patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige, overraskede Alpharma-koncernen, for så vidt som denne

forventede, at Lundbecks ansøgning ville blive afvist, fandt koncernen fortsat, at den, selv om der forelå visse risici, havde rimelige chancer for at få dette patent annulleret, og at dens indtræden på markedet, navnlig under hensyn til de allerede foretagne skridt og investeringer, således fortsat var en reel og konkret mulighed, som var en anden mulighed end indgåelsen af en tilstrækkeligt fordelagtig aftale med Lundbeck.

- 35 I denne doms præmis 132 fandt Retten, at Alpharma-koncernen også ifølge Lundbeck havde en reel og konkret mulighed for at træde ind på markedet.
- 36 Endelig fastslog den i nævnte doms præmis 136, at den omstændighed, at Ciplas proces sandsynligvis krænkede Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige, ikke udgjorde en hindring for Alpharma-koncernens indtræden ind på markedet af et sådant omfang, at koncernen ikke kunne anses for at være en potentiel konkurrent til Lundbeck.
- 37 Hvad angår den anden vej til at træde ind på markedet med citalopram fremstillet efter den proces, som Matrix anvender, bemærkede Retten i henholdsvis den appellerede doms præmis 139, 143 og 154, at den aftale, som Tiefenbacher og Alpharma-koncernen havde indgået, gav sidstnævnte mulighed for at opnå citalopram fremstillet efter de processer, som Cipla og Matrix anvendte, at Alpharma-koncernen fandt, at den proces, som Matrix på dette tidspunkt anvendte til at fremstille citalopram, kunne give den mulighed for at træde ind på markedet uden at krænke Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige, og at på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale udgjorde selv overgangen til citalopram fremstillet efter Matrix' proces således en reel og konkret mulighed for Alpharma-koncernens indtræden ind på markedet.
- 38 Følgelig fastslog Retten i den appellerede doms præmis 155, at Alpharma-koncernen havde i hvert fald to reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, og at den som følge af disse muligheder udøvede et konkurrencepres på Lundbeck.
- 39 Som svar på appellanternes fjerde anbringende til støtte for annullationssøgsmålet om en retlig fejl hvad angår konstateringen af, at der forelå et »konkurrencebegrænsende formål«, selv om den omtvistede aftales rækkevidde afspejler den udelukkelsesbeføjelse, der indgår i Lundbecks nye procespatenter, fastslog Retten endelig bl.a. følgende i den appellerede doms præmis 339:

»339 [...] [I] betragtning af de principper, der følger af den retspraksis, som er anført i [den appellerede doms] præmis 315 og 316, skal det bemærkes, at den gyldighedsformodning, som alle patenter er begunstiget af, ikke svarer til en formodning om, at alle produkter, der er bragt i omsætning på markedet, og som efter en patentindehavers opfattelse er patentkrænkende, er ulovlige. Som Kommissionen har anført, tilkom det nemlig Lundbeck i det foreliggende tilfælde – i tilfælde af de generiske lægemidlers indtræden på markedet – at godtgøre for de nationale retsinstanser, at disse krænkede det ene eller det andet af dets procespatenter, idet en indtræden med risiko fra [en producent af generiske lægemidler] ikke i sig selv er ulovlig. Som led i en sådan tvist ville det endvidere have været muligt for sagsøgte ved et kontrasøgsmål at anfægte gyldigheden af det patent, som Lundbeck påberåbte sig. Sådanne søgsmål forekommer således hyppigt på patentområdet og fører i mange tilfælde til, at det påberåbte procespatent kendes ugyldigt, som Kommissionen anførte i 76. betragtning til den [omtvistede] afgørelse.«

Parternes argumentation

- 40 Med det første anbringende, som bl.a. er rettet mod den appellerede doms præmis 54 og 339, har appellanterne kritiseret Retten, for så vidt som den fastslog, at Alpharma-koncernen var en potentiel konkurrent til Lundbeck, selv om der forelå beviser, der klart godtgør, at denne koncern krænkede Lundbecks nye procespatenter, som måtte formodes at være gyldige.
- 41 Ifølge appellanterne tilkom det Retten at sikre, at Kommissionen havde fremlagt beviser, der i tilstrækkelig grad godtgjorde, at Lundbecks nye procespatenter var svage, idet disse patenter i modsat fald burde formodes gyldige og de patentkrænkende produkter indtræden for ulovlig. Ved ikke at gå således frem tilsidesatte Retten det grundlæggende princip om formodningen om patenters gyldighed og tilsidesatte den omstændighed, at et patent giver indehaveren en enerettighed og ikke blot en ret til at gøre denne enerettighed gældende i retslige procedurer. Herved »frakoblede« den sin vurdering i henhold til artikel 101 TEUF fra de principper, der følger af patentretten.
- 42 I denne forbindelse har appellanterne gjort gældende, at egenskaben af konkurrent afhænger af det pågældende patents gyldighed, som er usikker, indtil en endelig retsafgørelse vedtages, idet de har anført, at formodningen om patenters gyldighed gælder i konkurrenceretten og forpligter Kommissionen, når den ønsker at godtgøre, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, at føre bevis for det pågældende patents svaghed. Appellanterne har endvidere tilføjet, at hvis formodningen om patenters gyldighed ikke anerkendes, er ethvert forlig altid konkurrencebegrænsende.
- 43 I den foreliggende sag undersøgte Retten ikke Kommissionens bevis vedrørende svagheden ved Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige, og dette bevis kunne ikke føres alene med en henvisning til en e-mail fra en leder i Alpharma-koncernen eller til erklæringer fra Lundbeck. I denne henseende begrænsede Kommissionen sig til at konstatere, som det fremgår af den appellerede doms præmis 54, at procespatenter er svagere end andre former for patenter.
- 44 Kommissionen så endvidere bort fra samtidige beviser for, at de to parter i den omtvistede aftale fandt, at Alpharma-koncernens produkter krænkede Lundbecks nye procespatenter.
- 45 Med det andet anbringende har appellanterne foreholdt Retten, at den ikke efterprøvede, om Kommissionen havde bevist, at Alpharma-koncernen på tidspunktet for den omtvistede aftale faktisk havde reelle muligheder for at træde ind på markedet med de patentkrænkende tabletter, som selskabet havde købt, hvorved den vendte bevisbyrden.
- 46 Det følger af dom af 29. juni 2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 114), at når en part forbereder at træde ind på markedet og støder på en uforudset hindring – i dette tilfælde, at partens produkter var patentkrænkende – påhviler det Kommissionen at bevise, at denne indtræden på markedet trods denne hindring alligevel fortsat er en holdbar økonomisk strategi. Appellanterne har således anført, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde havde pligt til at bevise, at sandsynligheden for, at Alpharma-koncernen ikke fik medhold i en tvist vedrørende Lundbecks nye procespatenter, var relativt lille, således at en indtræden på markedet forblev en holdbar økonomisk strategi. Kommissionen har ikke ført dette bevis og har blot anført, at det ikke var sikkert, at Lundbeck kunne anvende sine nye procespatenter til at hindre Alpharma-koncernens indtræden på markedet, som det fremgår af 1039. betragtning til den omtvistede afgørelse.

- 47 Retten vendte endvidere bevisbyrden ved at pålægge appellanterne at føre bevis for, at Lundbecks nye procespatenter var til hinder for, at en indtræden på markedet udgjorde en holdbar økonomisk strategi, hvilket bevis var så meget desto vanskeligere at føre, eftersom Kommissionen ventede seks til syv år, inden den meddelte Alpharma-koncernen sine klagepunkter.
- 48 I den appellerede doms præmis 108 støttede Retten sig desuden på beviser, der ikke fremgik af den omtvistede afgørelse, uden at den gav appellanterne mulighed for at bestride deres relevans, hvorved den tilsidesatte deres ret til forsvar.
- 49 Kommissionen har gjort gældende, at det første og det andet anbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 50 For at virksomheders adfærd kan falde inden for forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, skal det fremgå, at der foreligger en hemmelig aftale mellem dem – dvs. en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis – men den hemmelige aftale skal ligeledes negativt og i væsentlig grad påvirke konkurrencen inden for det indre marked (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 31).
- 51 Det sidstnævnte krav forudsætter for så vidt angår horisontale samarbejdsaftaler mellem virksomheder i samme produktions- eller distributionsled, at den nævnte aftale indgås mellem virksomheder, som i det mindste befinder sig i et potentielt, om ikke aktuelt, konkurrenceforhold (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 32).
- 52 For at vurdere, om en virksomhed, som ikke er til stede på et marked, befinder sig i et potentielt konkurrenceforhold med en eller flere andre virksomheder, som allerede er på dette marked, skal det undersøges, om den førstnævnte virksomhed har reelle og konkrete muligheder for at trænge ind på det nævnte marked og konkurrere med den eller de sidstnævnte virksomheder, idet det bemærkes, at dette kriterium på ingen måde kræver, at det påvises med sikkerhed, at denne virksomhed faktisk vil indtræde på det pågældende marked, og slet ikke, at vedkommende efterfølgende vil kunne blive dér (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 36 og 38).
- 53 Når der er tale om aftaler som den omtvistede aftale, som indebærer, at flere virksomheder midlertidigt holdes uden for markedet, skal det, henset til strukturen på markedet og til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori det indgår, undersøges, om disse virksomheder ville have haft reelle og konkrete muligheder for at få adgang til det nævnte marked og konkurrere med de virksomheder, som er etableret dér, hvis den nævnte aftale ikke fandtes (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 37 og 39).
- 54 Hvad nærmere bestemt angår aftaler, som indgås i sammenhæng med åbningen af markedet for et lægemiddel, som indeholder et aktivt stof, hvor beskyttelsen netop er bortfaldet, for producenter af generiske lægemidler, skal det under behørig hensyntagen til de særlige lovmæssige krav i lægemiddelsektoren samt til de intellektuelle ejendomsrettigheder – navnlig patenter, der indehaves af producenter af originale lægemidler vedrørende en eller flere fremstillingsprocesser for et aktivt stof, der ikke længere er patentbeskyttet – afgøres (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 40 og 41), om producenten af de generiske lægemidler reelt har en fast beslutsomhed og en selvstændig evne til at indtræde på

markedet, og der ikke foreligger hindringer, som er uoverstigelige, for denne producents markedsindtræden (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 58).

- 55 Med henblik herpå skal det for det første undersøges, om den nævnte producent på tidspunktet for indgåelsen af sådanne aftaler havde taget de indledende skridt, der er nødvendige for at få adgang til det pågældende marked inden for en tidsramme, som gør det muligt at lægge et konkurrencepres på producenten af det originale lægemiddel. For det andet skal det efterprøves, om der foreligger hindringer, som er uoverstigelige, for at en sådan producent af generiske lægemidler kan indtræde på markedet (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 43 og 45). Endvidere kan konstateringen af en potentiel konkurrence mellem en producent af generiske lægemidler og en producent af originale lægemidler understøttes af supplerende elementer såsom indgåelsen af en aftale mellem disse, selv om førstnævnte ikke var til stede på det pågældende marked (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 54-56).
- 56 Hvad navnlig angår vurderingen af, om der på det pågældende marked foreligger uoverstigelige adgangshindringer, har Domstolen bemærket, at den omstændighed, at der foreligger et patent, som beskytter fremstillingsprocessen for et aktivt stof, der ikke længere er patentbeskyttet, ikke som sådan – uanset gyldighedsformodningen knyttet til dette patent – kan betragtes som en uoverstigelig hindring, eftersom denne formodning med henblik på anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF intet siger om udfaldet af en eventuel tvist om dette patents gyldighed (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 46-51).
- 57 Den omstændighed, at der foreligger et sådant patent, kan således ikke som sådan udelukke, at en producent af generiske lægemidler – som reelt har en fast beslutsomhed og en selvstændig evne til at indtræde på markedet, og som gennem sine handlinger har vist, at vedkommende er villig til at anfægte dette patents gyldighed og til at risikere ved sin markedsindtræden at blive stævnet for patentkrænkelser af indehaveren af dette patent – kvalificeres som en »potentiel konkurrent« til den pågældende producent af originale lægemidler (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 46).
- 58 Domstolen har ligeledes præciseret, at det ikke tilkom den pågældende konkurrencemyndighed at undersøge det omhandlede patents styrke eller sandsynligheden for, at en tvist mellem patenthaveren og en producent af generiske lægemidler kunne føre til en konstatering af, at patentet er gyldigt og er blevet krænket (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 50).
- 59 I den foreliggende sag fremgår det af den appellerede dom, og nærmere bestemt af dens præmis 58, 85, 91, 92, 123, 139, 143 og 154, at Alpharma-koncernen havde truffet mange foranstaltninger for at opnå markedsføringstilladelser og havde givet samtykke til betydelige investeringer med henblik på at indtræde på markedet for generisk citalopram, men at selskabet på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale ligeledes havde i hvert fald to reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet. Den første mulighed, dvs. at træde ind på markedet med tabletter fremstillet efter Ciplas proces, som Alpharma-koncernen havde modtaget eller bestilt hos Tiefenbacher, blev ikke draget i tvivl ved de nye oplysninger, som Alpharma-koncernen blev gjort bekendt med i januar og februar 2002, vedrørende den sandsynligvis patentkrænkende karakter af Ciplas proces. Den anden mulighed var at træde ind

på markedet med citalopramtabletter fremstillet efter Matrix' proces, som ikke indebar en risiko for patentkrænkelser, hvilke tabletter Alpharma-koncernen ikke rådede over, men som selskabet kunne få på kort tid gennem den aftale, som det havde indgået med Tiefenbacher.

- 60 I den appellerede doms præmis 88 og 136 fastslog Retten endvidere, at Alpharma-koncernen fandt, at Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige, ikke udgjorde en hindring for selskabets indtræden på markedet, og at denne koncern havde rimelige chancer for at opnå en annullation af dette procespatent.
- 61 I denne doms præmis 132 bemærkede Retten desuden, at Alpharma-koncernen efter Lundbecks egen opfattelse var en potentiel konkurrent.
- 62 Henset til disse konstateringer fastslog Retten med føje – og navnlig uden at tilsidesætte den gyldighedsformodning, der knytter sig til Lundbecks nye procespatenter, eller at vende bevisbyrden – at Alpharma-koncernen og Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale befandt sig i et potentielt konkurrenceforhold.
- 63 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl ved appellanternes argument om, at Retten så bort fra beviser, der var samtidige med den omtvistede aftale, hvorefter Alpharma-koncernen og Lundbeck fandt, at denne koncerns produkter krænkede Lundbecks nye procespatenter. Dette argument må nemlig afvises, eftersom det ikke, i overensstemmelse med procesreglementets artikel 169, stk. 2, præcist angiver en præmis i den appellerede dom og heller ikke identificerer de beviser, der var samtidige med den omtvistede aftale, og som Retten så bort fra.
- 64 Endelig skal det hvad angår appellanternes argument, der er udledt af den omstændighed, at Retten i den appellerede doms præmis 108 støttede sig på beviser, der ikke fremgår af den omtvistede afgørelse, uden at den gav dem mulighed for at afvise relevansen heraf og dermed tilsidesatte deres ret til forsvar, blot bemærkes – således som det ses af den vending »under alle omstændigheder«, der fremgår af indledningen af den appellerede doms præmis 108 – at denne præmis opregner en begrundelse for den appellerede dom for fuldstændighedens skyld i forhold til dem, som appellanterne ikke har anfægtet, og som er anført i denne doms præmis 104-106, for at begrunde, at deres argument, der er gengivet i nævnte doms præmis 103, blev forkastet. Dermed må appellanternes argument om den appellerede doms præmis 108 forkastes som uvirksomt (jf. i denne retning dom af 14.12.2016, SV Capital mod EBA, C-577/15 P, EU:C:2016:947, præmis 65).
- 65 Henset til det ovenstående skal det første anbringende delvist afvises og delvist forkastes som ugrundet, og det andet anbringende skal delvist forkastes som uvirksomt, delvist som ugrundet.

Om det tredje og det fjerde anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

- 66 Da Retten forkastede appellanternes andet anbringende til støtte for annullationssøgsmålet om retlige fejl og urigtige skøn hvad angår kvalificeringen af Alpharma-koncernen som en potentiel konkurrent til Lundbeck, bemærkede den følgende i den appellerede doms præmis 119 og 120:
- »119 [...] [D]et skal ganske vist bemærkes, at det forhold, at Lundbeck den 30. januar 2002 opnåede det patent[, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen], i Det Forenede Kongerige, havde overrasket Alpharma-koncernen, for så vidt som denne forventede, at den ansøgning, som Lundbeck havde indgivet med henblik herpå den 12. marts 2001, blev afvist, som det fremgår af en erklæring fra Alpharma-koncernens direktør med ansvar for bl.a. industriel ejendomsret [...], som [appellanterne] har fremlagt.
- 120 Selv om det fremgår af e-mailen af 17. september 2001, der er delvist citeret i 482 til den [omtvistede] afgørelse og fremlagt for Retten i sin fulde udgave, at Tiefenbacher havde forsikret Alpharma-koncernen om, at Ciplas proces ikke krænkede Lundbecks nye [procespatenter], konkluderede denne koncern alligevel senere, at gennemførelsen af denne proces krænkede [Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige], som det bl.a. fremgår af e-mailen af 19. februar 2002.«
- 67 Med annullationssøgsmålets første anbringende gjorde appellanterne gældende, at Kommissionen havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn hvad angår fortolkningen af den omtvistede aftales rækkevidde ved at finde, at Alpharma-koncernen med denne aftale havde forpligtet sig til ikke at sælge noget generisk citalopram i den relevante periode.
- 68 For at forkaste dette anbringende forkastede Retten i den appellerede doms præmis 164-243 appellanternes argumenter vedrørende ordlyden af den omtvistede aftales punkt 1.1, præambelen, omstændighederne angående indgåelsen heraf, forligskendelsen afsagt efter den omtvistede aftale for at bringe RU-patentkrænkelssøgsmålet til ophør og vedrørende det tidspunkt, Alpharma-koncernen trådte ind på markedet.
- 69 I denne doms præmis 244-247 fastslog Retten endelig, at det ikke var lykkedes appellanterne at modbevise de forhold, der gav Kommissionen grundlag for at bevise, at den omtvistede aftale indeholdt begrænsninger, der gik ud over dem, som Lundbeck kunne have opnået ved at støtte sig på sine nye procespatenter og ved i denne forbindelse at få medhold i tilfælde af en retssag.
- 70 Med annullationssøgsmålets tredje anbringende gjorde appellanterne gældende, at Kommissionen havde anlagt et urigtigt skøn ved kvalificeringen af den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«.
- 71 Dette anbringende forkastede Retten i den appellerede doms præmis 248-333.
- 72 Med henblik herpå fremsatte Retten indledningsvis i den appellerede doms præmis 251-257 nogle indledende bemærkninger, hvorved den anførte Domstolens praksis om kvalificeringen som »konkurrencebegrænsende formål«.

- 73 Herefter bemærkede den bl.a. følgende som led i fremstillingen af analysen i den omtvistede afgørelse af, om der forelå et konkurrencebegrænsende formål:
- »261 Det fremgår [...] af den [omtvistede] afgørelse, at selv om de i de omhandlede aftaler fastsatte begrænsninger faldt inden for anvendelsesområdet for Lundbecks [nye procespatenter], dvs. at aftalerne alene forhindrede en indtræden på markedet for et generisk citalopram fremstillet ved en proces, som parterne i aftalerne anså for potentielt krænkende i forhold til disse patenter, og ikke for enhver type af generisk citalopram, havde disse aftaler trods alt konkurrencebegrænsende formål, bl.a. i det omfang de havde forhindret eller gjort enhver form for bestridelse af Lundbecks [nye procespatenter] ved de nationale retsinstanser nytteløs, på trods af, at denne form for bestridelse ifølge Kommissionen var en del af de normale konkurrencevilkår på patentområdet (603.-605., 625., 641. og 674. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).
- 262 Ifølge Kommissionen omdannede de omhandlede aftaler med andre ord uvisheden om udfaldet af sådanne søgsmål til vished for, at de generiske lægemidler ikke ville indtræde på markedet, hvilket ligeledes kunne udgøre et konkurrencebegrænsende formål, når sådanne begrænsninger ikke var resultatet af en analyse fra parterne i disse aftaler af fordelene ved den pågældende enerettighed, men snarere af størrelsen af den omvendte betaling, der i et sådant tilfælde overskyggede denne vurdering og tilskyndede [producenten af generiske lægemidler] til ikke at fortsætte sine bestræbelser på at indtræde på markedet (641. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).
- 263 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at Kommissionen ikke i den [omtvistede] afgørelse har fastslået, at alle forligsaftaler på patentområdet indeholdende omvendte betalinger var i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF, men udelukkende at den uforholdsmæssige karakter af sådanne betalinger, kombineret med flere andre faktorer – såsom at størrelserne af disse betalinger syntes i det mindste at svare til de fortjenester, som [producenterne af generiske lægemidler] havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, fraværet af klausuler, der gjorde det muligt for [producenterne af generiske lægemidler] at lancere deres produkter på markedet ved udløbet af aftalerne uden at behøve at frygte patentkrænkelssøgsmål fra Lundbeck, eller tilstedeværelsen i disse aftaler af begrænsninger, der gik ud over rækkevidden af Lundbecks [nye procespatenter] – gav grundlag for at konkludere, at de omhandlede aftaler i den foreliggende sag havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i denne bestemmelse (jf. 661. og 662. betragtning til den [omtvistede] afgørelse).«
- 74 I den appellerede doms præmis 266-333 bedømte Retten endelig, om der i den foreliggende sag forelå et »konkurrencebegrænsende formål«.
- 75 Som led heri lagde den i denne doms præmis 268 bl.a. til grund, at selv hvis det antages, at den omtvistede aftales rækkevidde svarede til rækkevidden af Lundbecks nye procespatenter, måtte det konkluderes, at Alpharma-koncernen som modydelse for en omvendt betaling havde givet afkald på muligheden for at træde ind på markedet med citalopram fremstillet efter Ciplas proces, som blev anset for at krænge et patent, i forhold til hvilket der var rimelige chancer for, at det kunne annulleres, selv om denne mulighed var reel og konkret for Alpharma-koncernen, således at denne betaling havde været afgørende for dens valg af at give afkald herpå.

- 76 Retten afviste i den appellerede doms præmis 277-279 at kvalificere den omtvistede aftale som et forlig. Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at en aftale ikke er immun over for konkurrenceretten alene af den grund, at den vedrører et patent, eller at den tilsigter at løse en patenttvist ved et forlig. For det andet lagde Retten til grund, at den omtvistede aftale havde en videre rækkevidde end RU-patentkrænkelssøgsmålet, og at nævnte søgsmål alene var blevet udsat i denne aftales varighed, hvilket udelukkede, at denne aftale bragte tvisten til ophør.
- 77 I nævnte doms præmis 287 fastslog Retten for at forkaste appellanternes argumentation om, at Kommissionen ikke med sikkerhed havde godtgjort, at Alpharma-koncernen ville få medhold i en eventuel tvist om Lundbecks nye procespatenter, at det på ingen måde var nødvendigt, at Kommissionen med sikkerhed godtgjorde, at Alpharma-koncernen ville have fået medhold, hvis den havde valgt at anlægge sag.
- 78 Hvad angår størrelsen af Lundbecks betaling til Alpharma-koncernen bemærkede Retten i henholdsvis dommens præmis 296 og 298 bl.a., at Kommissionen med føje havde anført, at betalingens størrelse var knyttet til Alpharma-koncernens forventede fortjeneste, og at dette beløb var en sikker fortjeneste for dette selskab, hvorimod den eventuelle fortjeneste ved at træde ind på markedet var usikker.
- 79 I den appellerede doms præmis 301-310 fastslog Retten, at Kommissionen med føje havde sidestillet omstændighederne i den foreliggende sag med de omstændigheder, som var kendetegnende for den sag, der gav anledning til dom af 20. november 2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643).
- 80 I dommens præmis 311-326 afviste Retten ligeledes at tiltræde appellanternes argumentation om, at den omtvistede aftale ikke kunne kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende formål«, da der ikke forelå præcedens, og idet der forelå en retlig usikkerhed om denne form for aftaler.
- 81 Med henblik herpå henviste Retten indledningsvis i nævnte doms præmis 315-317 til Domstolens praksis om anvendelsen af konkurrenceretten på det særlige område for intellektuelle ejendomsrettigheder. I dommens præmis 318 fastslog den derefter, at såvel Lundbeck som Alpharma-koncernen var bevidste om, at deres adfærd i det mindste kunne skabe problemer ud fra et konkurrenceretligt synspunkt. I den appellerede doms præmis 319 og 320-325 fastslog Retten henholdsvis, at det ikke krævedes, at den samme type af aftaler som den omtvistede aftale allerede er blevet påtalt af Kommissionen, for at denne aftale kan anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål«, og at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af 28. januar 2004 (herefter »Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse«) ikke var til hinder for en sådan kvalificering i den foreliggende sag. Herefter konkluderede Retten i den appellerede doms præmis 326, at »det allerede på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale stod fast, at patentindehaveren ikke havde ret til at betale en potentiel konkurrent, for at denne gav afkald på flere eller samtlige reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet til gengæld for et beløb betalt af nævnte indehaver, som blev fastsat under hensyntagen til denne konkurrents forventede fortjeneste, hvis vedkommende trådte ind på markedet«.

Parternes argumentation

- 82 Med det tredje anbringende, der vedrører den appellerede doms præmis 248-333, har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved i strid med dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), at tiltræde, at den omtvistede aftale havde et »konkurrencebegrænsende formål«.
- 83 For det første bemærkede Domstolen i denne doms præmis 57 og 58, at kvalificeringen »konkurrencebegrænsende formål« kræver, at der er stor sandsynlighed for at skade konkurrencen, og at kvalificeringen skal bedømmes indskrænkende, idet den ellers ville hindre beskyttelsen ved de grundlæggende proceduremæssige garantier, og ikke må føre til et forbud mod aftaler, som kan vise sig at være konkurrencefremmende. I den foreliggende sag har appellanterne kritiseret den appellerede doms præmis 287, hvori Retten af den omstændighed, at Alpharma-koncernen var en potentiel konkurrent til Lundbeck, hvilket den ikke var, udledte, at der var stor sandsynlighed for, at den omtvistede aftale kunne begrænse konkurrencen. Selv hvis det antages, at Alpharma-koncernen var en potentiel konkurrent til Lundbeck, giver dette ikke mulighed for at udlede, at den omtvistede aftale med stor sandsynlighed kunne begrænse konkurrencen, men alene at det var sandsynligt, at den begrænsede konkurrencen.
- 84 I denne forbindelse har appellanterne gjort gældende, at det var nødvendigt at fastlægge det »kontrafaktiske scenario«, dvs. at det skulle fastlægges, hvad der ville være sket, hvis den omtvistede aftale ikke fandtes. For at godtgøre, at den omtvistede aftale med stor sandsynlighed kunne have negative virkninger for konkurrencen, skulle Kommissionen således have bevist, at det, hvis den omtvistede aftale ikke fandtes, havde været meget sandsynligt, at Alpharma-koncernen ville få medhold i en tvist vedrørende Lundbecks nye procespatenter, eller at den ville indgå en mindre restriktiv aftale end den omtvistede aftale, som gjorde det muligt for selskabet at træde ind på markedet. Selv hvis det anerkendes, at de af Lundbeck forudsete muligheder for Alpharma-koncernen i at få medhold – dvs. en mulighed på 50-60% for at få annulleret Lundbecks patent, der beskyttede krystalliseringsanvendelsesprocessen i forhold til Det Forenede Kongerige – giver det ikke mulighed for at fastslå, at den omtvistede aftale med stor sandsynlighed kunne begrænse konkurrencen, hvilket gælder så meget desto mere, som Alpharma-koncernen sent opdagede, at dens vare var patentkrænkende, som det fremgår af den appellerede doms præmis 119-121.
- 85 Ifølge appellanterne ville Rettens afgørelse i øvrigt kunne grænse til det absurde, hvis det senere blev godtgjort, at Lundbecks nye procespatenter var gyldige. De omhandlede aftaler ville nemlig fortsat have et konkurrencebegrænsende formål, selv om det pågældende patent senere måtte findes gyldigt og salget af de patentkrænkende produkter ulovligt.
- 86 For det andet har appellanterne gjort gældende, at Domstolen i dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), lagde vægt på betydningen af den erfaring, der var opnået med aftaletyper, som svarer til den omtvistede aftale. I den appellerede doms præmis 311-326 forkastede Retten med urette argumentet om, at det var upassende at kvalificere den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«, idet der ikke var nogen erfaring på området for forligsaftaler i tvister vedrørende patenter, der foreskrev omvendte betalinger. Herved benægtede Retten, at der var noget særligt kendetegn ved den omtvistede aftale i forhold til Unionens afgørelses- og retspraksis af relevans for konkurrenceretten i forbindelse med intellektuelle ejendomsrettigheder, og så ligeledes bort fra de meget delte opfattelser i retslæren om denne type aftaler. Appellanterne har endvidere gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 318 ikke kunne udlede, at den omtvistede aftale havde et

»konkurrencebegrænsende formål«, fordi Lundbeck og Alpharma-koncernen var bevidste om, at deres aftale kunne skabe problemer i forhold til konkurrenceretten eller havde været genstand for juridisk rådgivning med henblik på udtalelse. På samme måde har appellanterne anført, at Retten i den appellerede doms præmis 319 ikke – idet den ellers ville tilsidesætte kravet om en indskrænkende fortolkning af begrebet »konkurrencebegrænsende formål« – kunne finde, at erfaringen vedrørende hemmelige aftalers almindelige form gjorde det muligt at lægge denne kvalificering til grund i det foreliggende tilfælde, under hensyn til de særlige træk ved forligsaftaler i patenttvister, der fastsætter omvendte betalinger, som befinder sig i området mellem konkurrenceretten og patentretten, og som i øvrigt er klart anderledes end de aftaler, der er omhandlet i dom af 20. november 2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), som Retten har citeret i den appellerede doms præmis 301-310. Den omtvistede aftale kan nemlig forklares med Lundbecks legitime hensigt om at beskytte sig mod en patentkrænkende indtræden på sit marked for lægemidler og de deraf følgende konsekvenser samt med Alpharma-koncernens ønske om at undgå økonomiske og retlige konsekvenser af sin indtræden på markedet, hvoraf ulovligheden blev opdaget sent, og om at forvalte sit betydelige lager af patentkrænkende produkter. Appellanterne har desuden foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 320, 321 og 325 ikke tog hensyn til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse, hvorefter de omhandlede aftaler befandt sig i en »juridisk gråzone«, samt til Kommissionens tvivl om kvalificeringen af disse aftaler, hvilket begrundede en sektorundersøgelse, ved afslutningen af hvilken den fandt, at sådanne aftaler skulle undersøges én for én under hensyn til alle relevante faktiske omstændigheder. Sådanne oplysninger gør det ikke muligt at konkludere, som Retten gjorde i den appellerede doms præmis 326, at den omtvistede aftale skulle kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende formål«.

- 87 Med det fjerde anbringende, som er rettet mod den appellerede doms præmis 160-247, har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl og tilsidesatte princippet om uskyldsformodningen ved ikke at undersøge, om Kommissionen havde ført bevis for sine konstateringer om, dels at den begrænsning, der var foreskrevet i den omtvistede aftale, overskred rammerne for Lundbecks nye procespatenter, dels at Alpharma-koncernen havde forpligtet sig kontraktretligt til ikke at sælge citalopram fremstillet efter en proces, der ikke krænkede disse patenter, hvilket appellanterne dog havde gjort gældende som led i deres første annullationsanbringende. Herved fritog Retten i den appellerede doms præmis 162 Kommissionen for dens bevisbyrde og vendte dermed bevisbyrden ved i denne doms præmis 162-243 at pålægge appellanterne at bevise, at der ikke forelå en begrænsning for salg af ikke-patentkrænkende citalopram.

Domstolens bemærkninger

- 88 Det skal indledningsvis bemærkes, at appellanterne med deres fjerde anbringende har foreholdt Retten en tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodningen, og at den vendte bevisbyrden ved at forkaste deres første anbringende til støtte for annullationssøgsmålet om et åbenbart urigtigt skøn hvad angår Kommissionens fortolkning af den omtvistede aftales rækkevidde.
- 89 Det fremgår i denne forbindelse af den appellerede doms præmis 157, at appellanterne med dette første anbringende gjorde gældende, at Kommissionen havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at Alpharma-koncernen med den omtvistede aftale havde forpligtet sig til ikke at sælge noget generisk citalopram i den relevante periode, eftersom institutionen ikke rådede over beviser i denne henseende.

- 90 Det fremgår ligeledes af denne doms præmis 244-247, at Retten fandt, at Kommissionen havde ført fyldestgørende bevis for, at en ordlyds-, sammenhængs- og formålsfortolkning af den omtvistede aftale gav grundlag for at konkludere, at de forpligtelser, som Alpharma-koncernen havde påtaget sig i medfør af denne aftales punkt 1.1, ikke var begrænset til det citalopram, der var fremstillet ud fra processer, som denne koncern og Lundbeck havde anerkendt krænkede Lundbecks nye procespatenter, idet den i nævnte doms præmis 162-243 et efter et forkastede samtlige appellanternes argumenter om den omtvistede aftales ordlyd, sammenhængen for dens indgåelse samt de begivenheder, der var indtruffet efter denne.
- 91 Med det fjerde anbringende har appellanterne således blot anmodet Domstolen om at foretage en fornyet bedømmelse af alle de faktiske forhold og beviserne forelagt Retten hvad angår den omtvistede aftales rækkevidde.
- 92 Det fremgår i denne henseende af artikel 256 TEUF og af artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, at en appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne. Bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet.
- 93 Appellanterne har på ingen måde anført endsige godtgjort Rettens urigtige gengivelse af de faktiske forhold eller beviserne.
- 94 Den omstændighed, at Retten ikke tiltrådte deres argumentation, indebærer i øvrigt ikke, som appellanterne har anført, at den tilsidesatte princippet om uskyldsformodningen eller vendte bevisbyrden, men alene at den fandt, at deres argumenter ikke var tilstrækkeligt overbevisende.
- 95 Det fjerde anbringende må derfor afvises.
- 96 Hvad angår det tredje anbringende skal det bemærkes, at Domstolen tidligere, som Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 252-254 og 256, har haft lejlighed til at præcisere, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« skal fortolkes indskrænkende og kun kan anvendes på visse former for aftaler mellem virksomheder, som, henset til indholdet af deres bestemmelser, til formålet hermed samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår, er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger, eftersom visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).
- 97 Hvad angår aftaler, der svarer til forlig af tvister om et procespatent vedrørende fremstillingen af et aktivt stof, der ikke længere er patentbeskyttet, som er indgået mellem en producent af originale lægemidler og flere producenter af generiske lægemidler, og som bevirker en udsættelse af de generiske lægemidlers indtræden på markedet mod overførsler af pengemæssige eller ikke-pengemæssige værdier fra den førstnævnte til de sidstnævnte, har Domstolen fastslået, at sådanne aftaler ikke i alle tilfælde kan anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 84 og 85).

- 98 Der skal imidlertid anses at foreligge et »konkurrencebegrænsende formål«, når analysen af den pågældende forligsaftale viser, at de værdioverførsler, der er fastsat heri, udelukkende skyldes patenthaverens og den angivelige patentkrænkere forretningsmæssige interesse i ikke at konkurrere på ydelser, idet aftaler, hvorved konkurrenter bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde, er åbenbart omfattet af begrebet »konkurrencebegrænsende formål« (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 83 og 87).
- 99 Med henblik på denne undersøgelse skal det i hvert enkelt tilfælde vurderes, om den positive saldo af disse værdioverførsler fra producenten af originale lægemidler til producenten af generiske lægemidler var tilstrækkelig stor til reelt at kunne tilskynde denne sidstnævnte til at undlade at indtræde på det pågældende marked og dermed til ikke at konkurrere på ydelser med producenten af originale lægemidler, uden at det kræves, at denne positive saldo nødvendigvis overstiger den fortjeneste, som denne producent af generiske lægemidler ville have opnået, hvis denne havde fået medhold i patentsagen (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 93 og 94).
- 100 I den foreliggende sag fremgår det indledningsvis af den appellerede dom, og navnlig af dens præmis 261, 263, 268, 296, 298 og 326, at den omtvistede aftale fastsatte Alpharma-koncernens forpligtelse til ikke at indtræde på markedet i denne aftales varighed som modydelse for Lundbecks betalinger til nævnte koncern, hvis størrelse var knyttet til Alpharma-koncernens forventede fortjeneste. Retten anførte ligeledes, at selv hvis det antages, at dette beløb bliver lavere end de 10 mio. USD, som Kommissionen havde lagt til grund, udgør det ikke desto mindre en sikker fortjeneste for Alpharma-koncernen, eftersom den fortjeneste, der kunne opnås ved dens indtræden på markedet, var usikker.
- 101 I denne doms præmis 278 og 279 lagde Retten herefter til grund, at den omtvistede aftale havde en videre rækkevidde end RU-patentkrænkelsessøgsmålet, som specifikt vedrørte de tabletter, som Alpharma-koncernen allerede havde modtaget eller bestilt, og som i øvrigt blot var blevet udsat ved den omtvistede aftale, hvilket underbygges af Lundbecks erklæring, der er gengivet i den omtvistede aftale, hvorefter nævnte aftale ikke bragte tvisten til ophør.
- 102 Herved støttede Retten den bedømmelse, som Kommissionen havde foretaget i den omtvistede afgørelse, og som er anført i den appellerede doms præmis 262, hvorefter den omtvistede aftale i det væsentlige havde omdannet uvisheden om udfaldet af søgsmålene vedrørende Lundbecks nye procespatenter til vished for, at Alpharma-koncernen ikke ville indtræde på markedet, selv om denne aftale ikke var blevet indgået efter koncernens analyse af fordelene ved de pågældende procespatenter, men snarere som følge af størrelsen af den fastsatte omvendte betaling, der tilskyndede koncernen til ikke at fortsætte sine bestræbelser på at indtræde på markedet.
- 103 Uden at det er fornødent at afgøre, om Retten i den appellerede doms præmis 301-310 med føje kunne sidestille den omtvistede aftale med de aftaler, som var omhandlet i den sag, der gav anledning til dom af 20. november 2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), skal det følgelig fastslås, at Retten ikke begik nogen retlig fejl, da den konkluderede, at den omtvistede aftale henhørte under kvalificeringen »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.
- 104 De af appellanterne anførte argumenter ændrer ikke ved denne konklusion.

- 105 For det første har de ikke grundlag for at foreholde Retten, at den i den appellerede doms præmis 287 ikke fastslog, at Kommissionen havde pligt til at foretage en objektiv bedømmelse af Alpharma-koncernens reelle muligheder for at få medhold i tvisten om Lundbecks nye procespatenter.
- 106 Som det fremgår af præmis 60 i dom afsagt i dag i sag C-591/16 P, Lundbeck mod Kommissionen, og af præmis 80 i dom afsagt i dag i sag C-588/16 P, Generics (UK) mod Kommissionen, er hverken bedømmelsen af eksistensen af et eventuelt potentielt konkurrenceforhold mellem parterne i en forligsaftale, såsom den omtvistede aftale (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 50), eller bedømmelsen af styrken af de omhandlede procespatenter eller muligheden for, at en af parterne i den pågældende forligsaftale kan få medhold, relevante for denne aftales kvalificering som havende »konkurrencebegrænsende formål«, eftersom det, som det i det væsentlige fremgår af den appellerede doms præmis 346, er blevet fastslået, at det er udsigten til værdioverførslen fra producenten af originale lægemidler, der har tilskyndet producenten af generiske lægemidler til at give afkald på at indtræde på markedet (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 89).
- 107 Den omtvistede aftales kvalificering som havende »konkurrencebegrænsende formål« afhænger nemlig alene af spørgsmålet om, hvorvidt parterne i denne aftale bevidst har erstattet den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde, som det fremgår af nærværende doms præmis 98.
- 108 For det andet kan appellanterne heller ikke foreholde Retten, at den kvalificerede den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«, selv om denne imødekom legitime betænkeligheder hos såvel Alpharma-koncernen som Lundbeck, idet den gjorde det muligt for denne koncern at undgå de økonomiske og retlige konsekvenser af en ulovlig indtræden på markedet samt forvaltningen af et betydeligt lager af patentkrænkende produkter og for Lundbeck at beskytte sig mod de ulige risici for indehaveren af procespatenter og producenterne af generiske lægemidler.
- 109 Som Retten med føje fastslog i den appellerede doms præmis 277 og 317, er en aftale dels ikke immun over for konkurrenceretten alene af den grund, at den vedrører et patent, eller at den tilsigter at løse en patenttvist ved et forlig (jf. i denne retning dom af 27.9.1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 15), dels kan den antages at have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 21).
- 110 Endvidere kan den omstændighed, at udøvelsen af en konkurrencebegrænsende adfærd kan være den mest rentable eller den mindst risikable løsning for en virksomhed, på ingen måde udelukke kvalificeringen »konkurrencebegrænsende formål«.
- 111 Navnlig har Domstolen allerede haft lejlighed til at afvise, at det er udelukket at kvalificere aftaler som den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«, fordi de erstatninger, som producenterne af originale lægemidler kan gøre krav på i tilfælde af generiske lægemidlers ulovlige indtræden på markedet, ofte er langt lavere end de tab, som de førstnævnte lider, eftersom det tilkommer de offentlige myndigheder og ikke private virksomheder at sikre overholdelsen af retlige bestemmelser (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 88).

- 112 De interesser, som appellanterne har anført, kan dermed ikke begrunde, at en aftale, der som fastslået i nærværende doms præmis 103 frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen til at kunne kvalificeres som havende et »konkurrencebegrænsende formål«, ikke henhører under denne kvalificering.
- 113 For det tredje kan appellanterne ikke med føje foreholde Retten at have anerkendt den omtvistede aftales konkurrencebegrænsende formål, uden at den undersøgte det »kontrafaktiske scenario«.
- 114 Som det fremgår af præmis 139 i dom afsagt i dag i sag C-591/16 P, Lundbeck mod Kommissionen, giver denne undersøgelse nemlig mulighed for at bedømme virkningerne af en hemmelig praksis i forhold til artikel 101 TEUF, når analysen af nævnte praksis ikke frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen, som gør det muligt at klassificere den som havende »konkurrencebegrænsende formål« (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 115 og 118 og den deri nævnte retspraksis).
- 115 Som Domstolen har fastslået i dom afsagt i dag i sag C-591/16 P, Lundbeck mod Kommissionen (præmis 140), kan undersøgelsen af det »kontrafaktiske scenario«, som har til formål at afsløre en bestemt hemmelig praksis, således ikke være påkrævet med henblik på at kvalificere en hemmelig praksis som havende »konkurrencebegrænsende formål«, idet det ellers benægtes, at der findes den sondring mellem begreberne »konkurrencebegrænsende formål« og »konkurrencebegrænsende virkning«, som fremgår af selve ordlyden af artikel 101, stk. 1, TEUF (dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 63).
- 116 Som det fremgår af dom afsagt i dag i sag C-601/16 P, Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen (præmis 86), har den bedømmelse, der skal foretages for som omtalt i nærværende doms præmis 98 og 99 at undersøge, om en aftale som den omtvistede aftale eventuelt henhører under kvalificeringen »konkurrencebegrænsende formål«, på ingen måde til formål at identificere og opgøre de konkurrencebegrænsende virkninger af en praksis, men alene at fastlægge dens objektive grovhed, hvilket netop kan begrunde, at dens virkninger ikke bedømmes.
- 117 Som anført i præmis 131 i dom afsagt i dag i sag C-591/16 P, Lundbeck mod Kommissionen, og i præmis 87 i dom afsagt i dag i sag C-601/16 P, Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen, indebærer den omstændighed, at denne bedømmelse om nødvendigt skal foretages efter en detaljeret analyse af den pågældende aftale og navnlig den tilskyndende virkning af de heri fastsatte værdioverførsler, men ligeledes dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i, heller ikke en bedømmelse af denne aftales konkurrencebegrænsende virkninger på markedet. Det forudsætter udelukkende, at der foretages en samlet og grundig bedømmelse af aftaler, som i sig selv er komplekse, ikke blot for at udelukke kvalificeringen »konkurrencebegrænsende formål«, når der er tvivl om, hvorvidt de frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen, men ligeledes for at undgå, at disse aftaler kan unddrage sig denne kvalificering, alene fordi de er komplekse, selv om en analyse heraf ville vise, at de faktisk frembyder en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen.
- 118 For det fjerde kan appellanterne ikke hensigtsmæssigt påberåbe sig den omstændighed, at den præcedens, der kræves i medfør af retspraksis for at kvalificere den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«, ikke forelå i den foreliggende sag.

- 119 Som Retten med føje bemærkede i den appellerede doms præmis 319, kræves det i denne henseende på ingen måde, at den samme type af aftaler som den omtvistede aftale allerede er blevet påtalt af Kommissionen, for at denne kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, selv om denne aftale er indgået på et specifikt område som området for intellektuelle ejendomsrettigheder.
- 120 Med henblik på at kvalificere en given aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål« er alene denne aftales særlige egenskaber relevante (jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 84 og 85), hvoraf den eventuelle særlige skadelighed for konkurrencen skal udledes, om nødvendigt efter en detaljeret analyse af denne aftale, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i.
- 121 Den omtvistede aftale, som gav mulighed for at udskyde Alpharma-koncernens indtræden på markedet, og som var underlagt Lundbecks betalinger til denne, der som følge af deres størrelse tilskyndede koncernen til ikke at fortsætte sine bestrebelse på at indtræde på markedet, tilhører en kategori af praksis, som frembyder en særlig grad af skadelighed for konkurrencen.
- 122 For det femte kan appellanterne ikke med føje foreholde Retten, at den fandt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse ikke var til hinder for at kvalificere den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«.
- 123 Som Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 320-324, blev Kommissionens synspunkt, selv om denne pressemeddelelse giver udtryk for dennes syn på de omhandlede aftalers konkurrencebegrænsende karakter, nemlig ikke – ud over at det først blev afgivet ved afslutningen af den foreløbige vurdering – udtrykt i en meddelelse, der hidrørte direkte fra Kommissionen eller dens tjenestegrene, men i en national konkurrencemyndigheds pressemeddelelse, som ikke kunne skabe en berettiget forventning for virksomhederne om, at deres adfærd ikke var i strid med artikel 101 TEUF.
- 124 Det fremgår endvidere af de samme præmisser i den appellerede dom, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i nævnte pressemeddelelse anførte, at Kommissionens synspunkt bl.a. vedrørte størrelsen af de betalinger, som Lundbeck havde foretaget, og at alle aftaler, der har til formål at købe udelukkelsen af en konkurrent fra markedet, er konkurrencebegrænsende.
- 125 Henset til disse konstateringer kunne Retten, på trods af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse, i den appellerede doms præmis 326 følgelig med føje lægge kvalificeringen af den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål« til grund.
- 126 For det sjette har appellanterne med urette foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 318 lagde det forhold, at Alpharma-koncernen og Lundbeck var bevidste om, at den omtvistede aftale kunne skabe problemer i forhold til konkurrenceretten, og det forhold, at denne aftale havde været genstand for juridisk rådgivning, til grund som en omstændighed, der begrundede, at aftalen blev kvalificeret som havende »konkurrencebegrænsende formål«.
- 127 Dette argument beror nemlig på en fejlagtig forståelse af den appellerede doms præmis 318. Den betragtning, som Retten anførte i denne præmis, indgår i dens undersøgelse af appellanternes argumentation om en angivelig retlig usikkerhed om aftaler som den omtvistede aftales konkurrencebegrænsende karakter. Heri fastslog Retten i det væsentlige blot, at såvel Lundbeck som Alpharma-koncernen uagtet den angivelige retlige usikkerhed var bevidste om, at deres adfærd i det mindste kunne skabe problemer ud fra et konkurrenceretligt synspunkt.

128 Henset til det ovenstående kan det tredje og det fjerde anbringende ikke tiltrædes, idet de henholdsvis skal afvises og forkastes som ugrundet.

Om det femte anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

129 Med annullationssøgsmålets femte anbringende gjorde appellanterne gældende, at Kommissionen havde tilsidesat deres ret til forsvar, idet den ikke inden for en rimelig frist havde meddelt dem, at der pågik en undersøgelse vedrørende dem, og meddelt dem de klagepunkter, som den foreholdt dem, hvorfor de ikke kunne råde over diskulperende beviser.

130 For at forkaste dette anbringende anførte Retten i den appellerede doms præmis 353-358 retspraksis vedrørende overholdelsen af en rimelig frist som led i administrative procedurer på konkurrencepolitikens område samt metoderne til at godtgøre en tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af den manglende overholdelse af denne frist, idet den bl.a. henviste til præmis 42, 43 og 54 i dom af 21. september 2006, Technische Unie mod Kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593), samt til præmis 118 og 120-122 i dom af 29. marts 2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190).

131 I den appellerede doms præmis 360 og 361 fastslog Retten indledningsvis, at hverken den første eller den anden fase af den administrative procedure, der førte til vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, overskred en rimelig varighed.

132 I dommens præmis 362 fastslog den herefter, at »for så vidt som appellanterne har støttet deres anbringende på den dato, hvor Kommissionen for første gang fik kendskab til den omtvistede aftale, for at godtgøre, at institutionen tilsidesatte sin pligt til at vedtage en afgørelse inden for en rimelig frist og således tilsidesatte deres ret til forsvar, skal det fremhæves, at denne tilgang på ingen måde følges i retspraksis, som tager udgangspunkt i tidspunktet for de første foranstaltninger, som indebærer kritik for at have begået en overtrædelse«.

133 Endelig lagde den i den appellerede doms præmis 367-371 følgende til grund for at udelukke enhver tilsidesættelse af den administrative procedures rimelige varighed:

»367 [...] [D]et skal bemærkes, at [appellanterne] blot har påberåbt sig, at tre kategorier af dokumenter er gået tabt, nemlig udkast og bemærkninger til den omtvistede aftale – eksempelvis det udkast, der nævnes i e-mailen af 20. februar 2002 [fra en ansat i Alpharma-koncernen] – virksomhedsplaner vedrørende citalopram og dokumenter fra deres eksterne rådgiver.

368 Selv om det antages, at [appellanterne] med deres argumenter overholdt de krav om bestemthed og konkret indhold, som kræves i henhold til den retspraksis, der er nævnt i [den appellerede doms] præmis 357, skal det i denne forbindelse fastslås, at en omhyggelig virksomhed – under hensyn til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse og til den sektorundersøgelse, som Kommissionen havde indledt – burde have bevaret alle dokumenter, der var egnede til at sikre dens forsvar i forbindelse med en eventuel

procedure for en overtrædelse af konkurrenceretten, i hvert fald indtil udløbet af den maksimale forældelsesfrist, der er fastsat i EU-retten (jf. [den appellerede doms] præmis 363).

- 369 Omhu er en af de betingelser, der kræves i medfør af retspraksis (jf. [den appellerede doms] præmis 358), for at en part hensigtsmæssigt kan påberåbe sig en tilsidesættelse af dens ret til forsvar som følge af procedurens angiveligt urimelige varighed.
- 370 Eftersom [appellanterne] ikke har gjort rede for, at der er indtrådt særlige begivenheder – andet end blot tidens gang – for at begrunde, at de pågældende dokumenter er bortkommet, kan deres argument ikke tiltrædes.
- 371 Hvad nærmere bestemt angår de dokumenter fra Alpharma-koncernens eksterne rådgiver, som denne destruerede i 2007 i henhold til Dansk Advokatråds regler, skal det bemærkes, at [appellanterne] ikke har givet yderligere præciseringer om disse regler, og at de, såfremt de havde udvist omhu, under alle omstændigheder selv kunne have bevaret kopier af disse dokumenter.«

Parternes argumentation

- 134 Med det femte anbringende, som er rettet mod den appellerede doms præmis 361-364 og 366-371, har appellanterne for det første gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved vurderingen af undersøgelsens varighed og tilsidesatte deres ret til forsvar i strid med præmis 341 i dom af 15. juli 2015, SLM og Ori Martin mod Kommissionen (T-389/10 og T-419/10, EU:T:2015:513). Retten tog med urette alene hensyn til perioden efter, at Alpharma-koncernen blev meddelt de foranstaltninger, hvormed den blev meddelt, at den blev foreholdt en overtrædelse, dvs. 2010 for Alpharma LLC og 2011 for Xellia, og ikke det tidspunkt, hvor Kommissionen modtog oplysninger om overtrædelsen, dvs. oktober 2003, som svarer til det tidspunkt, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen meddelte Kommissionen oplysninger om de omhandlede aftaler. Herved fastslog Retten ikke, at Kommissionen var forpligtet til at fremlægge grundene til, at varigheden ikke var uforholdsmæssig lang. For det andet pålagde Retten med urette Alpharma-koncernen en skærpet pligt til at bevare dokumenter vedrørende en periode inden det tidspunkt, hvor den blev orienteret om den undersøgelse, der vedrørte selskabet, hvilket er i strid med dom af 16. juni 2011, Heineken Nederland og Heineken mod Kommissionen (T-240/07, EU:T:2011:284, præmis 301). Retten kunne navnlig ikke fastslå, at Alpharma-koncernen havde en sådan pligt, fordi Kommissionen havde undersøgt Lundbecks aktiviteter og iværksat en sektorundersøgelse, selv om det ikke var godtgjort, at koncernen havde kendskab til disse undersøgelser.

Domstolens bemærkninger

- 135 Det femte anbringende består i det væsentlige af to led.
- 136 Med det første led har appellanterne anfægtet det tidspunkt, som Retten lagde til grund for indledningen af den procedure, som Kommissionen havde indledt, og som førte til den omtvistede afgørelse, med henblik på vurderingen, om varigheden af proceduren var rimelig.

- 137 Med dette anbringendes andet led har appellanterne foreholdt Retten, at den afviste at fastslå en tilsidesættelse af deres ret til forsvar som følge af den nævnte procedures urimelige varighed, eftersom de ikke havde opfyldt deres pligt til at udvise omhu, som burde have foranlediget dem til at bevare alle dokumenter, der var hensigtsmæssige til at sikre deres forsvar som led i denne procedure.
- 138 Hvad angår nærværende anbringendes første led skal det, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 356, bemærkes, at der i forbindelse med anvendelsen af princippet om en rimelig frist skal foretages en sontring mellem de to faser af den administrative procedure, som Kommissionen gennemfører, nemlig undersøgelsesfasen inden meddelelsen af klagepunkter og resten af den administrative procedure, hvoraf den første fase strækker sig, fra Kommissionen træffer de første foranstaltninger, der indebærer kritik af en virksomhed for at have begået en overtrædelse, indtil meddelelsen af klagepunkter, og den anden fase strækker sig fra denne klagepunktsmeddelelse til Kommissionens vedtagelse af den endelige afgørelse (jf. i denne retning dom af 21.9.2006, Technische Unie mod Kommissionen, C-113/04 P, EU:C:2006:593, præmis 42 og 43).
- 139 I den foreliggende sag fremgår det af den appellerede doms præmis 359 og 361, at de første foranstaltninger, som indebar Kommissionens kritik over for Zoetis, nu Alpharma LLC, og Xellia blev truffet henholdsvis den 19. marts 2010 og den 14. marts 2011. Appellanterne har ikke anført, og så meget desto mindre godtgjort, at disse datoer skyldtes en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, navnlig for så vidt som Kommissionens modtagelse af oplysningerne afgivet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i oktober 2003 vedrørende de omhandlede aftaler eller noget andet senere skridt fra Kommissionen, der omtales i den appellerede doms præmis 359, indebar sidstnævntes kritik af Alpharma-koncernen.
- 140 Det var således, uden at den begik nogen retlig fejl, at Retten i den appellerede doms præmis 361 fastslog, at den første fase af proceduren vedrørende Zoetis og Xellia var blevet indledt henholdsvis den 19. marts 2010 og den 14. marts 2011.
- 141 Hvad angår dette anbringendes andet led skal det bemærkes, at Retten af to grunde afviste at tiltræde appellanternes argumenter om en tilsidesættelse af deres ret til forsvar som følge af det betydelige tidsrum fra indgåelsen af den omtvistede aftale til vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, hvilket betød, at appellanterne ikke kunne finde visse dokumenter, som de fandt afgørende for deres forsvar.
- 142 I første række fastslog Retten i den appellerede doms præmis 367 for det første, at appellanterne blot havde påberåbt sig, at tre kategorier af dokumenter var gået tabt, nemlig udkast og bemærkninger til den omtvistede aftale – eksempelvis det udkast, der nævnes i e-mailen af 20. februar 2002 fra en ansat i Alpharma-koncernen – virksomhedsplaner vedrørende citalopram og dokumenter fra koncernens eksterne rådgiver. For det andet fastslog Retten i denne doms præmis 370, at appellanterne ikke havde gjort rede for, at der var indtrådt særlige begivenheder – andet end blot tidens gang – for at begrunde, at de pågældende dokumenter var bortkommet. For det tredje fastslog Retten i nævnte doms præmis 371, at appellanterne hvad angår de dokumenter fra Alpharma-koncernens eksterne rådgiver, som denne destruerede i 2007 i henhold til Dansk Advokatråds regler, ikke havde givet yderligere præciseringer om disse regler, og at de, såfremt de havde udvist omhu, under alle omstændigheder selv kunne have bevaret kopier af disse dokumenter.

- 143 I anden række fastslog Retten i den appellerede doms præmis 368 og 369, at appellanterne ikke kunne påberåbe sig en tilsidesættelse af deres ret til forsvar som følge af procedurens angiveligt urimelige varighed, når de ikke opfyldte deres pligt til at udvise omhu som bemærket i dom af 29. marts 2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190, præmis 120-122), der er nævnt i den appellerede doms præmis 358. I denne henseende fandt Retten, at en omhyggelig virksomhed – under hensyn til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse og til den sektorundersøgelse, som Kommissionen havde indledt – burde have bevaret alle dokumenter, der var egnede til at sikre dens forsvar i forbindelse med en eventuel procedure for en overtrædelse af konkurrenceretten, i hvert fald indtil udløbet af den maksimale forældelsesfrist, der er fastsat i EU-retten.
- 144 Hvad angår den anden grund, som Retten anførte, skal det bemærkes, at den i den appellerede doms præmis 368 og 369 anvendte en retspraksis uden forbindelse med det klagepunkt, som appellanterne havde fremsat, og at den herved pålagde dem en forpligtelse til at udvise omhu i medfør af en retspraksis, der ikke finder anvendelse på den situation, hvori de befandt sig.
- 145 Selv om Retten på den ene side i den appellerede doms præmis 361 med føje fastslog, at den administrative procedure var blevet indledt i forhold til Zoetis og Xellia henholdsvis den 19. marts 2010 og den 14. marts 2011 og ikke havde en urimelig varighed, og appellanterne på den anden side, som det fremgår af denne doms præmis 349 og af deres annullationssøgsmål, kritiserede Kommissionen for først at have underrettet dem om den undersøgelse, som den havde indledt vedrørende de omhandlede aftaler i december 2003, otte eller ni år efter påbegyndelsen heraf, hvilket bevirkede, at de ikke længere kunne samle de nødvendige beviser for deres forsvar, foretog Retten en direkte anvendelse af retspraksis vedrørende tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af den urimelige varighed af den første fase af den administrative procedure, som Kommissionen gennemførte, og navnlig af præmis 43, 54 og 60-71 i dom af 21. september 2006, Technische Unie mod Kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593), samt af præmis 118-122 i dom af 29. marts 2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190), der er omtalt i den appellerede doms præmis 357, 358, 362 og 369.
- 146 Selv om varigheden af den administrative procedure, som Kommissionen gennemførte, ikke blev anfægtet, fandt Retten herved i den appellerede doms præmis 368 og 369, at den med henblik på at bedømme en tilsidesættelse af retten til forsvar for Zoetis og Xellia skulle sikre, at disse selskaber faktisk havde opfyldt deres forpligtelse til at udvise omhu, som i medfør af de domme, der er nævnt i den foregående præmis, gælder for alle virksomheder, som er blevet underrettet om indledningen af en procedure i forhold til dem.
- 147 Selv om appellanterne foreholdt Kommissionen, at den ikke indledte den administrative procedure i forhold til Zoetis og Xellia tilstrækkeligt tidligt, hvilket medførte en tilsidesættelse af deres ret til forsvar, pålagde Retten dem således en forpligtelse til at udvise omhu i henhold til en retspraksis, der alene finder anvendelse på perioden efter Kommissionens indledning af den administrative procedure.
- 148 Som appellanterne med føje har gjort gældende, begik Retten dermed en retlig fejl.
- 149 Hvis begrundelsen i en dom afsagt af Retten indeholder en tilsidesættelse af EU-retten, men konklusionen imidlertid er berettiget af andre retlige grunde, bevirker en sådan tilsidesættelse imidlertid ikke, at denne dom skal ophæves, men at begrundelsen skal ændres (dom af 6.11.2018,

Scuola Elementare Maria Montessori mod Kommissionen, Kommissionen mod Scuola Elementare Maria Montessori og Kommissionen mod Ferracci, C-622/16 P – C-624/16 P, EU:C:2018:873, præmis 48).

- 150 Dette er tilfældet i den foreliggende sag.
- 151 Selv om Retten ganske rigtigt ikke kunne pålægge appellanterne den forpligtelse til at udvise omhu, som påhviler virksomheder, der befinder sig i en anderledes situation, som den, der er omhandlet af de domme, som er nævnt i nærværende doms præmis 145, forholder det sig det ikke desto således, at Retten i hvert fald i den foreliggende sag kunne pålægge dem en specifik pligt til at udvise forsigtighed, som pålagde dem at sikre bevarelsen af deres regnskaber eller arkiver med oplysninger, der kan beskrive deres aktiviteter, navnlig for at råde over de nødvendige beviser i tilfælde af senere administrative eller retslige skridt.
- 152 Indledningen den 15. januar 2008 af en sektorundersøgelse i henhold til artikel 17 i forordning nr. 1/2003 – der, som det i det væsentlige fremgår af den appellerede doms præmis 22, af 12. betragtning til den omtvistede afgørelse samt af tredje til femte betragtning til beslutningen af 15. januar 2008 om iværksættelse af en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren, tilsigtede at undersøge aftaler indgået mellem lægemiddelvirksomheder, såsom forligsaftaler i tvister vedrørende procespatenter, for at afgøre, om de var i strid med artikel 101 TEUF og 102 TEUF – udgør nemlig dels et forhold, som producenterne af generiske lægemidler, såsom Zoetis og Xellia, om hvilke Retten i den appellerede doms præmis 189 bemærkede, at de var oplyste og erfarne operatører i lægemiddelsektoren, ikke kunne være uvidende om, dels et forhold, som burde bevirke dem til at beskytte sig mod, at de som følge af tidens gang ville miste beviser, der kunne være hensigtsmæssige ved udsigten til administrative eller retslige procedurer.
- 153 Det fremgår klart af såvel forarbejderne til forordning nr. 1/2003 som af forordningens artikel 17, stk. 1, første afsnit, at sektorundersøgelserne er et instrument til at bekræfte formodede konkurrencebegrænsninger i den sektor, der er omfattet af disse undersøgelser.
- 154 Når Kommissionen indleder sådanne undersøgelser, bør de virksomheder, der tilhører den pågældende sektor, og navnlig dem, som har indgået de aftaler, der er udtrykkeligt omhandlet af beslutningen om iværksættelse af den pågældende undersøgelse, som det var tilfældet for Zoetis og Xellia, således forvente, at der i fremtiden eventuelt kan indledes individuelle procedurer i forhold til dem, og dette så meget desto mere som det i ottende betragtning til beslutningen af 15. januar 2008 om iværksættelse af en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren udtrykkelig var anført, at »[f]or så vidt som undersøgelsen vedrørende lægemiddelsektoren måtte afsløre eventuelle konkurrencebegrænsende aftaler eller praksis eller misbrug af dominerende stilling, kan Kommissionen [...] overveje [...] at indlede undersøgelser i forhold til individuelle enheder, som kan føre til afgørelser i henhold til [artikel 101 TEUF og/eller 102 TEUF]«.
- 155 Det skal følgelig, uden at det er fornødent at fastlægge, om Zoetis og Xellia eventuelt havde fået kendskab til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse, fastslås, at appellanterne – under hensyn til det ovenstående og til, at Kommissionen den 15. januar 2008 iværksatte en undersøgelse vedrørende lægemiddelsektoren, dvs. mindre end fire og et halvt år efter den omtvistede aftales udløb – ikke med føje kan gøre gældende, at Kommissionens indledning af den administrative procedure i forhold til Zoetis og Xellia greb ind i disses ret til forsvar som følge af forsinkelsen heraf og skal føre til annullation af den omtvistede afgørelse.

156 Dette gælder så meget desto mere, som Retten i den appellerede doms præmis 371, uden at appellanterne har anfægtet denne præmis som led i appellen, anførte, at »[h]vad nærmere bestemt angår de dokumenter fra Alpharma-koncernens eksterne rådgiver, som denne destruerede i 2007[, dvs. inden Kommissionens indledning af sektorundersøgelsen], i henhold til Dansk Advokatråds regler, skal det bemærkes, at [appellanterne] ikke har givet yderligere præciseringer om disse regler, og at de, såfremt de havde udvist omhu, under alle omstændigheder selv kunne have bevaret kopier af disse dokumenter«.

157 Henset til det ovenstående skal det femte anbringende forkastes.

Om det sjette anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

158 Med annullationssøgsmålets sjette anbringende gjorde appellanterne gældende, at Kommissionen havde tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling, for så vidt som den for den omtvistede aftale både pålagde A.L. Industrier, der var Alpharma-koncernens moderselskab, Xellia, der var Alpharma-koncernens datterselskab, og Alpharma LLC, der var Alpharma-koncernens mellemliggende moderselskab, sanktioner, hvorimod den hvad angår den aftale, der blev indgået mellem på den ene side Lundbeck og på den anden side Merck KGaA og Generics (UK) Ltd, alene sanktionerede Merck, der var moderselskab i Merck-koncernen, og Generics (UK), der var Merck-koncernens datterselskab, mens Merck Generics Holding GmbH, der var mellemliggende moderselskab i Merck-koncernen, ikke blev sanktioneret.

159 Med henblik på at forkaste dette anbringende fastslog Retten følgende i den appellerede doms præmis 387-392:

»387 [...] [D]et skal bemærkes, at i den relevante periode udgjorde Alpharma ApS, Alpharma Inc. og A.L. Industrier en samlet virksomhed, mens dette ikke længere var tilfældet ved vedtagelsen af den [omtvistede] afgørelse. På dette tidspunkt henhørte Xellia, som efterfulgte Alpharma ApS, Zoetis, som efterfulgte Alpharma Inc., og A.L. Industrier nemlig under forskellige virksomheder, som det fremgår af 50.-52. og 1269.-1275. betragtning til den [omtvistede] afgørelse.

[...]

389 [...] [D]et fremgår klart af den [omtvistede] afgørelse, bl.a. af 43., 1275., 1284. og 1286. betragtning hertil, at Kommissionen fandt, at A.L. Industrier, der kontrollerede Alpharma Inc., udgjorde en samlet virksomhed med denne, som ligeledes omfattede Alpharma ApS. [Appellanterne] har i øvrigt ikke bestridt, at disse tre selskaber udgjorde en samlet virksomhed, da den omtvistede aftale blev indgået.

390 Hvad angår Merck-koncernen fremgår det af den [omtvistede] afgørelse (fodnote 31), at Generics (UK), som var det selskab, der havde indgået de to omhandlede aftaler med Lundbeck, i den heraf dækkede periode var kontrolleret af Merck Generics Holding, som for sit vedkommende kontrolleredes af Merck. På same måde fremgår det af den [omtvistede] afgørelse, at Generics (UK) i 2007 blev solgt til en anden virksomhed, hvorved den forlod Merck-koncernen (33. betragtning).

391 Det fremgår derimod af Kommissionens svar på et spørgsmål fra Retten og af et dokument, som den har fremlagt i denne anledning, at Merck og Merck Generics Holding på tidspunktet for vedtagelsen af den [omtvistede] afgørelse stadig var en del af samme virksomhed. Selv om denne omstændighed, som [appellanterne] har gjort gældende, ikke var omtalt i den [omtvistede] afgørelse, skal det fastslås, at nævnte dokument er en del af Kommissionens administrative sagsakter, og at den således rådede over dette dokument, da den vedtog denne afgørelse.

392 Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen under hensyn til A.L. Industriens økonomiske situation med føje holdt Zoetis solidarisk ansvarlig for den overtrædelse, som Xellia havde begået, idet alene sidstnævnte ellers skulle betale næsten hele den bøde, der var knyttet til den overtrædelse, som Alpharma-koncernen havde begået, hvilket ville have gjort betalingen af denne bøde mindre sikker. Eftersom Merck kontrollerer Merck Generics Holding, kan sidstnævntes økonomiske midler derimod anvendes til at betale den bøde, som Merck-koncernen er blevet pålagt, uden at det i denne henseende er tvingende nødvendigt, at Merck Generics Holding med henblik herpå omtales i den [omtvistede] afgørelse.«

Parternes argumentation

160 Med det sjette anbringende, der er rettet mod den appellerede doms præmis 378-394, har appellanterne gjort gældende, at Retten tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved at tiltræde den omtvistede afgørelse, for så vidt som den var rettet til Zoetis, nu Alpharma LLC, og ikke til Merck Generics Holding, selv om intet i denne afgørelse begrundede en sondring mellem disse to virksomheders situationer. Appellanterne har desuden foreholdt Retten, at den erstattede afgørelsens begrundelse og tilsidesatte retspraksis om, at fraværet af en begrundelse ikke kan afhjælpes gennem den omstændighed, at den berørte part erfarer grundene til afgørelsen under sagen for Unionens retsinstanser, idet de har henvist til præmis 74 i dom af 19. juli 2012, Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479).

161 Efter Kommissionens opfattelse er dette anbringende ugrundet.

Domstolens bemærkninger

162 Med det sjette appelanbringendes første led har appellanterne i det væsentlige foreholdt Retten, at den tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved at forkaste deres sjette anbringende, der var fremsat til støtte for annulationsøgsmålet.

163 Det skal i denne henseende bemærkes, at når en sådan økonomisk enhed overtræder EU-konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen (dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 49).

164 Når en sådan virksomhed udgøres af flere fysiske eller juridiske personer, fastsætter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 ikke, hvilken juridisk eller fysisk person Kommissionen skal holde ansvarlig for overtrædelsen og sanktionere ved pålæggelse af en bøde (dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 50 og 51 og den deri nævnte retspraksis).

- 165 Som led i udøvelsen af sine sanktionsbeføjelser, som er anført i den retspraksis, der er nævnt i foregående præmis, må Kommissionen dermed ikke tilsidesætte det ligebehandlingsprincip, der kræver, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet (dom af 24.9.2020, Prysman og Prysman Cavi e Sistemi mod Kommissionen, C-601/18 P, EU:C:2020:751, præmis 101 og den deri nævnte retspraksis), som Retten anførte i den appellerede doms præmis 386.
- 166 Det skal desuden bemærkes, at når en virksomhed med sin adfærd har tilsidesat artikel 101 TEUF, kan den ikke undgå enhver form for sanktion med den begrundelse, at en anden økonomisk aktør ikke er blevet pålagt en bøde (dom af 9.3.2017, Samsung SDI og Samsung SDI (Malaysia) mod Kommissionen, C-615/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:190, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis). Navnlig kan en virksomhed, som er blevet pålagt en bøde som følge af sin deltagelse i et kartel i strid med konkurrencereglerne, ikke nedlægge påstand om annullation eller nedsættelse af denne bøde med den begrundelse, at en anden deltager i samme kartel ikke blev sanktioneret for en del af eller hele sin deltagelse i nævnte kartel (dom af 9.3.2017, Samsung SDI og Samsung SDI (Malaysia) mod Kommissionen, C-615/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:190, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 167 I den foreliggende sag fastslog Retten under alle omstændigheder i den appellerede doms præmis 387-392, at Alpharma LLC og Merck Generics Holding befandt sig i forskellige situationer på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, dels fordi Xellia, Zoetis, nu Alpharma LLC, og A.L. Industrier hver især henhørte under forskellige virksomheder, mens Merck og Merck Generics Holding, der var henholdsvis holdingselskab og moderselskab i Generics (UK), som forlod Merck-koncernen efter udløbet af de omhandlede aftaler, var en del af samme virksomhed, dels på grund af den specifikke økonomiske situation for de selskaber, der deltog i de omhandlede aftaler.
- 168 Eftersom appellanterne ikke befandt sig i en situation, der er sammenlignelig med Merck Generics Holdings situation, kan de dermed ikke med føje foreholde Retten en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.
- 169 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl ved den omstændighed, som appellanterne har anført som led i nærværende anbringendes andet led, om, at Retten for at begrunde, at Zoetis, nu Alpharma LLC, og Merck Generics Holding blev behandlet forskelligt, supplerede den omtvistede afgørelses begrundelse ved at anføre, at Zoetis ikke var en del af samme virksomhed som A.L. Industrier, da den omtvistede afgørelse blev vedtaget.
- 170 Ud over den omstændighed, at denne præcisering, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 387, andet punktum, kun er en af to grunde til sondringen mellem appellanternes situation og situationen for Merck Generics Holding, og idet appellanterne ikke har anfægtet den anden grund, som vedrører den specifikke økonomiske situation for de virksomheder, der deltog i de omhandlede aftaler, og som fremgår af den appellerede doms præmis 392, skal det, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 387, bemærkes, at nævnte præcisering fremgår af selve den omtvistede afgørelse.
- 171 For så vidt som begrundelsen for en retsakt ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. i denne retning dom af 14.2.1990, Delacre m.fl. mod Kommissionen, C-350/88, EU:C:1990:71, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis), idet der tages hensyn til, om

denne retsakt er vedtaget i en sammenhæng, som adressaten herfor er bekendt med (jf. i denne retning dom af 17.9.2020, Rosneft m.fl. mod Rådet, C-732/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2020:727, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis), kan den omstændighed, at Kommissionens forklaring i dens skriftlige bemærkninger til Retten, som det fremgår af den appellerede doms præmis 379, ikke fremgår på en udtømmende og udtrykkelig måde af den omtvistede afgørelse, ikke nødvendigvis være til hinder for, at Retten tager hensyn til denne forklaring samt til oplysningerne i denne afgørelse med henblik på at tage stilling til en sagsøgers argumentation (jf. i denne retning analogt dom af 30.9.2003, Freistaat Sachsen m.fl. mod Kommissionen, C-57/00 P og C-61/00 P, EU:C:2003:510, præmis 62 og 63).

- 172 Det samme må navnlig gælde, når Retten skal tage stilling til en argumentation som appellanternes om, at Kommissionen tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved affattelsen af den omtvistede afgørelse, selv om Kommissionen, som det er anført i nærværende doms præmis 164, i princippet inden for en virksomhed, der består af flere fysiske eller juridiske personer, frit kan vælge den, som den vil pålægge ansvaret for en overtrædelse, og at Kommissionen inden for rammerne af sin afgørelse og for hver virksomhed, der er adressat herfor, ikke med rimelighed kan pålægges at anføre grundene til, at den holder alle eller alene en del af de fysiske eller juridiske personer, der udgjorde den virksomhed eller de virksomheder, som deltog i en praksis, der var i strid med artikel 101 TEUF og 102 TEUF, ansvarlige for overtrædelsen.
- 173 I betragtning af det ovenstående skal det sjette anbringende forkastes som ugrundet.

Om det syvende anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

- 174 I den appellerede doms præmis 401-407 forkastede Retten det syvende anbringendes andet led, som appellanterne havde fremsat til støtte for annulationssøgsmålet, hvorved de gjorde gældende, at Kommissionen med henblik på beregningen af den bøde, de blev pålagt, havde undladt at tage hensyn til situationen med retlig usikkerhed hvad angår bedømmelsen af de omtvistede aftaler i lyset af konkurrenceretten.
- 175 I første række henviste Retten i den appellerede doms præmis 403-405 til Domstolens praksis vedrørende kravet om overtrædelsernes forudsigelighed og kravet om, at en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF skal begås »forsætligt eller uagtsomt« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 1/2003. I dommens præmis 407 fastslog Retten ligeledes, at Alpharma-koncernen ikke var uvidende om, at indgåelsen af den omtvistede aftale kunne skabe problemer ud fra et konkurrenceretligt synspunkt.
- 176 I anden række anførte Retten, at det fremgik af den appellerede doms præmis 314 og 318, at der ikke var en retlig usikkerhed om muligheden for at kvalificere en aftale med den omtvistede aftales kendetegn, som var indgået i en sammenhæng som denne, som havende »konkurrencebegrænsende formål«.

Parternes argumentation

- 177 Med det syvende anbringende, der er rettet mod den appellerede doms præmis 401-407, har appellanterne foreholdt Retten, at den tilsidesatte retssikkerhedsprincippet ved at finde, at der ikke forelå en retlig usikkerhed om kvalificeringen af den omtvistede aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål«, og dermed ved at tillade, at Kommissionen pålagde dem en meget stor bøde. Denne situation med retlig usikkerhed godtgøres af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens erklæringer og ligeledes af varigheden af den sektorundersøgelse, der gik forud for den procedure, der førte til vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, samt af denne afgørelses længde.
- 178 Kommissionen har anført, at dette anbringende er ugrundet.

Domstolens bemærkninger

- 179 Som Retten med føje bemærkede i den appellerede doms præmis 405, kan en virksomhed sanktioneres for en adfærd, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF, når den pågældende virksomhed ikke kunne være uvidende om, at dens adfærd var konkurrencebegrænsende, uanset om den måtte være klar over, at den hermed overtrådte traktatens konkurrenceregler (jf. i denne retning dom af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 37).
- 180 Det følger heraf, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 404, og som Domstolen har fastslået i dom afsagt i dag i sag C-588/16 P, Generics (UK) mod Kommissionen (præmis 137), at den omstændighed, at en sådan virksomhed har foretaget en retlig urigtig kvalificering af sin adfærd, hvorpå konstateringen af overtrædelsen baseres, ikke kan have til virkning, at virksomheden fritages for pålæggelse af en bøde, i det omfang virksomheden objektivt, om nødvendigt med bistand fra passende rådgivere, kunne fastlægge, at denne adfærd havde konkurrencebegrænsende karakter (jf. i denne retning dom af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 38).
- 181 I den foreliggende sag anførte Retten med føje i den appellerede doms præmis 315-317, hvortil samme doms præmis 406 henviser, at det fulgte af fast retspraksis, som det er bemærket i nærværende doms præmis 109, at en aftale ikke er immun over for konkurrenceretten alene af den grund, at den vedrører et patent, eller at den tilsigter at løse en patenttvist ved et forlig.
- 182 Retten bemærkede endvidere i det væsentlige i den appellerede doms præmis 318, som ligeledes omtales i samme doms præmis 406, at den omtvistede aftale efter såvel Lundbecks som Alpharma-koncernens opfattelse i det mindste kunne skabe problemer ud fra et konkurrenceretligt synspunkt, idet Lundbeck havde fundet, at »indgåelsen af aftaler med [producenter af generiske lægemidler] måtte anses for at være »vanskelig« i henseende til konkurrenceretten«, og idet Alpharma-koncernen havde forelagt et udkast til den omtvistede aftale for en rådgiver med ekspertise inden for konkurrenceretten med henblik på en udtalelse.
- 183 Det var følgelig med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 407 fastslog, at Alpharma-koncernen ikke var uvidende om, at indgåelsen af den omtvistede aftale kunne skabe problemer ud fra et konkurrenceretligt synspunkt. Appellanterne kan dermed ikke foreholde Retten, at den tilsidesatte retssikkerhedsprincippet ved at tillade Kommissionen at pålægge dem en bøde som følge af indgåelsen af den omtvistede aftale.

- 184 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af de samme grunde som dem, der er anført i nærværende doms præmis 123 og 124.
- 185 Når nævnte pressemeddelelse ikke er til hinder for, at den omtvistede aftale kvalificeres som havende »konkurrencebegrænsende formål«, kan den nemlig så meget desto mindre hindre, at denne aftale giver anledning til en sanktion – selv med et beløb, som appellanterne anser for meget højt.
- 186 Den af appellanterne anførte omstændighed, at den retlige usikkerhed om aftaler som den omtvistede aftale bekræftes af varigheden af den sektorundersøgelse, som gik forud for den procedure, der førte til vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, samt af denne afgørelses længde, er heller ikke til hinder for en sådan sanktion.
- 187 Ud over den omstændighed, at appellanterne ifølge den appellerede dom hverken har påberåbt sig disse forhold som led i deres tredje annullationsanbringende om en tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, fordi den omtvistede aftale blev kvalificeret som havende »konkurrencebegrænsende formål«, eller som led i deres syvende annullationsanbringende om retlige fejl, som påvirkede beregningen af den bøde, som de blev pålagt, skal det blot bemærkes, som det fremgår af nærværende doms præmis 153 og 154, at en sådan undersøgelse blev indledt for at be- eller afkræfte mistanken om konkurrencebegrænsninger i den sektor, der var omfattet af undersøgelsen, og at intet giver mulighed for at støtte opfattelsen om, at varigheden heraf kan rejse tvivl om de betænkeligheder, som Kommissionen udtrykte om de specifikke aftaler, der er omhandlet i selve denne undersøgelse.
- 188 På samme måde er afgørelsens længde uden betydning i denne forbindelse, eftersom det allerede er bemærket i nærværende doms præmis 120, at kvalificeringen af en aftale som havende »konkurrencebegrænsende formål« indebærer en detaljeret analyse af denne aftale, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, som den indgår i. Hvad nærmere bestemt angår den omtvistede afgørelse skal det bemærkes, at den vedrørte fem særskilte virksomheder og seks forskellige aftaler, som krævede en specifik vurdering, og var adresseret til 12 selskaber.
- 189 Følgelig må det syvende anbringende forkastes som ugrundet.

Om det ottende anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

- 190 For at forkaste det syvende anbringende, som appellanterne havde fremsat til støtte for deres annullationssøgsmål, og som vedrørte fejl, der påvirkede beregningen af størrelsen af den bøde, som de var blevet pålagt, fastslog Retten bl.a. indledningsvis i den appellerede doms præmis 398, at Kommissionen med føje havde fundet, at den omhandlede overtrædelse havde alvorlig karakter. Hvad herefter angår fastsættelsen af bødens grundbeløb anføres det i den appellerede doms præmis 414-433, at Kommissionen havde anvendt punkt 37 i 2006-retningslinjerne for bødeberegning for at fravige den generelle metode til bødeberegning, der fastsættes i disse retningslinjer, og havde anvendt værdien af de betalinger, som Alpharma-koncernen havde modtaget fra Lundbeck, som grundbeløb, hvilket appellanterne ikke foreholdt Kommissionen.

Parternes argumentation

- 191 Med det ottende anbringende har appellanterne foreholdt Retten, at den forkastede deres argumenter om, at Kommissionen ikke tog hensyn til overtrædelsens grovhed ved udmålingen af størrelsen af den bøde, som de blev pålagt. Retten anerkendte i strid med artikel 21, stk. 3, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen, som det fremgår af 1361. betragtning til omtvistede afgørelse, fastsætter størrelsen af de bøder, som pålægges producenterne af generiske lægemidler, uden at sondre mellem overtrædelserne efter deres art eller geografiske anvendelsesområde eller ud fra deres markedsandele, navnlig selv om overtrædelsen i den foreliggende sag blev kvalificeret som »meget grov« i klagepunktsmeddelelsen og herefter blot »grov« i den omtvistede afgørelse.
- 192 Kommissionen har gjort gældende, at det ottende anbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 193 Det skal, som det fremgår af den appellerede doms præmis 419 og 421, bemærkes, at størrelsen af den bøde, som blev pålagt Alpharma-koncernen, ikke blev beregnet i medfør af den generelle metode, der er fastlagt i 2006-retningslinjerne for bøderegning, men efter en metode, der fraviger denne, som retningslinjernes punkt 37 tillader, hvilket appellanterne ikke har bestridt. Kommissionen er nemlig ikke forpligtet af disse retningslinjer, og navnlig punkt 19-22 heri, som pålægger den at fastsætte bødens grundbeløb på grundlag af den pågældende overtrædelses præcise grad af grovhed.
- 194 Det ottende anbringende skal derfor forstås således, at det ikke anfægter den metode, som Kommissionen anvendte, og som Retten tiltrådte, men derimod som en anfægtelse af selve størrelsen af den bøde, der blev pålagt ved den omtvistede afgørelse som følge af den begåede overtrædelse, hvis grovhed Retten med føje fastslog i den appellerede doms præmis 398.
- 195 Det fremgår i denne forbindelse af fast retspraksis, at det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som pålægges virksomheder på grund af disses overtrædelse af EU-retten (dom af 26.9.2018, Philips og Philips France mod Kommissionen, C-98/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:774, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis).
- 196 Det er således kun i det omfang, Domstolen måtte finde, at sanktionens størrelse ikke blot er upassende, men også så overdreven, at den bliver uforholdsmæssig, at det skal fastslås, at Retten begik en retlig fejl på grund af den upassende karakter af en bødes størrelse (dom af 26.9.2018, Philips og Philips France mod Kommissionen, C-98/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:774, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis).
- 197 Et anbringende, som anfægter størrelsen af den bøde, som Retten har bedømt, men som ikke redegør for grundene til, at denne bøde er så overdreven, at den bliver uforholdsmæssig, skal således afvises (dom af 25.7.2018, Orange Polska mod Kommissionen, C-123/16 P, EU:C:2018:590, præmis 115).
- 198 I det foreliggende tilfælde har appellanterne på ingen måde gjort gældende, og så meget desto mindre godtgjort, at den bøde, som de blev pålagt ved den omtvistede afgørelse, og som Retten bekræftede, var så overdreven, at den blev uforholdsmæssig.

199 Det ottende anbringende skal derfor afvises.

Om det niende anbringende

De relevante præmisser i den appellerede dom

200 Med henblik på at forkaste appellanternes ottende anbringende til støtte for annullationssøgsmålet om et åbenbart urigtigt skøn vedrørende loftet for den bøde, for hvilken A.L. Industrier, der var moderselskab i Alpharma-koncernen på tidspunktet for den omtvistede aftale, var medskyldner – for så vidt som Kommissionen i denne henseende lagde omsætningen for 2011 og ikke den for 2012 til grund, hvilket pålagde A.L. Industrier en større kvoteandel af den bøde, som A.L. Industrier, Alpharma LLC og Xellia Pharmaceuticals var blevet pålagt som solidarisk hæftende – bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 449-456 dels, at Kommissionen ikke havde lagt det seneste afsluttede regnskabsår forud for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse til grund, dvs. 2012, men det foregående regnskabsår, dvs. 2011, fordi sidstnævnte regnskabsår var det seneste afsluttede regnskabsår med normal aktivitet, og dels at Kommissionen med føje kunne gøre dette, idet regnskabsåret 2012 var et regnskabsår med likvidation af aktiverne i A.L. Industrier, som viste indtægter, der ikke havde forbindelse med normale økonomiske aktiviteter.

201 Retten fastslog følgende i den appellerede doms præmis 458 og 459:

»458 Det bemærkes [...], at formålet med i artikel 23, stk. 2, [i forordning nr. 1/2003] at fastlægge et loft på 10% af omsætningen for hver virksomhed, der har deltaget i overtrædelsen, [ifølge retspraksis] bl.a. er at undgå at pålægge en bøde, der er højere end dette loft, som kan overskride virksomhedens betalingsevne på det tidspunkt, hvor den identificeres som ansvarlig for overtrædelsen, og hvor den pålægges en økonomisk sanktion af Kommissionen (dom [af 4.9.2014,] YKK m.fl. mod Kommissionen, [C-408/12 P, EU:C:2014:2153], præmis 63; jf. i denne retning ligeledes dom [af 15.6.2005,] Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, [T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, ikke trykt i Sml., EU:T:2005:220], præmis 389, og af 16.11.2011, Kendrion mod Kommissionen, T-54/06, EU:T:2011:667, præmis 91).

459 Efter at have udelukket, at det loft, der fandt anvendelse for A.L. Industrier, kunne fastsættes under hensyn til regnskabsåret 2012, dvs. året umiddelbart forud for vedtagelsen af den [omtvistede] afgørelse, kunne Kommissionen derfor ikke gå helt tilbage til 2005, men skulle anvende omsætningen i det første år inden 2012, hvori A.L. Industriers økonomiske aktiviteter var normale, uanset selskabets sektorer for aktiviteter.«

Parternes argumentation

202 Med det niende anbringende, der er rettet mod den appellerede doms præmis 458 og 459, har appellanterne foreholdt Retten, at den tilsidesatte artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 samt dom af 7. juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen (C-76/06 P, EU:C:2007:326, præmis 20), og af 15.5.2014, 1. garantovaná mod Kommissionen (C-90/13 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:326, præmis 15-17), idet den anvendte et urigtigt kriterium til fastlæggelsen af det regnskabsår, der var relevant med henblik på at fastsætte loftet for den bøde, som A.L. Industrier kunne pålægges.

- 203 Rettens fortolkning af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 var for indskrænkende, idet den blot lagde formålet om at undgå, at bøder overstiger virksomhedernes betalingsevne, til grund, uden at den foretog en afvejning med det andet formål om at sikre de pålagte bøder en tilstrækkeligt afskrækkende virkning. Ved at lægge selskabets omsætning for 2011 til grund, pålagde den herved A.L. Industrier en upassende bøde under hensyn til selskabets betalingsevne og dets reelle økonomiske situation i overtrædelsesperioden. I replikken har appellanterne præciseret, at Retten i den appellerede doms præmis 459 afviste 2005 som referenceår, alene fordi det ikke var det seneste normale regnskabsår for A.L. Industriers aktiviteter inden 2012.
- 204 Det er Kommissionens opfattelse, at det niende anbringende bør afvises, eftersom konstateringen om, at regnskabsåret 2011 er det seneste afsluttede regnskabsår, der afspejler A.L. Industriers normale økonomiske aktiviteter, er en faktisk omstændighed, og at anbringendet under alle omstændigheder må forkastes som ugrundet.

Domstolens bemærkninger

- 205 Det skal indledningsvis bemærkes, at appellanterne med nærværende anbringende ikke har anfægtet Rettens bedømmelse af den normale karakter af regnskabsåret 2011 eller 2005, som er en bedømmelse af de faktiske omstændigheder, der ikke kan drages i tvivl som led i en appel, når appellanterne ikke har påberåbt sig, og så meget desto mindre har godtgjort en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder eller beviserne, men derimod det kriterium, som Retten benyttede til at udelukke, at regnskabsåret 2012 blev taget i betragtning.
- 206 Derfor kan dette anbringende i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, antages til realitetsbehandling.
- 207 Anbringendet kan ligeledes antages til realitetsbehandling, for så vidt som en eventuel konstatering af, at Retten begik en retlig fejl hvad angår det kriterium, der blev anvendt ved valget af det regnskabsår, der tjente som grundlag for anvendelse af loftet for den kvoteandel af den bøde, som A.L. Industrier blev pålagt solidarisk, ikke medførte, at dette selskab, i forhold til hvilket den omtvistede afgørelse er blevet endelig, blev pålagt en forhøjelse af sin kvoteandel af det solidariske ansvar – hvilket appellanterne i øvrigt ikke har anført – og kun har konsekvenser for de sidstnævnte.
- 208 Hvad angår realiteten skal det bemærkes, at artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003 foreskriver en mekanisme med et loft for den bøde, som Kommissionen pålægger virksomheder for overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, med henblik på at undgå, at de af Kommissionen pålagte bøder er uforholdsmæssige i forhold til den pågældende virksomheds størrelse (jf. i denne retning dom af 7.6.2007, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, C-76/06 P, EU:C:2007:326, præmis 24), og således overstiger 10% af disse virksomheders samlede omsætning i regnskabsåret forud for det år, hvor Kommissionens afgørelse, hvorved de blev pålagt sanktioner, blev vedtaget.
- 209 I denne sidstnævnte forbindelse har Domstolen haft lejlighed til at præcisere, at Kommissionen ved fastsættelsen af begrebet »foregående regnskabsår«, i hvert enkelt tilfælde og henset til sammenhængen og de formål, der forfølges med sanktionsordningen i forordning nr. 1/2003, skal vurdere den tilsigtede virkning på den pågældende virksomhed, særligt henset til en omsætning, der afspejler virksomhedens reelle økonomiske situation i den periode, i løbet af hvilken overtrædelsen blev begået (dom af 7.6.2007, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, C-76/06 P, EU:C:2007:326, præmis 25).

- 210 Den kan således frit undlade at lægge det seneste regnskabsår forud for det år, i løbet af hvilket Kommissionens afgørelse blev vedtaget, til grund, hvis dette regnskabsår ikke svarer til et afsluttet regnskabsår med normal økonomisk aktivitet i en periode på 12 måneder (dom af 7.6.2007, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, C-76/06 P, EU:C:2007:326, præmis 26).
- 211 Under hensyn til ordlyden af, sammenhængen for samt de mål, der forfølges med den sanktionsordning, som er blevet indført med forordning nr. 1/2003, påhviler det den dog at lægge det første, foregående afsluttede regnskabsår med normal økonomisk aktivitet til grund.
- 212 I den foreliggende sag fremgår det af den appellerede doms præmis 451 og 459, at Retten fandt, dels at det første regnskabsår forud for den omtvistede afgørelse, dvs. regnskabsåret 2012, ikke udgjorde et regnskabsår med normal økonomisk aktivitet, eftersom det var et regnskabsår med likvidation af aktiver, dels at regnskabsåret 2011 var et regnskabsår med normal økonomisk aktivitet.
- 213 Henset til disse konstateringer, som henhører under Rettens enekompetence til bedømmelse af de faktiske omstændigheder, i forhold til hvilken appellanterne ikke har påberåbt sig en urigtig gengivelse, kunne Retten, uden at det var fornødent at vurdere muligheden for at anvende omsætningen i et tidligere regnskabsår – i det foreliggende tilfælde regnskabsåret 2005 – med føje lægge omsætningen i regnskabsåret 2011 til grund for beregningen af loftet for den bøde, som A.L. Industrier blev pålagt i medfør af artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003.
- 214 Under hensyn til det ovenstående skal det niende appelanbringende forkastes som ubegrundet, og dermed forkastes appellen i det hele.

Sagsomkostninger

- 215 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 216 Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne pålægges at betale sagens omkostninger, og disse har tabt sagen, bør det pålægges disse at bære deres egne og betale Kommissionens omkostninger.
- 217 Procesreglementets artikel 140, stk. 1, der i medfør af nævnte reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, fastsætter, at medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, bærer deres egne omkostninger.
- 218 Følgelig pålægges Det Forenede Kongerige at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) Xellia Pharmaceuticals ApS og Alpharma LLC bærer hver deres egne omkostninger og betaler de af Europa-Kommissionen afholdte omkostninger.

3) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer sine egne omkostninger.

Underskrifter