



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Afdeling)

8. september 2016*

»Konkurrence — karteller — markedet for antidepressive lægemidler indeholdende den aktive lægemiddelbestanddel citalopram — begrebet »konkurrencebegrænsende formål« — potentiel konkurrence — generiske lægemidler — barrierer for adgang til markedet som følge af eksistensen af patenter — aftaler indgået mellem en indehaver af patenter og en række generiske lægemiddelvirksomheder — artikel 101, stk. 1 og 3, TEUF — retlige fejl og urigtige skøn — begrundelsespligt — ret til forsvar — retssikkerhed — bøder«

I sag T-472/13,

H. Lundbeck A/S, Valby (Danmark),

og

Lundbeck Ltd, Milton Keynes (Det Forenede Kongerige),

ved R. Subiotto, QC, og advokat T. Kuhn,

sagsøgere,

støttet af:

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), Genève (Schweiz),
ved barrister F. Carlin og solicitor M. Healy,

intervenient,

mod

Europa-Kommissionen, først ved J. Bourke, F. Castilla Contreras, B. Mongin, T. Vecchi og C. Vollrath, derefter ved F. Castilla Contreras, B. Mongin, T. Vecchi, C. Vollrath og T. Christoforou, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om delvis annullation af 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) og en påstand om nedsættelse af den bøde, der blev pålagt sagsøgerne ved denne afgørelse,

har

* Processprog: engelsk.

RET TEN (Niende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, G. Berardis (refererende dommer), og dommerne O. Czúcz og A. Popescu,

justitssekretær: fuldmægtig L. Grzegorzczuk,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 26. november 2015,

afsagt følgende

Dom

Twistens baggrund

I – De omhandlede selskaber i den foreliggende sag

- 1 H. Lundbeck A/S (herefter »Lundbeck«) er et selskab efter dansk ret, som kontrollerer en koncern af selskaber, heriblandt Lundbeck Ltd i Det Forenede Kongerige, 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 Merck KGaA (herefter »Merck«) er et selskab efter tysk ret, der er specialiseret i det farmaceutiske område, og som på tidspunktet for indgåelsen af de pågældende aftaler – gennem koncernen Merck Generics Holding GmbH – indirekte fuldt ud ejede sit datterselskab Generics UK Limited (herefter »GUK«), et selskab med ansvar for udvikling og markedsføring af generiske farmaceutiske præparater i Det Forenede Kongerige.
- 4 Merck og GUK er af Europa-Kommissionen blevet anset for at udgøre én enkelt virksomhed i konkurrenceretlig forstand på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder (herefter »Merck (GUK)«).
- 5 Arrow Group A/S, der i august 2003 ændrede navn til Arrow Group ApS (herefter uden sontring »Arrow Group«), er et selskab efter dansk ret, der står i spidsen for en selskabskoncern, som er til stede i flere medlemsstater og siden 2001 har været aktiv inden for udvikling og salg af generiske lægemidler.
- 6 Arrow Generics Ltd er et selskab efter Det Forenede Kongeriges ret og et datterselskab, der først var ejet med 100%, og dernæst siden februar 2002 har været ejet med 76% af Arrow Group.
- 7 Resolution Chemicals Ltd er et selskab efter Det Forenede Kongeriges ret, der er specialiseret i fremstilling af aktive lægemiddelbestanddele til generiske lægemidler. Selskabet var indtil september 2009 kontrolleret af Arrow Group.
- 8 Arrow Group, Arrow Generics Ltd og Resolution Chemicals Ltd er af Kommissionen blevet anset for at udgøre én enkelt virksomhed (herefter »Arrow«) på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder.

- 9 Alharma 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 Alharma Inc. først, i april 2010, til Alharma, LLC, og dernæst, den 15. april 2013, til Zoetis Products LLC.
- 10 Alharma ApS var et selskab efter dansk ret, der indirekte var 100% kontrolleret af Alharma Inc. Det havde flere datterselskaber i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS). Efter flere selskabsomstruktureringer blev Alharma ApS den 31. marts 2008 til Axellia Pharmaceuticals ApS, der i 2010 ændrede navn til Xellia Pharmaceuticals ApS (herefter »Xellia«).
- 11 Alharma Inc., A.L. Industrier AS og Alharma ApS er af Kommissionen blevet anset for at udgøre én enkelt virksomhed (herefter »Alharma«) på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder.
- 12 Ranbaxy Laboratories Ltd er et selskab efter indisk ret, der er specialiseret i udvikling og fremstilling af aktive lægemiddelbestanddele og generiske lægemidler.
- 13 Ranbaxy (UK) Ltd er et selskab efter engelsk ret og et datterselskab af Ranbaxy Laboratories, der har ansvaret for salget af sidstnævntes produkter i Det Forenede Kongerige.
- 14 Ranbaxy Laboratories Ltd og Ranbaxy (UK) Ltd er af Kommissionen blevet anset for at udgøre én enkelt virksomhed (herefter »Ranbaxy«) på tidspunktet for de relevante faktiske omstændigheder.

II – *Det omhandlede produkt og patenter vedrørende dette*

- 15 Det produkt, som den foreliggende sag vedrører, er det antidepressive lægemiddel indeholdende den aktive lægemiddelbestanddel, der er navngivet citalopram.
- 16 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 (herefter »originalpatenterne«).
- 17 Hvad angår EØS udløb den beskyttelse, der fulgte af originalpatenterne 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 L 182, s. 1), mellem 1994 (for Tyskland) og 2003 (for Østrig). Hvad særligt angår Det Forenede Kongerige udløb originalpatenterne i januar 2002.
- 18 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) (herefter »Lundbecks nye patenter«).
- 19 Navnlig indgav Lundbeck for det første i 1998 og 1999 to patentansøgninger til EPO vedrørende fremstilling af citalopram gennem processer, hvorved der anvendes henholdsvis jod og amid. EPO udstedte til Lundbeck den 19. september 2001 et patent, der beskyttede amidanvendelsesprocessen (herefter »patentet på amid«), og den 26. marts 2003 et patent, der beskyttede jodanvendelsesprocessen (herefter »patentet på jod«).

- 20 For det andet 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 til 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, bl.a. den 30. januar 2002 i forhold til Det Forenede Kongerige (herefter »patentet på krystallisering«). EPO udstedte den 4. september 2002 et patent på krystalliseringen. I øvrigt havde Lundbeck allerede den 6. november 2000 i Nederlandene opnået en brugsmodel vedrørende denne proces (herefter »Lundbeck-brugsmodellen«), dvs. et i seks år gyldigt patent udstedt uden en egentlig forudgående undersøgelse.
- 21 For det tredje indgav Lundbeck den 12. marts 2001 en patentansøgning til myndighederne i Det Forenede Kongerige 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. Lundbeck opnåede den 29. juni 2002 et tilsvarende patent i Danmark.
- 22 Endelig påtænkte Lundbeck ved udgangen af 2002 eller begyndelsen af 2003 at lancere et nyt antidepressivt lægemiddel, Ciprax, 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.

III – De omtvistede aftaler

- 23 Lundbeck indgik i løbet af 2002 seks aftaler vedrørende citalopram (herefter »de omtvistede aftaler«) med fire virksomheder, der var aktive inden for fremstilling og/eller salg af generiske lægemidler, nemlig Merck (GUK), Alpharma, Arrow og Ranbaxy (herefter »de generiske virksomheder«).

A – Aftalerne med Merck (GUK)

- 24 Lundbeck indgik to aftaler med Merck (GUK).
- 25 Den første aftale trådte i kraft den 24. januar 2002, oprindeligt for en periode på et år, og dækkede alene Det Forenede Kongeriges område (herefter »GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige«). Den blev underskrevet af Lundbecks datterselskab i Det Forenede Kongerige, dvs. selskabet efter Det Forenede Kongeriges ret, Lundbeck Ltd. Denne aftale blev siden forlænget for en periode på seks måneder med udløb den 31. juli 2003. Efter en kortvarig entré af Merck (GUK) på markedet mellem den 1. og den 4. august blev en anden forlængelse af aftalen derefter underskrevet af parterne den 6. august 2003, idet denne forlængelse skete for en maksimal periode på seks måneder, men kunne forkortes i tilfælde af, at Lundbeck ikke anlagde sag mod andre generiske virksomheder, der måtte forsøge at indtræde på markedet, eller efter afslutningen af tvisten mellem Lundbeck og Lagap Pharmaceuticals Ltd, der var en anden generisk virksomhed (herefter »Lagap-tvisten«).
- 26 I henhold til denne aftale fastsatte parterne bl.a., at:
- Der er en risiko for, at visse af GUK planlagte foranstaltninger vedrørende markedsføring, distribution og salg af »Produkterne« kan udgøre en krænkelse af Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder, og at de kan give anledning til krav fra dennes side (punkt 2.1 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige), idet disse »Produkter« er defineret i punkt 1.1 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige som værende de »af GUK udviklede citalopram-produkter i råvareform, i løs

vægt eller i tabletform, således som specificeret i bilaget og fremstillet i overensstemmelse med den produktfortegnelse, der blev forelagt af GUK på datoen for underskrivelsen, og som er vedlagt i bilag 2«.

- Under hensyn til den mellem parterne indgåede aftale betaler Lundbeck et beløb på 2 mio. britiske pund (GBP) til GUK mod levering på datoen den 31. januar 2002 af »Produkterne« i de i aftalen fastsatte mængder (punkt 2.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige).
 - GUK forpligter sig desuden til, mod en supplerende betaling på 1 mio. GBP, at levere »Produkterne«, således som specificeret i bilaget, på datoen den 2. april 2002 (punkt 2.3 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige).
 - De foretagne betalinger og GUK's levering af »Produkterne« i medfør af punkt 2.2 og 2.3 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige vil udgøre en fuld og endelig afvikling af ethvert krav, som Lundbeck måtte have mod GUK for at have krænket selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder i relation til de af GUK indtil denne dato leverede »Produkter« (punkt 2.4 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige).
 - Lundbeck forpligter sig til at sælge sine »Færdigprodukter« til GUK, og GUK forpligter sig til udelukkende at købe disse »Færdigprodukter« hos Lundbeck med henblik på GUK's og dets tilknyttede selskabers videresalg i Det Forenede Kongerige i aftalens løbetid og i henhold til denne (punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige), idet disse »Færdigprodukter« er defineret i aftalens punkt 1.1 som værende »de produkter indeholdende citalopram og i form af færdigprodukter, der skal leveres af [Lundbeck] til GUK i overensstemmelse med den foreliggende aftale«.
 - Lundbeck forpligter sig til at betale GUK et beløb på 5 mio. GBP i garanteret nettofortjeneste på betingelse af, at GUK i aftalens løbetid hos Lundbeck bestiller den aftalte mængde »Færdigprodukter« (eller et mindre beløb, der skal beregnes i forhold til de foretagne bestillinger) (punkt 6.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige).
- 27 Den første forlængelse af aftalen indebar bl.a. en betaling af et beløb på 400 000 GBP pr. måned for GUK's opfyldelse af punkt 6.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige og ændrede definitionen af »nettofortjeneste«.
- 28 Den anden forlængelse af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige indebar bl.a. en betaling af et beløb på 750 000 GBP pr. måned for GUK's opfyldelse af denne aftales artikel 6.2.
- 29 GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige udløb den 1. november 2003 som følge af en mindelig løsning af Lagap-tvisten. I alt overførte Lundbeck i hele aftalens løbetid hvad der svarer til 19,4 mio. EUR til GUK.
- 30 Den 22. oktober 2002 blev der indgået en anden aftale mellem Lundbeck og GUK, som dækkede EØS med undtagelse af Det Forenede Kongerige (herefter »GUK-aftalen for EØS«). Denne aftale indebar en betaling af et beløb på 12 mio. EUR, til gengæld for hvilken GUK forpligtede sig til ikke at sælge eller levere farmaceutiske præparater indeholdende citalopram på hele EØS-området (med undtagelse af Det Forenede Kongerige) og til at udfolde alle rimelige bestræbelser for, at Natco Pharma Ltd (herefter »Natco«) – en producent af den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, som Merck (GUK) anvendte til at markedsføre sin version af det generiske citalopram (herefter »Natcos aktive lægemiddelbestanddel« eller »Natcos citalopram«) – ophørte med at levere citalopram eller produkter indeholdende citalopram i EØS i aftalens løbetid (punkt 1.1 og 1.2 i GUK-aftalen for EØS). Lundbeck forpligtede sig til ikke at anlægge søgsmål mod GUK på betingelse af, at GUK overholdt sine forpligtelser i henhold til punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS (punkt 1.3 i GUK-aftalen for EØS).

- 31 GUK-aftalen for EØS udløb den 22. oktober 2003. I alt overførte Lundbeck hvad der svarer til 12 mio. EUR til GUK i henhold til denne aftale.

B – Aftalerne med Arrow

- 32 Lundbeck underskrev to aftaler med Arrow.
- 33 Den første af disse, der vedrørte Det Forenede Kongeriges område, blev indgået den 24. januar 2002 mellem på den ene side Lundbeck og på den anden side Arrow Generics og Resolution Chemicals (herefter under ét »Arrow UK«) (herefter »Arrow UK-aftalen«).
- 34 Arrow UK-aftalen havde indledningsvis en løbetid indtil den 31. december 2002 eller – såfremt denne dato indtraf først – indtil den dato, hvor der blev truffet en endelig retsafgørelse i det søgsmål, som Lundbeck havde til hensigt at anlægge mod Arrow UK ved retsinstanserne i Det Forenede Kongerige angående denne sidstnævntes påståede krænkelse af Lundbecks patenter (herefter »Arrow-patentkrænkelssøgsmålet«) (punkt 4.1 i Arrow UK-aftalen). Denne aftale blev siden forlænget to gange ved en underskrivelse af aftaletillæg. Den første forlængelse dækkede perioden mellem den 1. januar og den 1. marts 2003 (punkt 3.1 i det første tillæg til Arrow UK-aftalen), mens det i den anden blev fastsat, at denne aftale skulle udløbe enten den 31. januar 2004 eller syv dage efter underskrivelsen af den retsafgørelse, der afsluttede Lagap-tvisten (punkt 4.1 i det andet tillæg til Arrow UK-aftalen). Efter at denne tvist var blevet bilagt i mindelighed den 13. oktober 2003, udløb Arrow UK-aftalen den følgende 20. oktober. Det følger heraf, at denne aftales samlede løbetid strakte sig fra den 24. januar 2002 til den 20. oktober 2003 (herefter »Arrow UK-aftalens løbetid«).
- 35 Hvad angår Arrow UK-aftalens indhold skal følgende bemærkes:
- Første betragtning i præamblen til denne aftale (herefter »Arrow UK-præamblen«) henviser bl.a. til det forhold, at Lundbeck er indehaver af patenterne på krystallisering og på filmdestillation.
 - Det præciseres i fjerde betragtning i Arrow UK-præamblen, at »Arrow [UK] [...] hos en tredjepart [har] opnået en licens på import til Det Forenede Kongerige af citalopram, der ikke er fremstillet af Lundbeck eller med tilladelse fra Lundbeck («det nævnte Citalopram«, idet en sådan definition for at undgå enhver tvivl alene inkluderer det Citalopram, der er bestemt til markedsføring og salg i Det Forenede Kongerige, og udelukker det Citalopram, der er bestemt til markedsføring og salg i andre lande)«.
 - Det angives i sjette betragtning i Arrow UK-præamblen, at Lundbeck har underkastet »det nævnte Citalopram« laboratorietest, som har givet dette selskab vægtige grunde til at antage, at dette bl.a. krænkede de i første punkt ovenfor nævnte patenter.
 - Det anføres i syvende betragtning i Arrow UK-præamblen, at Arrow UK ikke anerkender at have krænkede disse patenter, eller at disse er gyldige, men accepterer, at Lundbeck er af denne overbevisning, som Arrow UK ikke kan afkræfte med uigendrivelige beviser.
 - Det bemærkes i ottende betragtning i Arrow UK-præamblen, at Lundbeck har truet med at begære udstedelse af et foreløbigt påbud, og at selskabet har til hensigt at anlægge Arrow-patentkrænkelssøgsmålet.
 - Det fastsættes i denne aftales punkt 1.1, at »Arrow [UK] forpligter sig på egne vegne og på vegne af alle de tilknyttede og forbundne enheder til ikke i [Arrow UK-aftalens løbetid] og på Det Forenede Kongeriges område at fremstille, overdrage, tilbyde at overdrage, anvende eller, efter den anden leveringsdato, med henblik på overdragelse eller til andet formål at importere eller opbevare (1) [»]det nævnte Citalopram[«] eller (2) ethvert andet citalopram, som ifølge Lundbeck krænker dette

selskabs [intellektuelle] ejendomsrettigheder, samt til – for at give Lundbeck mulighed for at afgøre, hvorvidt der er sket en krænkelse eller ej – i [Arrow UK-aftalens løbetid] at give Lundbeck tilstrækkeligt med stikprøver til analyseformål, mindst en måned før enhver fremstilling, import, ethvert salg eller tilbud om salg, som Arrow [UK] måtte true med at foretage i afventning af en endelig inappellabel afgørelse i [forbindelse med Arrow-patentkrænkelssøgsmålet] [...]«.

- I denne aftales punkt 1.2 omtales Arrow UK's samtykke til, at selskabets i samme aftales punkt 1.1 omhandlede forpligtelser gentages i en kendelse, som Lundbeck måtte nedlægge påstand om afsigelse af ved den kompetente retsinstans i Det Forenede Kongerige.
 - Det bemærkes i denne aftales punkt 2.1, at Lundbeck vil anlægge Arrow-patentkrænkelssøgsmålet snarest muligt og under alle omstændigheder ikke senere end den 31. marts 2002.
 - Det bestemmes i denne aftales punkt 2.2, at Lundbeck – henset til de i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 omhandlede forpligtelser og til det forhold, at Arrow UK ikke vil kræve »cross-undertaking in damages« (et beløb, som Lundbeck i henhold til engelsk ret skulle have deponeret ved retsinstansen, såfremt dette selskab havde begæret udstedelse af et påbud inden for rammerne af Arrow-patentkrænkelssøgsmålet) – betaler Arrow UK 5 mio. GBP i fire trancher, idet dette beløb siden er blevet forhøjet med 450 000 GBP i medfør af punkt 2.1 i det første tillæg til Arrow UK-aftalen og med 1,350 mio. GBP i henhold til punkt 2.1 og punkt 3 i det andet tillæg til denne aftale.
 - Det fastlægges i Arrow UK-aftalens punkt 2.3, at det i denne aftales punkt 2.2 fastsatte beløb – i tilfælde af, at det i en endelig afgørelse i Arrow-patentkrænkelssøgsmålet måtte blive fastslået, at Arrow UK ikke krænkede Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder – udgør den fulde erstatning, som Arrow UK vil kunne opnå fra Lundbeck for de tab, som selskabet har lidt på grund af de forpligtelser, der følger af Arrow UK-aftalens punkt 1.1.
 - Det fastsættes i aftalens punkt 3.4, at Arrow UK udleverer sin beholdning »af det nævnte citalopram« til Lundbeck i to etaper, hvoraf den første, som angik ca. 3,975 mio. tabletter i æsker, skulle finde sted senest den 6. februar 2002, og den anden, som angik ca. 1,1 mio. tabletter i løs vægt, senest den 15. februar 2002.
- 36 Det skal i øvrigt præciseres, at Lundbeck den 6. februar 2002 opnåede den i Arrow UK-aftalens punkt 1.2 omhandlede kendelse (herefter »Arrow-forligskendelsen«).
- 37 Den anden aftale, der vedrørte Danmarks område, blev indgået den 3. juni 2002 mellem Lundbeck og Arrow Group (herefter »den danske Arrow-aftale«).
- 38 Den danske Arrow-aftale blev udformet med en løbetid fra datoen for dens underskrivelse, den 3. juni 2002, indtil den 1. april 2003 eller – såfremt denne dato indtraf først – indtil den dato, hvor der blev truffet en endelig retsafgørelse i Arrow-patentkrænkelssøgsmålet. Idet en sådan afgørelse ikke blev truffet, var den nævnte aftale i kraft fra den 3. juni 2002 til den 1. april 2003 (herefter »den danske Arrow-aftales løbetid«).
- 39 Hvad angår den danske Arrow-aftales indhold skal følgende bemærkes:
- Første, tredje og femte til niende betragtning i aftalens præambel svarer i det væsentlige til første, fjerde og sjette til ottende betragtning i præambelen til Arrow UK-aftalen, idet det præciseres, at niende betragtning i præambelen til den danske Arrow-aftale henviser til Arrow-forligskendelsen.

- Det fastsættes i denne aftales punkt 1.1, at »Arrow [Group] accepterer i [den danske Arrow-aftales løbetid] at annullere og at indstille al import, fremstilling, produktion, salg eller anden markedsføring på [dansk] område[...] af produkter indeholdende citalopram, som ifølge Lundbeck krænker dennes intellektuelle ejendomsrettigheder«.
- Det bestemmes i denne aftales punkt 2.1, at Lundbeck som kompensation for de forpligtelser, som Arrow Group har påtaget sig, betaler denne sidstnævnte et beløb på 500 000 amerikanske dollar (USD).
- Det fastlægges i den danske Arrow-aftales punkt 2.2, at det i denne aftales punkt 2.1 fastsatte beløb – i tilfælde af, at det i en endelig afgørelse i Arrow-patentkrænkelssøgsmålet måtte blive fastslået, at Arrow Group ikke krænkede Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder – udgør den fulde erstatning, som Arrow Group vil kunne opnå fra Lundbeck for de tab, som selskabet har lidt på grund af de forpligtelser, der følger af samme aftales punkt 1.1.
- Det tilføjes i denne aftales punkt 3.1, at Lundbeck til en pris på 147 000 USD køber Arrow Groups beholdning af citalopram, som består af ca. 1 mio. tabletter.

C – Aftalen med Alpharma

- 40 Lundbeck underskrev den 22. februar 2002 en aftale med Alpharma (herefter »Alpharma-aftalen«) for perioden fra denne dato til den 30. juni 2003 (herefter »Alpharma-aftalens løbetid«).
- 41 Inden indgåelsen af denne aftale havde Alpharma i januar 2002 af selskabet Alfred E. Tiefenbacher GmbH & Co. (herefter »Tiefenbacher«) købt en beholdning af generiske citalopramtabletter, udviklet ud fra den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, der var fremstillet af det indiske selskab Cipla ved hjælp af dets processer (herefter »Ciplas citalopram« eller »Ciplas aktive lægemiddelbestanddel«), og Alpharma havde bestilt flere af disse.
- 42 Med hensyn til præamblen til Alpharma-aftalen 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 (herefter »bilag A«).
 - 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 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 Alpharmas 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 »Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet«) med henblik på at opnå et påbud »i forbindelse med Alpharmas salg af produkter indeholdende Citalopram for krænkelse af Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder«.

- Det angives i ottende betragtning, at Alharma anerkender, at Lundbecks konstateringer 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 Alharma 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 Alharmas beholdning af produkter indeholdende Citalopram og at betale dette selskab en kompensation for dets produkter«.
- 43 Hvad angår Alharma-aftalens hovedindhold skal navnlig følgende bemærkes:
- Det bestemmes i punkt 1.1, at Alharma og dets 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 Alharma-patentkrænkelssøgsmålet.
 - Det præciseres i dette samme punkt, at punktet ikke finder anvendelse på escitalopram.
 - Det fastsættes i punkt 1.2, at »[i] tilfælde af enhver krænkelse af den i [punkt 1.1] fastslåede forpligtelse eller på begæring af Lundbeck underkaster Alharma [...] 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 Alharma et beløb på 12 mio. USD, heraf 11 mio. USD for Alharmas 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 Alharma senest den 31. marts 2002 til Lundbeck udleverer hele den beholdning af produkter indeholdende »Citalopram«, som dette selskab på denne dato råder over, dvs. de 9,4 mio. tabletter, som allerede var i dets besiddelse ved indgåelsen af Alharma-aftalen, og de 16 mio. tabletter, som selskabet havde bestilt.
- 44 Bilag A indeholder en liste over 28 ansøgninger om intellektuelle ejendomsrettigheder, som Lundbeck indgav før underskrivelsen af Alharma-aftalen, 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 patenterne på krystallisering og på filmdestillation.
- 45 Det skal i øvrigt præciseres, at en retsinstans i Det Forenede Kongerige den 2. maj 2002 afsagde en forligskendelse, hvorefter proceduren i Alharma-patentkrænkelssøgsmålet blev stillet i bero på grund af indgåelsen af en aftale mellem Lundbeck og bl.a. Alharma, ifølge hvilken sidstnævnte selskab og dets datterselskaber »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 af myndighederne i Det Forenede Kongerige meddelte patenter på krystallisering og på filmdestillation] eller i ethvert andet tilsvarende patent, som indtil den 30. juni 2002 opnås eller gøres til genstand for en ansøgning i de Relevante Områder« (herefter »Alharma-forligskendelsen«).

D – *Aftalen med Ranbaxy*

- 46 Lundbeck underskrev den 16. juni 2002 en aftale med Ranbaxy Laboratories (herefter »Ranbaxy-aftalen«) for en periode på 360 dage. I henhold til et tillæg underskrevet den 19. februar 2003 (herefter »Ranbaxy-tillægget«) blev denne aftale forlænget indtil den 31. december 2003. Aftalen havde derfor en samlet løbetid fra den 16. juni 2002 til den 31. december 2003 (herefter »Ranbaxy-aftalens løbetid«).
- 47 Præamblen til Ranbaxy-aftalen (herefter »Ranbaxy-præamblen«) har følgende ordlyd:
- Ranbaxy Laboratories har i Indien ansøgt om to procespatenter vedrørende citalopram og har fremstillet lægemidler indeholdende citalopram i den hensigt at bringe dem i omsætning på markedet i bl.a. EØS (anden og tredje betragtning i Ranbaxy-præamblen samt bilag A til Ranbaxy-aftalen).
 - Lundbeck har underkastet dette citalopram laboratorietest og har heraf konkluderet, at de anvendte processer krænker patentet på amid og patentet på jod, idet dette sidstnævnte endnu ikke er blevet udstedt (jf. præmis 19 ovenfor), mens Ranbaxy Laboratories bestrider forekomsten af sådanne krænkelser (femte til ottende betragtning i Ranbaxy-præamblen).
 - Lundbeck og Ranbaxy Laboratories er nået frem til en aftale for at undgå en tvist om patenter, som ville blive dyr og tidskrævende, og hvis udfald ikke ville kunne forudses med absolut sikkerhed (niende betragtning i præamblen).
- 48 I Ranbaxy-aftalen bestemmes bl.a. følgende:
- »Med forbehold af de i [denne aftale] fastsatte betingelser og betalinger fra Lundbeck gør Ranbaxy Laboratories ikke krav på nogen rettighed vedrørende [p]atentansøgningen [omhandlet i Ranbaxy hertil] eller vedrørende nogen af Ranbaxy Laboratories anvendt fremstillingsmetode, og annullerer, standser og afstår fra fremstilling eller salg af farmaceutiske præparater baseret på disse [i bl.a. EØS] i denne aftales løbetid [...]« (Ranbaxy-aftalens punkt 1.1 og Ranbaxy-tillæggets punkt 1.0).
 - »I tilfælde af krænkelse af de i punkt 1.1 fastsatte forpligtelser eller på begæring af Lundbeck« accepterer Ranbaxy Laboratories og Ranbaxy (UK) at underkaste sig de foreløbige påbud, der afsiges af de kompetente nationale retsinstanser, uden at Lundbeck skal stille nogen sikkerhed eller afgive noget tilsagn ud over, hvad der følger af denne aftale (Ranbaxy-aftalens punkt 1.2).
 - Under hensyn til den mellem parterne indgåede aftale betaler Lundbeck til Ranbaxy Laboratories et beløb på 9,5 mio. USD i trancher fordelt over den relevante periode (Ranbaxy-aftalens punkt 1.3 og Ranbaxy-tillæggets punkt 2.0).
 - Lundbeck sælger til Ranbaxy Laboratories eller til Ranbaxy (UK) citalopramtabletter med en rabat på 40% på prisen af fabrik med henblik på, at de nævnte selskaber sælger disse tabletter på markedet i Det Forenede Kongerige (Ranbaxy-aftalens punkt 1.3 og bilag B til denne).
 - Lundbeck og Ranbaxy Laboratories forpligter sig til ikke at anlægge søgsmål mod hinanden støttet på noget ovenfor i selve aftalen omhandlet patent (Ranbaxy-aftalens punkt 1.4).

IV – *Kommissionens skridt inden for lægemiddelsektoren og den administrative procedure*

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

- 50 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.
- 51 Kommissionen gennemførte mellem 2003 og 2006 kontrolundersøgelser som omhandlet i artikel 20, stk. 4, 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) 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.
- 52 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/D2/39514). 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.
- 53 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.
- 54 Kommissionen indledte den 7. januar 2010 den formelle procedure over for Lundbeck.
- 55 I løbet af 2010 og første halvår af 2011 sendte Kommissionen anmodninger om oplysninger til Lundbeck og til de andre selskaber, der var parter i de omtvistede aftaler.
- 56 Kommissionen indledte den 24. juli 2012 en procedure over for de selskaber, der var parter i de omtvistede aftaler, og tilsendte disse såvel som Lundbeck en klagepunktsmeddelelse.
- 57 Alle de adressater for denne meddelelse, som havde ansøgt herom, blev hørt ved de høringer, der blev afholdt den 14. og den 15. marts 2013.
- 58 Kommissionen sendte den 12. april 2013 en fremstilling af de faktiske omstændigheder til adressaterne for klagepunktsmeddelelsen.
- 59 Høringskonsulenten afgav sin endelige rapport den 17. juni 2013.
- 60 Den 19. juni 2013 vedtog Kommissionen afgørelse C(2013) 3803 final om en procedure i henhold til artikel 101 [TEUF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag AT/39226 – Lundbeck, herefter »den anfægtede afgørelse«).

V – Den anfægtede afgørelse

- 61 Kommissionen fandt ved den anfægtede afgørelse, at de omtvistede aftaler havde »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF og i EØS-aftalens artikel 53, stk. 1 (den anfægtede afgørelses artikel 1, stk. 1).
- 62 De to aftaler, der var indgået mellem Merck (GUK) og Lundbeck, blev anset for at udgøre en samlet og vedvarende overtrædelse, der strakte sig fra den 24. januar 2002 til den 1. november 2003.

- 63 Som det fremgår af det resumé, der er indeholdt i 824. og 874. betragtning til den anfægtede afgørelse, støttede Kommissionen sig i denne forbindelse navnlig på de følgende forhold:
- På tidspunktet for indgåelsen af disse aftaler var Lundbeck og Merck (GUK) i det mindste potentielle konkurrenter i Det Forenede Kongerige og i EØS og faktiske konkurrenter i Det Forenede Kongerige inden den anden forlængelse af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige.
 - Lundbeck foretog i henhold til disse aftaler en betydelig værdioverførsel til fordel for Merck (GUK).
 - Denne værdioverførsel var knyttet til Mercks (GUK) accept af de begrænsninger i adgangen til markedet, som var indeholdt i de nævnte aftaler, og særligt til selskabets tilsagn om ikke at sælge Natcos citalopram eller noget andet generisk citalopram i Det Forenede Kongerige og EØS i disse aftalers relevante løbetid.
 - Denne værdioverførsel svarede omtrent til de fortjenester, som Merck (GUK) håbede at opnå, såfremt dette selskab med succes var trådt ind på markedet.
 - Lundbeck kunne ikke have opnået sådanne begrænsninger under påberåbelse af sine procespatenter, eftersom de forpligtelser, der påhvilede Merck (GUK) i henhold til disse aftaler, gik videre end de rettigheder, der er tillagt indehavere af procespatenter.
 - Disse aftaler fastsatte ikke nogen forpligtelse for Lundbeck til at undlade at anlægge patentkrænkelssøgsmål mod Merck (GUK) i tilfælde af, at sidstnævnte efter aftalernes udløb trådte ind på markedet med generisk citalopram.
- 64 De to aftaler, der var indgået mellem Arrow og Lundbeck, blev anset for at udgøre en samlet og vedvarende overtrædelse, der strakte sig fra den 24. januar 2002 til den 20. oktober 2003.
- 65 Som det fremgår af de resuméer, der er indeholdt i 962. og 1013. betragtning til den anfægtede afgørelse, og som angår henholdsvis Arrow UK-aftalen og den danske Arrow-aftale, støttede Kommissionen sig navnlig på de følgende forhold:
- På tidspunktet for indgåelsen af disse aftaler var Lundbeck og Arrow i det mindste potentielle konkurrenter i Det Forenede Kongerige og i Danmark.
 - Lundbeck foretog i henhold til disse aftaler en betydelig værdioverførsel til fordel for Arrow.
 - Denne værdioverførsel var knyttet til Arrows accept af de begrænsninger i selskabets adgang til markedet for citalopram i Det Forenede Kongerige og i Danmark, som var indeholdt i de nævnte aftaler, og særligt til Arrows tilsagn om ikke at sælge generisk citalopram, som Lundbeck anså for at krænke dets patenter, og det i disse aftalers respektive løbetider.
 - Denne værdioverførsel svarede i det væsentlige til de fortjenester, som Arrow kunne have opnået, såfremt dette selskab med succes var trådt ind på markedet.
 - Lundbeck kunne ikke have opnået sådanne begrænsninger gennem anvendelsen af sine nye patenter, eftersom de forpligtelser, der påhvilede Arrow i henhold til disse aftaler, gik videre end de rettigheder, der er tillagt en indehaver af procespatenter.
 - Disse aftaler fastsatte ikke nogen forpligtelse for Lundbeck til at undlade at anlægge patentkrænkelssøgsmål mod Arrow i tilfælde af, at sidstnævnte efter den ene eller den anden af disse aftalers udløb trådte ind på markedet i Det Forenede Kongerige eller i Danmark med generisk citalopram.

- 66 Hvad angår Alpharma-aftalen støttede Kommissionen sig, som det fremgår af det resumé, der er indeholdt i 1087. betragtning til den anfægtede afgørelse, navnlig på de følgende forhold:
- På tidspunktet for indgåelsen af denne aftale var Lundbeck og Alpharma-koncernen i det mindste potentielle konkurrenter i flere EØS-lande.
 - Lundbeck foretog i henhold til denne aftale 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 patenterne på krystallisering og på filmdestillation, eftersom de forpligtelser, der påhvilede Alpharma-koncernen i henhold til denne aftale, gik videre end de rettigheder, der er tillagt en indehaver af procespatenter.
 - Aftalen fastsatte ikke nogen forpligtelse for Lundbeck til at undlade at anlægge patentkrænkelsessøgsmål mod Alpharma-koncernen i tilfælde af, at sidstnævnte efter aftalens udløb trådte ind på markedet med generisk citalopram.
- 67 Hvad angår Ranbaxy-aftalen støttede Kommissionen sig, som det fremgår af det resumé, der er indeholdt i 1174. betragtning til den anfægtede afgørelse, navnlig på de følgende forhold:
- På tidspunktet for indgåelsen af denne aftale var Lundbeck og Ranbaxy i det mindste potentielle konkurrenter inden for EØS.
 - Lundbeck foretog i henhold til denne aftale en betydelig værdioverførsel til fordel for Ranbaxy.
 - Denne værdioverførsel var knyttet til Ranbaxys accept af de begrænsninger i selskabets adgang til markedet, som var indeholdt i den nævnte aftale, og særligt til Ranbaxys tilsagn om ikke at fremstille eller sælge sit citalopram i EØS i den relevante periode, det være sig ved hjælp af sine egne datterselskaber eller gennem tredjeparter.
 - Denne værdioverførsel var betydeligt større end de fortjenester, som Ranbaxy kunne have opnået ved salg af det generiske citalopram, som dette selskab indtil da havde fremstillet.
 - Lundbeck kunne ikke have opnået sådanne begrænsninger under påberåbelse af sine procespatenter, eftersom de forpligtelser, der påhvilede Ranbaxy i henhold til denne aftale, gik videre end de rettigheder, der er tillagt en indehaver af procespatenter.
 - Aftalen fastsatte ikke nogen forpligtelse for Lundbeck til at undlade at anlægge patentkrænkelsessøgsmål mod Ranbaxy i tilfælde af, at sidstnævnte efter den omtvistede aftales udløb trådte ind på markedet med sit generiske citalopram.
- 68 Kommissionen pålagde ligeledes alle parterne i de omtvistede aftaler bøder. I dette øjemed anvendte den retningslinjerne 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«). I forhold til Lundbeck fulgte Kommissionen den generelle metode, der er beskrevet i 2006-retningslinjerne, og som er støttet på værdien af den afsætning af det omhandlede produkt, som hver deltager i et kartel har opnået (1316.-1358. betragtning til den anfægtede afgørelse). Hvad derimod angik de øvrige parter i de

omtvistede aftaler, dvs. de generiske virksomheder, benyttede Kommissionen den i 2006-retningslinjernes 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 anfægtede afgørelse).

- 69 Hvad angik de andre parter i de omtvistede aftaler end Lundbeck 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 disse 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 i den anfægtede afgørelse for fuldstændighedens skyld (1361. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 70 I forhold til Lundbeck anvendte Kommissionen derimod den generelle metode, der er beskrevet i 2006-retningslinjerne, idet den støttede sig på værdien af afsætningen på det pågældende marked. Eftersom Lundbecks afsætning af citalopram var faldet betydeligt i de omtvistede aftalers løbetid, og disse aftaler ikke dækkede et fuldt regnskabsår, beregnede Kommissionen en årlig gennemsnitlig værdi af afsætningen. I dette øjemed beregnede den først den månedlige gennemsnitlige værdi af Lundbecks afsætning af citalopram i hver af de omtvistede aftalers løbetid, hvorpå den multiplicerede denne værdi med tolv (1326. betragtning og fodnote 2215 til den anfægtede afgørelse).
- 71 Kommissionen pålagde i øvrigt Lundbeck fire separate bøder, eftersom de seks omtvistede aftaler blev anset for at have resulteret i fire særskilte overtrædelser, for så vidt som de to aftaler mellem Lundbeck og Merck (GUK) resulterede i en samlet og vedvarende overtrædelse, ligesom de to aftaler mellem Lundbeck og Arrow. For ikke at nå frem til en uforholdsmæssig bøde anvendte Kommissionen dog, henset til den konkrete sags omstændigheder, en korrektionsfaktor i nedadgående retning, der var baseret på en metode, som afspejlede de geografiske og tidsmæssige overlapninger mellem de forskellige overtrædelser (1329. betragtning til den anfægtede afgørelse). Denne metode førte til en nedsættelse på 15% for hver overtrædelse, hvor der blev konstateret overlapninger (fodnote 2218 til den anfægtede afgørelse).
- 72 Under hensyn til grovheden af de fastslåede overtrædelser – som Kommissionen kvalificerede som »alvorlige«, idet de medførte en udelukkelse fra markedet – Lundbecks høje markedsandel hvad angik de af disse overtrædelser omfattede produkter, de omtvistede aftalers meget udstrakte geografiske rækkevidde og det forhold, at samtlige disse aftaler var blevet udmøntet i praksis, fandt Kommissionen, at den del af afsætningens værdi, der skulle anvendes, skulle fastsættes til 11% for de overtrædelser, hvis geografiske rækkevidde var hele EØS, og til 10% for de øvrige (1331. og 1332. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 73 I medfør af 2006-retningslinjernes punkt 25 anvendte Kommissionen en multiplikationskoefficient på dette beløb for at tage højde for overtrædelsernes varighed (1334.-1337. betragtning til den anfægtede afgørelse), og et ekstrabeløb på 10% for den første begåede overtrædelse, dvs. den vedrørende de med Arrow indgåede aftaler, for at sikre, at de bøder, der blev pålagt sagsøgerne, havde en tilstrækkeligt afskrækkende virkning (1340. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 74 Henset til undersøgelsens samlede varighed indrømmede Kommissionen dog alle adressaterne for den anfægtede afgørelse en nedsættelse på 10% af størrelsen af de pålagte bøder (1349. og 1380. betragtning til den anfægtede afgørelse).

75 På grundlag af disse betragtninger og henset til det forhold, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige var blevet underskrevet af Lundbeck Ltd, pålagde Kommissionen Lundbeck en samlet bøde på 93 766 000 EUR, heraf 5 306 000 EUR in solidum med Lundbeck Ltd, der er således sammensat (1238. og 1358. betragtning til den anfægtede afgørelse samt dennes artikel 2):

- 19 893 000 EUR for aftalerne indgået med Merck (GUK), heraf 5 306 000 EUR in solidum med Lundbeck Ltd
- 12 951 000 EUR for aftalerne indgået med Arrow
- 31 968 000 EUR for aftalen indgået med Alpharma
- 28 954 000 EUR for aftalen indgået med Ranbaxy.

Retsforhandlinger og parternes påstande

76 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. august 2013 har sagsøgerne, Lundbeck og Lundbeck Ltd, anlagt nærværende søgsmål.

77 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Niende Afdeling den 20. maj 2014 har European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (herefter »EFPIA« eller »intervenienten«) fået tilladelse til at intervenere i den foreliggende sag til støtte for sagsøgernes påstande.

78 Som led i de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er fastsat i artikel 64 i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, er sagens hovedparter blevet opfordret til, i forbindelse med deres bemærkninger til EFPIA's interventionsindlæg, skriftligt at udtale sig om de eventuelle følger for den foreliggende sag af dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, Sml., EU:C:2014:2204).

79 Sagens parter har fremsendt deres bemærkninger inden for den fastsatte frist ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor den 15. januar 2015.

80 Retsforhandlingernes skriftlige del blev afsluttet den samme dag.

81 På forslag fra den refererende dommer har Retten (Niende Afdeling) besluttet at indlede retsforhandlingernes mundtlige del, og den har som led i de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er fastsat i artikel 89 i dens procesreglement, stillet parterne en række spørgsmål til skriftlig besvarelse.

82 Parterne har inden for den fastsatte frist besvaret disse spørgsmål ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor den 30. oktober 2015.

83 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 26. november 2015.

84 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

- Der anordnes bevisoptagelse med henblik på, at Kommissionen fremlægger ikke-redigerede udgaver af sin korrespondance med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
- Subsidiært annulleres de bøder, som sagsøgerne er blevet pålagt i medfør af denne afgørelse.

- Mere subsidiært nedsættes de nævnte bøder væsentligt.
 - Under alle omstændigheder tilpligtes Kommissionen at betale de af sagsøgerne afholdte omkostninger.
 - Retten vedtager enhver foranstaltning, som den finder hensigtsmæssig.
- 85 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger med undtagelse af de af intervenienten afholdte omkostninger.
 - Intervenienten pålægges at afholde sine egne omkostninger.
- 86 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som den vedrører sagsøgerne.
 - Kommissionen tilpligtes at betale de af intervenienten afholdte omkostninger.
- 87 Hvad angår sagsøgernes påstand om, at der anordnes bevisoptagelse med henblik på, at Kommissionen fremlægger ikke-redigerede udgaver af sin korrespondance med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, skal det bemærkes, at sagsøgerne efter den uopfordrede fremlæggelse af disse dokumenter i forbindelse med nærværende søgsmål har bekræftet i retsmødet, at de ikke ønsker at opretholde denne.

Retlige bemærkninger

- 88 Sagsøgerne har fremsat ti anbringender til støtte for deres søgsmål. Disse skal undersøges i den rækkefølge, hvori sagsøgerne har fremsat dem.

I – Det første anbringende om, at der er begået retlige fejl og foretaget urigtige skøn derved, at det i den anfægtede afgørelse er lagt til grund, at de generiske virksomheder og Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler i det mindste var potentielle konkurrenter

- 89 Sagsøgerne har gjort gældende, at der i den anfægtede afgørelse er foretaget en fejlagtig fortolkning af den relevante retspraksis om fastslåelse af, hvorvidt en aftale begrænser den potentielle konkurrence, som forudsætter, at der i fravær af aftalen ville bestå reelle og konkrete muligheder for at komme ind på markedet, og finder, at Kommissionen i denne henseende har set bort fra væsentlige faktiske omstændigheder.
- 90 Inden sagsøgernes argumenter undersøges, skal der foretages en kort gennemgang af den relevante retspraksis og den fremgangsmåde, som Kommissionen har anvendt i den anfægtede afgørelse i forhold til den potentielle konkurrence mellem Lundbeck og de generiske virksomheder.

A – Analysen i den anfægtede afgørelse af den potentielle konkurrence

- 91 Kommissionen undersøgte i 615.-620. betragtning til den anfægtede 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.

- 92 Den første fase kan begynde flere år før udløbet af patentet på en aktiv lægemiddelbestanddel, når de generiske producenter, 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 generisk virksomhed 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 generiske producenter 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.
- 93 Det forestående udløb af patentet på en aktiv lægemiddelbestanddel fremkalder derfor en dynamisk konkurrenceproces, i løbet af hvilken de forskellige virksomheder, der fremstiller generiske lægemidler, rivaliserer om at blive de første til at indtræde på markedet. Den første af disse virksomheder, for hvem det lykkes at indtræde på markedet, kan således skabe betydelige fortjenester, inden konkurrencen intensiveres, og priserne falder drastisk. Dette er grunden til, at disse virksomheder er parate til at foretage omfattende investeringer og påtage sig store risici for at blive de første til at indtræde på markedet for det pågældende produkt, så snart patentet på den omhandlede aktive lægemiddelbestanddel udløber.
- 94 I forbindelse med disse to faser af den potentielle konkurrence er de virksomheder, der fremstiller generiske lægemidler eller påtænker at sælge disse, 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, såsom muligheden for at anmode om en erklæring om, at der ikke foreligger en patentkrænkelse, eller at »fjerne hindringerne« ved at underrette originalproducenten om deres hensigt om at indtræde på markedet. De kan ligeledes lancere deres produkter »med risiko« ved at forsvare sig mod potentielle påstande om patentkrænkelse eller ved at fremsætte et modkrav for at anfægte gyldigheden af de patenter, der er påberåbt til støtte for et patentkrænkelsessøgsmål. Endelig kan de også samarbejde med deres leverandør af den aktive lægemiddelbestanddel om at ændre fremstillingsprocessen eller reducere risiciene for patentkrænkelse, eller de kan skifte til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel for at undgå en sådan risiko.
- 95 Kommissionen bemærkede i 621.-623. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Lundbecks originalpatenter i det konkrete tilfælde var udløbet i januar 2002 i de fleste EØS-lande. Dette havde fremkaldt en dynamisk konkurrenceproces, i hvilken flere virksomheder, der fremstillede eller solgte generiske lægemidler, havde taget en række skridt for at blive de første til at indtræde på markedet. Lundbeck fornemmede denne trussel allerede fra december 1999, da selskabet i sin strategiplan for 2000 skrev, at »det [var] sandsynligt, at de generiske lægemidler frem mod 2002 vil[le] have overtaget en væsentlig markedsandel af Cipramil-salget«. På tilsvarende vis skrev Lundbeck i december 2001 i sin strategiplan for 2002, at selskabet forventede, at markedet i navnlig Det Forenede Kongerige ville blive hårdt ramt af konkurrencen fra generiske lægemidler. Henset til disse forhold konkluderede Kommissionen, at de generiske virksomheder udøvede et konkurrencepres på Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler.
- 96 Endvidere bemærkede Kommissionen i 624.-633. betragtning til den anfægtede afgørelse, at anfægtelse af patenter var et udtryk for den potentielle konkurrence inden for lægemiddelsektoren. Den påpegede i denne forbindelse, at i EØS var virksomheder, der ønskede at sælge generiske lægemidler, ikke forpligtede til at påvise, at deres produkter ikke krænkede noget patent, for at kunne opnå en markedsføringstilladelse eller for at begynde at markedsføre disse. Det tilkommer originalproducenten at bevise, at disse produkter i det mindste for en umiddelbar betragtning krænker et af dennes patenter, for at en retsinstans kan pålægge den pågældende virksomhed ikke længere at sælge sine produkter på markedet. I det konkrete tilfælde fandt Kommissionen imidlertid, idet den især baserede sig på vurderingerne fra parterne i de omtvistede aftaler, at patentet på krystallisering – på hvilket

Lundbeck i væsentlig grad støttede sig for at blokere de generiske lægemidlers indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige – med indtil 60% sandsynlighed ville blive underkendt af en retsinstans, og at det af de generiske virksomheder blev opfattet som lidet innovativt. Kommissionen fandt under sådanne omstændigheder, at de generiske virksomheders indtræden »med risiko« på markedet og dét, at de eventuelt kunne blive stillet over for patentkrænkelssøgsmål fra Lundbeck, udgjorde et udtryk for en potentiel konkurrence. Kommissionen konkluderede herefter, at Lundbecks procespatenter ikke gav grundlag for at blokere alle de muligheder, som de generiske virksomheder havde for at indtræde på markedet.

97 Kommissionen identificerede i 635. betragtning til den anfægtede afgørelse otte mulige adgange til det omhandlede marked, som var de følgende:

- for det første at lancere produktet »med risiko« ved at imødegå eventuelle patentkrænkelssøgsmål fra Lundbeck
- for det andet at bestræbe sig på »at fjerne hindringerne« med originalproducenten inden en indtræden på markedet, navnlig i Det Forenede Kongerige
- for det tredje at anlægge søgsmål ved en national retsinstans med påstand om fastslåelse af, at der ikke foreligger en patentkrænkelssøgsmål, inden en indtræden på markedet
- for det fjerde at påberåbe sig et patents ugyldighed for en national retsinstans i forbindelse med et modkrav, der følger efter et patentkrænkelssøgsmål fra originalproducenten
- for det femte at anfægte et patent for de kompetente nationale myndigheder eller for EPO med begæring om, at dette patent tilbagekaldes eller begrænses
- for det sjette at samarbejde med den nuværende producent af den aktive lægemiddelbestanddel eller dennes leverandør om at ændre producentens proces for således at fjerne eller reducere risikoen for krænkelse af originalproducentens procespatenter
- for det syvende at skifte til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel inden for rammerne af en eksisterende forsyningskontrakt
- for det ottende at skifte til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel uden for en eksisterende forsyningskontrakt, enten fordi den nævnte kontrakt tillod det, eller potentielt fordi en eksklusiv forsyningskontrakt kunne blive underkendt, såfremt det blev fastslået, at den aktive lægemiddelbestanddel krænkede Lundbecks procespatenter.

B – *Gældende principper og retspraksis*

1. Begrebet potentiel konkurrence

- 98 Det skal først bemærkes, at artikel 101, stk. 1, TEUF under hensyn til dens betingelser om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne og følgevirkninger på konkurrencen kun kan anses for at finde anvendelse på erhvervsgrene, der er åbne for konkurrence (jf. dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, Sml., EU:T:2012:332, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).
- 99 Det følger af retspraksis, at undersøgelsen af konkurrencevilkårene på et givent marked ikke alene er baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence, således at det kan fastslås, om der i betragtning af markedsstrukturen og den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion er reelle og konkrete muligheder for, at de berørte virksomheder konkurrerer indbyrdes, eller for, at en

ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (dom af 15.9.1998, *European Night Services* m.fl. mod Kommissionen, T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, Sml., EU:T:1998:198, præmis 137, og af 14.4.2011, *Visa Europe* og *Visa International Service* mod Kommissionen, T-461/07, Sml., EU:T:2011:181, præmis 68, og dom *E.ON Ruhrgas* og *E.ON* mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 85).

- 100 Med henblik på at fastslå, om en virksomhed udgør en potentiel konkurrent på et marked, bør Kommissionen kontrollere, hvorvidt der – såfremt den aftale, som den undersøger, ikke var blevet indgået – ville have foreligget reelle og konkrete muligheder for, at denne virksomhed kunne indtræde på det nævnte marked og konkurrere med de virksomheder, som var etableret dér. Et sådant bevis skal ikke baseres på en formodning, men skal understøttes af faktiske forhold eller af en relevant markedsstrukturanalyse. En virksomhed kan således ikke betegnes som en potentiel konkurrent, hvis dens indtræden på markedet ikke udgør en holdbar økonomisk strategi (jf. dom *E.ON Ruhrgas* og *E.ON* mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis).
- 101 Det følger nødvendigvis heraf, at hvis en virksomheds planer om at indtræde på et marked eventuelt har betydning for vurderingen af, om den kan betragtes som en potentiel konkurrent på dette marked, er det væsentlige element, som en sådan betegnelse skal baseres på, imidlertid dens evne til at indtræde på dette marked (jf. dom *E.ON Ruhrgas* og *E.ON* mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis).
- 102 I denne forbindelse bør det nævnes, at en begrænsning af den potentielle konkurrence, som alene en virksomheds tilstedeværelse uden for markedet kan udgøre, ikke kan være betinget af et bevis for denne virksomheds planer om på kort sigt at indtræde på dette marked. Denne virksomheds tilstedeværelse kan således alene føre til et konkurrencepres på de virksomheder, der er aktive på dette marked, idet presset består i risikoen for en ny konkurrents indtræden i tilfælde af udvikling af markedets tiltrækningskraft (dom *Visa Europe* og *Visa International Service* mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2011:181, præmis 169).
- 103 Det er i øvrigt ligeledes blevet præciseret i retspraksis, at selve det forhold, at en virksomhed, der i forvejen var til stede på et marked, søgte at indgå aftaler eller at oprette mekanismer til udveksling af oplysninger med andre virksomheder, der ikke var til stede på dette marked, udgjorde en stærk indikation på, at det ikke var umuligt at trænge ind på dette marked (jf. i denne retning dom af 12.7.2011, *Hitachi* m.fl. mod Kommissionen, T-112/07, Sml., EU:T:2011:342, præmis 226, og af 21.5.2014, *Toshiba* mod Kommissionen, T-519/09, EU:T:2014:263, præmis 231).
- 104 Selv om det følger af denne retspraksis, at Kommissionen bl.a. kan støtte sig på opfattelsen hos den på markedet tilstedeværende virksomhed for at vurdere, hvorvidt andre virksomheder er potentielle konkurrenter til denne, forholder det sig ikke desto mindre således, at den rent teoretiske mulighed for at komme ind på markedet ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en potentiel konkurrence. Kommissionen skal derfor bevise gennem faktiske oplysninger eller en relevant markedsstrukturanalyse, at en indtræden på markedet kunne have fundet sted tilstrækkeligt hurtigt, således at truslen om en potentiel indtrængning lagde begrænsninger på markedsdeltagernes adfærd gennem omkostninger, der ville have været økonomisk overkommelige (jf. i denne retning dom *E.ON Ruhrgas* og *E.ON* mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 106 og 114).

2. Bevisbyrden

- 105 Det er fastsat i retspraksis såvel som i artikel 2 i forordning nr. 1/2003, at det påhviler den part eller myndighed, der gør en tilsidesættelse af konkurrencereglerne gældende, at føre bevis herfor. I tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, skal Kommissionen således føre bevis for de

fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelser, faktisk foreligger (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, Sml., EU:T:2013:188, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

- 106 Såfremt der i denne forbindelse foreligger en tvivl hos retsinstansen, skal dette komme den virksomhed, der er adressat for den beslutning, hvorved der fastslås en overtrædelse, til gode. Retten kan derfor ikke konkludere, at Kommissionen har ført fornødent bevis for den pågældende overtrædelse, hvis den fortsat nærer tvivl vedrørende dette spørgsmål, navnlig i en sag, hvori der er nedlagt påstand om annullation af en afgørelse, hvorved der pålægges en bøde (jf. dom CISAC mod Kommissionen, nævnt i præmis 105 ovenfor, EU:T:2013:188, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis).
- 107 Der skal således tages hensyn til uskyldsformodningen, således som den bl.a. fremgår af artikel 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Henset til karakteren af de pågældende overtrædelser samt til karakteren og alvoren af de sanktioner, der kan knyttes hertil, finder uskyldsformodningen særligt anvendelse på procedurer vedrørende tilsidesættelser af konkurrencereglerne, der gælder for virksomhederne, og som vil kunne føre til pålæggelse af bøder eller tvangsbøder (jf. i denne retning dom CISAC mod Kommissionen, nævnt i præmis 105 ovenfor, EU:T:2013:188, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).
- 108 Der skal i øvrigt tages hensyn til den ikke ubetydelige skade, som en fysisk eller juridisk persons omdømme kan lide som følge af, at det fastslås, at den pågældende har været involveret i en overtrædelse af konkurrencereglerne (jf. dom CISAC mod Kommissionen, nævnt i præmis 105 ovenfor, EU:T:2013:188, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis).
- 109 Det er derfor nødvendigt, at Kommissionen baserer sig på præcise og samstemmende beviser, for at den kan fastslå, at overtrædelser foreligger, og for at den kan danne sig en fast overbevisning om, at de påståede overtrædelser udgør konkurrencebegrænsninger i artikel 101, stk. 1, TEUF's forstand (jf. dom CISAC mod Kommissionen, nævnt i præmis 105 ovenfor, EU:T:2013:188, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).
- 110 Det skal imidlertid fremhæves, at hvert enkelt af de af Kommissionen fremlagte beviser ikke nødvendigvis skal opfylde disse kriterier i forhold til hvert enkelt led i overtrædelserne. Det er tilstrækkeligt, at den række indicier, som institutionen har påberåbt sig, bedømt i deres helhed opfylder dette krav (jf. dom CISAC mod Kommissionen, nævnt i præmis 105 ovenfor, EU:T:2013:188, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).
- 111 Endelig skal det bemærkes, at såfremt Kommissionen godtgør, at den pågældende virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende foranstaltning, påhviler det denne virksomhed at fremkomme med en anden forklaring på sin adfærd, hvorved den ikke alene kan anvende dokumenter, der ikke er blevet udleveret, men alle de midler, som den råder over (jf. i denne retning dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Sml., EU:C:2004:6, præmis 79 og 132).
- 112 Når Kommissionen råder over dokumentbeviser for en konkurrencebegrænsende praksis, kan de pågældende virksomheder dog ikke begrænse sig til at anføre omstændigheder, der kunne sætte de af Kommissionen konstaterede forhold i et andet lys og dermed give en anden forklaring på disse end den, der blev lagt til grund i Kommissionens afgørelse. Hvor der foreligger dokumentbeviser, påhviler det således de nævnte virksomheder ikke alene at give en angivelig anden forklaring på de forhold, som Kommissionen har konstateret, men at bestride eksistensen af disse forhold, som er bevist ved de af Kommissionen fremlagte dokumenter (jf. i denne retning dom CISAC mod Kommissionen, nævnt i præmis 105 ovenfor, EU:T:2013:188, præmis 99 og den deri nævnte retspraksis).

3. Rækkevidden af den kontrol, der udøves af Retten

- 113 Det skal anføres, at artikel 263 TEUF indebærer, at Unionens retsinstanser udøver en såvel retlig som faktisk kontrol af de argumenter, som sagsøgerne har fremført over for den anfægtede afgørelse, og at de har beføjelse til at bedømme beviser og annullere den nævnte afgørelse. Det gælder følgelig, at selv om Kommissionen på de områder, der giver anledning til komplekse økonomiske vurderinger, råder over en skønsmargen, indebærer dette ikke, at Unionens retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal således navnlig ikke blot efterprøve den materielle nøjagtighed af de beviser, der påberåbes, deres troværdighed og sammenhæng, men også kontrollere, om disse oplysninger omfatter alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning for at kunne vurdere en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de konklusioner, der udledes heraf (jf. i denne retning dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, Sml., EU:C:2014:2062, præmis 53 og 54 og den deri nævnte retspraksis).
- 114 Det er i lyset af disse betragtninger, at der skal ske en undersøgelse af sagsøgernes argumenter om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem disse og de generiske virksomheder.

C – Det første led om, at lanceringen af lægemidler, der krænker tredjeparters intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke udgør et udtryk for en potentiel konkurrence som omhandlet i artikel 101 TEUF

- 115 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en retlig fejl derved, at det deri lægges til grund, at lanceringen af lægemidler, der krænker tredjeparters intellektuelle ejendomsrettigheder, er et udtryk for en potentiel konkurrence som omhandlet i artikel 101 TEUF. At støtte tilstedeværelsen af en potentiel konkurrence på en antagelse om en lancering af generiske lægemidler på markedet, med risikoen for at skulle imødegå et patentkrænkelssøgsmål på grundlag af disses patenter, er uforeneligt med den beskyttelse af patenter og enerettigheder, der følger heraf. Artikel 101 TEUF beskytter udelukkende den lovlige konkurrence, og denne kan ikke eksistere, når en enerettighed såsom et patent retligt eller faktisk forhindrer en indtræden på markedet.
- 116 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 117 Det skal bemærkes, at den særlige genstand for industriel ejendomsret navnlig er at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderens for hans kreative anstrengelser – med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning (dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, Sml., EU:C:1974:114, præmis 9).
- 118 Imidlertid udelukker retspraksis på ingen måde anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF på mindelige aftaler, der kan indgås på patentområdet. Det er tværtimod fastslået i retspraksis, at selv om de ved en medlemsstats lovgivning indrømmede rettigheder på området for industriel ejendomsret ikke berøres i deres eksistens af den nævnte artikel, kan vilkårene for udøvelsen af disse imidlertid rammes af forbuddene i denne bestemmelse. Dette kan være tilfældet, hver gang udøvelsen af en sådan rettighed må betragtes som genstand for, middel til eller resultat af et kartel (jf. i denne retning dom Centrafarm og de Peijper, nævnt i præmis 117 ovenfor, EU:C:1974:114, præmis 39 og 40).
- 119 Det følger på tilsvarende vis af retspraksis, at selv om det ikke tilkommer Kommissionen at fastlægge et patents rækkevidde, kan denne ikke afholde sig fra ethvert initiativ, når et patents rækkevidde er relevant for vurderingen af en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF (dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, Sml., herefter »dom Windsurfing«, EU:C:1986:75, præmis 26). Domstolen har tillige præciseret, at patentets særlige genstand ikke kan

fortolkes således, at den tillige garanterer en beskyttelse mod søgsmål, der tilsigter at bestride et patents gyldighed, henset til, at det er i offentlighedens interesse at fjerne enhver hindring for økonomisk aktivitet, der kunne følge af et uretmæssigt tildelt patent (dom Windsurfing, nævnt ovenfor, EU:C:1986:75, præmis 92).

- 120 I den konkrete sag hviler sagsøgernes argument imidlertid på den fejlagtige præmis, at de generiske virksomheder på den ene side uden nogen tvivl krænkede deres patenter, og at disse patenter på den anden side bestemt ville have modstået de ugyldighedsindsigelser, der måtte være blevet fremsat af disse i forbindelse med eventuelle patentkrænkelssøgsmål.
- 121 Selv om det er rigtigt, at patenter formodes at være gyldige, indtil de udtrykkeligt tilbagekaldes eller kendes ugyldige af en dertil kompetent myndighed eller retsinstans, kan en sådan gyldighedsformodning således ikke være ensbetydende med en ulovlighedsformodning i forhold til de generiske produkter, der lovligt er bragt i omsætning på markedet, og som efter en patentindehavers opfattelse er patentkrænkende.
- 122 Som Kommissionen med rette har gjort gældende, og uden at sagsøgerne har bestridt dette, tilkom det i det konkrete tilfælde disse – i tilfælde af de generiske lægemidlers indtræden på markedet – at godtgøre for de nationale retsinstanser, at disse virksomheder krænkede det ene eller det andet af deres procespatenter, idet en indtræden med risiko ikke i sig selv er ulovlig. I tilfælde af, at Lundbeck havde anlagt patentkrænkelssøgsmål mod de generiske virksomheder, ville det i øvrigt have været muligt, at disse sidstnævnte ved et kontrasøgsmål havde bestridt gyldigheden af det patent, som Lundbeck påberåbte sig. Sådanne søgsmål forekommer således hyppigt på patentområdet og fører i mange tilfælde til, at det procespatent, som patentindehaveren påberåber sig, erklæres ugyldigt (jf. 75. og 76. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det fremgår således af de beviser, der er anført i 157. og 745. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Lundbeck selv vurderede denne sandsynlighed til 50-60% hvad angik patentet på krystallisering.
- 123 Det fremgår desuden klart af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen for at fastslå, at der i det konkrete tilfælde bestod en potentiel konkurrence, støttede sig på den retspraksis, der udspringer af dom European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor (EU:T:1998:198), og Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor (EU:T:2011:181), ifølge hvilken det skal undersøges, om der i betragtning af markedsstrukturen og den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion er reelle og konkrete muligheder for, at de berørte virksomheder konkurrerer indbyrdes, eller for, at en ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (610. og 611. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 124 Under henvisning til de i præmis 122 ovenfor påpegede forhold skal det i denne forbindelse fastslås, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den fandt, at Lundbecks procespatenter ikke nødvendigvis udgjorde uoverstigelige barrierer for de generiske virksomheder (jf. i denne retning dom Toshiba mod Kommissionen, nævnt i præmis 103 ovenfor, EU:T:2014:263, præmis 230), der var opsatte på og parate til at indtræde på markedet for citalopram, og som på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler allerede havde foretaget omfattende investeringer i dette øjemed.
- 125 Det er ganske vist muligt, at sagsøgerne i visse tilfælde kunne have fået medhold ved de kompetente retsinstanser ved at opnå påbud over for eller erstatning fra de generiske virksomheder. Det fremgår imidlertid af de beviser, der er anført i den anfægtede afgørelse for hver enkel af de generiske virksomheder, at en sådan mulighed ikke på det tidspunkt blev opfattet som en tilstrækkeligt troværdig trussel for disse. Således havde Merck (GUK) f.eks. efter offentliggørelsen af Lundbecks patent på krystallisering vurderet, at Natcos citalopram »ikke var omtvistet«, at »ingen af de offentliggjorte patentansøgninger [...] udgjorde noget problem«, og at der, henset til eksperternes udtalelser, ikke var »noget patentproblem overhovedet« (237., 248. og 334. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 126 Der var desuden ingen vished for, at sagsøgerne faktisk ville have anlagt søgsmål i tilfælde af de generiske lægemidlers indtræden på markedet. Det anerkendes ganske vist i den anfægtede afgørelse, at de havde etableret en generel strategi, der bestod i at fremsætte trusler om patentkrænkelssøgsmål eller i at anlægge sådanne søgsmål på grundlag af deres procespatenter. Ikke desto mindre afhang enhver beslutning om at anlægge sag af sagsøgernes indstilling til sandsynligheden for, at der ville blive givet medhold i et søgsmål, og at et markedsført generisk produkt ville blive anset for at krænke et af deres patenter. De vidste imidlertid med sikkerhed, at de »generiske producenter kunne have fremstillet citalopram ved at anvende den proces, der var beskrevet i [deres] oprindelige patent, som beskyttede den aktive lægemiddelbestanddel [...], eller at de kunne have investeret i udvikling af en helt ny proces« (150. betragtning til den anfægtede afgørelse). Stillet over for eventuelle modkrav vidste Lundbeck i øvrigt, at patentet på krystallisering »ikke var det stærkeste af alle patenter«, og at det af nogle af selskabets rivaler blev anset for »gymnasiekemi« (149. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 127 Endelig skal det bemærkes, at Lundbecks originalpatenter i det konkrete tilfælde allerede var udløbet på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler, og at patentet på krystallisering endnu ikke var blevet endeligt meddelt i Det Forenede Kongerige, som omhandlet i paragraph 25 i UK Patents Act 1977 (Det Forenede Kongeriges patentlov fra 1977), på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige og Arrow UK-aftalen. En anordning af foreløbige forholdsregler i Det Forenede Kongerige til fordel for Lundbeck mod Merck (GUK) og Arrow ville derfor have været om ikke umulig, så i det mindste lidet sandsynlig i tilfælde af disse virksomheders indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige inden datoen for meddelelsen af dette patent. Det er som følge heraf lidet sandsynligt, at Lundbeck kunne have opnået påbud over for alle de generiske virksomheder, selv om selskabet systematisk havde anlagt søgsmål mod disse. Ligeledes blev patentet på jod først udstedt den 26. marts 2003.
- 128 Det må herefter fastslås – som Kommissionen har gjort det i 635. betragtning til den anfægtede afgørelse – at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler generelt eksisterede flere fremgangsmåder, som udgjorde konkrete og realistiske muligheder for at indtræde på markedet for de generiske virksomheder (præmis 97 ovenfor). Blandt disse figurerede bl.a. lanceringen af det generiske produkt »med risiko«, med muligheden for at skulle stå over for Lundbeck i forbindelse med eventuelle tvister.
- 129 En sådan mulighed er et udtryk for en potentiel konkurrence i en situation som den foreliggende, hvor Lundbecks originalpatenter, der både vedrørte den aktive lægemiddelbestanddel citalopram og fremstillingsprocesserne alkylering og cyanering, var udløbet, og hvor der eksisterede andre processer, der gjorde det muligt at fremstille generisk citalopram, i forhold til hvilke det ikke var godtgjort, at de krænkede andre af Lundbecks patenter, hvilket sagsøgerne selv har anerkendt i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen. Desuden viser de tiltag og investeringer, som de generiske virksomheder inden indgåelsen af de omtvistede aftaler havde gennemført med henblik på at indtræde på markedet for citalopram – som Kommissionen i den anfægtede afgørelse har redegjort for for hver enkel af de generiske virksomheder (jf. 738.-743. og 827.-832. betragtning for Merck (GUK), 877.-883. og 965.-969. betragtning for Arrow, 1016.-1018. betragtning for Alpharma og 1090.-1102. betragtning for Ranbaxy), og hvis selve eksistens sagsøgerne ikke har bestridt – at disse virksomheder var parate til at indtræde på markedet og at løbe de risici, som en sådan indtræden indebar.
- 130 Endelig skal det argument fra sagsøgerne, ifølge hvilket en indtræden med risiko af de generiske virksomheder ville have været ulovlig, således at den ikke kunne anses for en lovlig udøvelse af en reel eller potentiel konkurrence, ligeledes forkastes.
- 131 Ifølge retspraksis kræves det således alene, at det påvises, at de generiske virksomheder rådede over reelle og konkrete muligheder for og evnen til at indtræde på markedet, hvilket bestemt er tilfældet, når disse havde foretaget omfattende investeringer for at indtræde på markedet, og de allerede havde opnået markedsføringstilladelser eller inden for en rimelig frist havde taget de nødvendige skridt til at

opnå en sådan. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det endda lykkedes for visse af de generiske virksomheder for egen risiko at indtræde på markedet før eller efter indgåelsen af de omtvistede aftaler. Således havde Merck (GUK)'s distributør i Sverige, NM Pharma, i næsten fem måneder gennemført »meget rentable« salg på det svenske marked inden indgåelsen af GUK-aftalen for EØS, uden at blive forstyrret af Lundbeck (837. betragtning til den anfægtede afgørelse). Merck (GUK) havde ligeledes i august 2003 kunnet sælge generiske citalopramtabletter for en værdi af 3,3 mio. GBP i Det Forenede Kongerige, inden selskabet opnåede en anden og mere indbringende forlængelse af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige. At acceptere sagsøgernes standpunkt ville svare til at anerkende, at selv en sådan reel indtræden på markedet ikke udgør et udtryk for en potentiel konkurrence, blot fordi sagsøgerne var overbevist om denne indtrædens ulovlige karakter, og fordi de eventuelt kunne have forsøgt at modsætte sig denne ved at påberåbe sig deres procespatenter i forbindelse med patentkrænkelsessøgsmål. Af de grunde, der er anført i præmis 120-122 ovenfor, kan en sådan argumentation imidlertid kun forkastes.

132 Det er følgelig med urette, at sagsøgerne finder, at Kommissionen har tilsidesat gyldighedsformodningen i forhold til deres patenter og de til disse knyttede ejendomsrettigheder ved at kvalificere de generiske virksomheders indtræden »med risiko« på markedet som et udtryk for en potentiel konkurrence i det foreliggende tilfælde mellem Lundbeck og disse sidstnævnte.

133 Det første led må derfor forkastes.

D – Det andet led om, at Kommissionen støttede sig på subjektive vurderinger med henblik på at konkludere, at de generiske virksomheder var reelle eller potentielle konkurrenter til Lundbeck

134 Sagsøgerne finder, at der er begået fejl i den anfægtede afgørelse derved, at den er baseret på en subjektiv vurdering fra parterne i de omtvistede aftaler angående gyldigheden af et patent og et produkts patentkrænkende karakter med henblik på at fastslå, hvorvidt disse parter udgjorde potentielle konkurrenter.

135 Sagsøgerne er for det første af den opfattelse, at det ikke i den anfægtede afgørelse i tilstrækkeligt omfang er bevist, at de generiske virksomheders subjektive vurdering var, at de mente, at der bestod en reel chance for, at en retsinstans ville fastslå, at Lundbecks patenter var ugyldige og/eller ikke var blevet krænkede. I henhold til artikel 2 i forordning nr. 1/2003 påhvilede det imidlertid Kommissionen at bevise, at en lovlig indtræden var mulig i løbet af de perioder, der var omfattet af de omtvistede aftaler. En sådan vurdering støtter sig endvidere på oplysninger, der er utilstrækkelige og ikke er forblevet ubestridte, således at de ikke kan benyttes til at påvise tilstedeværelsen af en potentiel konkurrence mellem parterne i de omtvistede aftaler.

136 Den anfægtede afgørelse er for det andet forkert og tager ikke hensyn til de objektive omstændigheder, der bekræfter de vanskeligheder, som de generiske virksomheder havde med at indtræde på markedet, såsom de af Lundbeck tilvejebragte videnskabelige oplysninger, som beviste, at der forelå en patentkrænkelse, bekræftelsen fra såvel EPO's appelkammer som Nederlandenes patentmyndighed af gyldigheden af patentet på krystallisering i henseende til alle relevante aspekter, eller det forhold, at Lundbeck havde opnået foreløbige påbud eller andre former for midlertidige foranstaltninger i mere end 50% af de retssager, som selskabet havde anlagt i løbet af årene 2002-2003. Den anfægtede afgørelse har derfor ikke i tilstrækkeligt omfang godtgjort de generiske virksomheders evne til at indtræde på markedet og har ikke afgjort spørgsmålet om, hvorvidt Lundbecks patenter på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler var gyldige og var blevet krænkede, hvilket er et objektivt spørgsmål.

137 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

- 138 Indledningsvis skal Kommissionens tilgang, således som denne fremgår af den anfægtede afgørelse i dens helhed, og som består i primært at tage hensyn til det bevismateriale, der ligger forud for eller er samtidigt med den dato, på hvilken de omtvistede aftaler blev indgået (jf. analogt dom af 11.7.2014, Esso m.fl. mod Kommissionen, T-540/08, Sml., EU:T:2014:630, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis), tiltrædes.
- 139 På den ene side kan Kommissionen således ikke rekonstruere fortiden ved at forestille sig de begivenheder, der ville være indtruffet, og som netop ikke indtraf på grund af disse aftaler. På den anden side har parterne i disse aftaler herefter en stor interesse i at fremføre argumenter med det formål at godtgøre, at de ikke havde nogen realistisk udsigt til at indtræde på markedet, eller at de mente, at deres produkter krænkede det ene eller det andet af Lundbecks patenter. Det er dog alene på grundlag af de oplysninger, som de rådede over dengang, og deres opfattelse af markedet på det tidspunkt, at de besluttede at vedtage en fremgangsmåde og at indgå de omtvistede aftaler.
- 140 I øvrigt er en sådan tilgang i overensstemmelse med den lære, der kan udledes af dom Windsurfing, nævnt i præmis 119 ovenfor (EU:C:1986:75, præmis 26), hvor Domstolen fastslog, at det ikke tilkom Kommissionen at fastlægge et patents rækkevidde, men at den ikke kunne afholde sig fra ethvert initiativ, når et patents rækkevidde var relevant for vurderingen af en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF.
- 141 Kommissionen begik derfor ikke nogen fejl, da den støttede sig på objektive dokumenter, der afspejlede den opfattelse, som parterne i de omtvistede aftaler på tidspunktet for disses indgåelse havde af styrken af Lundbecks procespatenter (jf. bl.a. 669. betragtning til den anfægtede afgørelse) med henblik på at vurdere konkurrencesituationen mellem disse parter, idet det præciseres, at der ligeledes kan tages hensyn til senere fremkomne beviser, for så vidt som de giver mulighed for bedre at fastslå, hvad deres indstilling på det tidspunkt var, at be- eller afkræfte deres standpunkter i denne henseende og bedre at forstå det pågældende markeds funktion. Disse oplysninger kan under alle omstændigheder ikke være afgørende med henblik på undersøgelsen af, om der bestod en potentiel konkurrence mellem parterne i de omtvistede aftaler.
- 142 Det er desuden med urette, at sagsøgerne har hævdet, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse »næsten udelukkende« har baseret sig på sådanne subjektive vurderinger med henblik på at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence mellem disse og de generiske virksomheder. Kommissionen har således for hver enkel af de omhandlede generiske virksomheder foretaget en udførlig undersøgelse af de reelle og konkrete muligheder, som de havde for at indtræde på markedet, ved at støtte sig på objektive forhold såsom især de allerede gennemførte investeringer, de til opnåelse af en markedsføringstilladelse gjorde tiltag og de forsyningskontrakter, som de havde indgået med deres leverandører af den aktive lægemiddelbestanddel. Disse forskellige forhold er i øvrigt for hver generisk virksomhed eksplicit blevet bestridt af sagsøgerne og vil blive behandlet under sjette til niende led nedenfor.
- 143 Det er på tilsvarende vis ugrundet, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ikke tog tilstrækkeligt hensyn til de af dem fremlagte beviser, som godtgør de generiske virksomheders krænkelse af deres patenter eller gyldigheden af patentet på krystallisering, som bl.a. blev bekræftet af EPO i henseende til alle relevante elementer i 2009.
- 144 Selv om andre med indgåelsen af de omtvistede aftaler samtidige erklæringer kunne give grund til at tro, at de generiske virksomheder var i tvivl om deres produkters ikke-patentkrænkende karakter, eller at Lundbeck var overbevist om sine patenters gyldighed, er disse erklæringer for det første ikke tilstrækkelige til at rejse tvivl om den konklusion, at de generiske virksomheder blev opfattet som en potentiel trussel for Lundbeck og alene ved deres tilstedeværelse kunne udøve et konkurrencepres på dette selskab og på de virksomheder, der opererede på det samme marked (jf. i denne retning dom Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, nævnt i præmis 99 ovenfor, EU:T:2011:181, præmis 169). Den mest beviskraftige omstændighed i denne forbindelse består i selve

det forhold, at Lundbeck indgik aftaler med de generiske virksomheder for at forsinke deres indtræden på markedet (jf. i denne retning dom Toshiba mod Kommissionen, nævnt i præmis 103 ovenfor, EU:T:2014:263, præmis 231).

- 145 For det andet kan de af sagsøgerne påberåbte beviser fra tiden efter indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke være afgørende med henblik på at vurdere, om der bestod en potentiel konkurrence på tidspunktet for indgåelsen af de nævnte aftaler. Selv hvis det lægges til grund, at EPO i 2009 bekræftede patentet på krystallisering i henseende til alle relevante aspekter (jf. 166. betragtning til den anfægtede afgørelse), står det således alligevel fast, at de generiske virksomheder såvel som Lundbeck selv på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler betvivlede dette patents gyldighed, og at det ikke var udelukket, at en national retsinstans kunne erklære det ugyldigt, som det i øvrigt i første omgang var tilfældet ved EPO (151. og 166. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 146 Som Kommissionen med rette har påpeget, havde Lundbeck desuden på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke opnået nogen foreløbig forholdsregel, det være sig over for generiske virksomheder såsom Merck (GUK), der anvendte Natcos citalopram, over for generiske virksomheder såsom Arrow og Alpharma, der anvendte Ciplas citalopram eller det generiske citalopram, der var udviklet ud fra den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, der var fremstillet af det indiske selskab Matrix (herefter »Matrix' citalopram« eller » den Matrix' aktive lægemiddelbestanddel«), eller over for generiske virksomheder, der anvendte det generiske citalopram, der var udviklet ud fra den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, der var fremstillet af Ranbaxy (herefter »Ranbaxys citalopram« eller »Ranbaxys aktive lægemiddelbestanddel«), og ingen retsinstans i EØS havde fastslået en krænkelse af patenterne på krystallisering, amid eller jod.
- 147 Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen hovedsageligt har støttet sig på subjektive vurderinger med henblik på at fastslå, at Lundbeck og de generiske virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler var potentielle konkurrenter.
- 148 Følgelig må det andet led ligeledes forkastes.

E – Det tredje led om, at bestridelsen af et gyldigt patent ikke udgør en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet

- 149 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har begået en retlig fejl ved at lægge til grund, at bestridelsen af et gyldigt patent udgør en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet. De har navnlig bestridt, at en anmodning om en erklæring om, at der ikke foreligger en patentkrænkelse, en påberåbelse af et patents ugyldighed eller en indsigelse mod et patent ved de nationale instanser på patentområdet eller ved EPO kan udgøre egnede fremgangsmåder til at sætte de generiske virksomheder i stand til at indtræde på markedet trods Lundbecks procespatenter.
- 150 De finder for det første, at der i den anfægtede afgørelse er foretaget en sammenblanding af en indtræden på markedet og de investeringer, der muliggør en sådan indtræden, og at der heri er sket en overdreven udvidelse af grænserne for den potentielle konkurrence. Det kræves ifølge retspraksis, at der er påvist reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, og at denne indtræden sker tilstrækkeligt hurtigt til, at truslen om en potentiel indtræden lægger begrænsninger på markedsdeltagernes adfærd. Imidlertid opfyldes dette kriterium ikke ved en påvisning af reelle og konkrete muligheder for at foretage investeringer, som i tilfælde af succes gør det muligt at indtræde på markedet.

- 151 For det andet er den til patenter knyttede gyldighedsformodning til hinder for at fastslå, at muligheden for at bestride dette patents gyldighed udgør en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet. Den fremgangsmåde, som Kommissionen i denne forbindelse har anlagt, er i modstrid med dom *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 99 ovenfor (EU:T:1998:198, præmis 139).
- 152 Selv hvis det antages, at bestridelser af patenter kunne have udgjort en reel og konkret mulighed for de generiske virksomheder for at indtræde på markedet, ville disse bestridelser for det tredje ikke have gjort det muligt at indtræde på markedet tilstrækkeligt hurtigt. Som Kommissionen har oplyst i sin undersøgelse af lægemiddelsektoren, tager en bestridelse af et patent således i gennemsnit tæt ved tre år, hvilket ikke ville have gjort det muligt for de generiske virksomheder at indtræde tilstrækkeligt hurtigt. Den anfægtede afgørelse forbliver i denne henseende vag, på trods af, at de generiske virksomheder – såfremt disse ikke i de omtvistede aftalers løbetid på lovlig vis kunne indtræde på markedet – ikke kunne have haft nogen indvirkning på konkurrencen.
- 153 Sagsøgerne er for det fjerde af den opfattelse, at det – selv hvis man anerkendte Kommissionens standpunkt – i det mindste burde være blevet godtgjort i den anfægtede afgørelse, at de generiske virksomheder uden de omtvistede aftaler ville have iværksat søgsmål og sandsynligvis have fået medhold ved de nationale retsinstanser, eller at de i det mindste havde chancer for at få medhold i tilfælde af en bestridelse af patenterne.
- 154 Endelig har sagsøgerne anført, at Kommissionens standpunkt hviler på en uberettiget modvilje over for procespatenter i forhold til patenter, der vedrører molekyler.
- 155 Intervenienten har tillige anført, at Kommissionen har begået fejl i den anfægtede afgørelse derved, at den har fastslået, at Lundbeck og de generiske virksomheder var potentielle konkurrenter. En sådan konklusion tager ikke tilstrækkeligt hensyn til gyldighedsformodningen i forhold til Lundbecks patenter og til det forhold, at foreløbige forholdsregler ville have udgjort en uoverstigelig forhindring for de generiske virksomheder i tilfælde af et forsøg på at indtræde på markedet. Intervenienten er i øvrigt uenig i det synspunkt, at en bestridelse af patenternes gyldighed udgør en integrerende del af konkurrenceprocessen.
- 156 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 157 Det skal fastslås, at Kommissionen – i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende – ikke i den anfægtede afgørelse har udtalt, at den blotte mulighed for at bestride et patents gyldighed for en retsinstans eller for de kompetente myndigheder var tilstrækkeligt til at påvise, at der består en potentiel konkurrence. Med henblik på at påvise, at der i det konkrete tilfælde bestod en potentiel konkurrence mellem de generiske virksomheder og Lundbeck, har Kommissionen således taget flere omstændigheder i betragtning, såsom de betydelige investeringer og indsatser, som de generiske virksomheder allerede havde gennemført for at forberede deres indtræden på markedet, det forhold, at de allerede havde opnået markedsføringstilladelser eller inden for en rimelig frist havde taget de nødvendige skridt til at opnå en sådan, at sagsøgerne havde anerkendt, at der eksisterede et vist antal disponible processer til at fremstille citalopram uden at krænke deres patenter, at ingen retsinstans på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde fastslået de generiske produkters patentkrænkende karakter, og at der var en ikke ubetydelig risiko for, at visse af Lundbecks procespatenter kunne blive erklæret ugyldige. Desuden var det for en generisk virksomhed, nemlig Merck (GUK), endda lykkedes at indtræde på markedet før og i de omtvistede aftalers løbetid. Endelig viser det forhold, at sagsøgerne besluttede at betale de generiske virksomheder store beløb for at holde dem uden for markedet i de omtvistede aftalers løbetid, også, at disse sidstnævnte var potentielle konkurrenter, eftersom de af sagsøgerne blev opfattet som en trussel, der udøvede et konkurrencepres på deres stilling på markedet (præmis 103 og 144 ovenfor).
- 158 Ingen af de af sagsøgerne fremførte argumenter kan rejse tvivl om denne konklusion.

- 159 Hvad for det første angår de investeringer, som de generiske virksomheder havde gennemført for at forberede deres indtræden på markedet, er det således tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen aldrig har udtalt, at sådanne investeringer i sig selv var tilstrækkelige til at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence mellem disse og sagsøgerne. Kommissionen støttede sig derimod i denne forbindelse, for hver enkel generisk virksomhed, på en helhed af relevante omstændigheder (jf. præmis 157 ovenfor). Desuden, og som Kommissionen med rette har gjort gældende, kræver tilstedeværelsen af en potentiel konkurrence ikke, at det påvises, at de generiske virksomheder med sikkerhed ville være indtrådt på markedet, og at en sådan indtræden ganske afgjort ville have været succesfuld, men alene, at de til dette formål rådede over reelle og konkrete muligheder. At hævde det modsatte ville svare til at benægte enhver sondring mellem reel konkurrence og potentiel konkurrence.
- 160 Det er ganske vist præciseret i retspraksis, at den rent teoretiske mulighed for en indtræden på markedet ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en potentiel konkurrence, og at Kommissionen gennem faktiske oplysninger eller en relevant markedsstrukturanalyse skal bevise, at en indtræden på markedet kunne have fundet sted tilstrækkeligt hurtigt, således at truslen om en potentiel indtrængning lagde begrænsninger på markedsdeltagernes adfærd gennem omkostninger, der ville have været økonomisk overkommelige (præmis 104 ovenfor).
- 161 Det fremgår imidlertid ikke, at Kommissionen i det konkrete tilfælde har overset denne retspraksis, eftersom den analyse af lægemiddelsektoren, som Kommissionen foretog i den anfægtede afgørelse, såvel som den særlige situation for hver enkel generisk virksomhed på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler (præmis 129 ovenfor), i tilstrækkelig grad påviser, at disses indtræden på markedet for citalopram ikke blot var en teoretisk mulighed, men at de i denne henseende rådede over reelle og konkrete muligheder, således som dette fremgår af behandlingen af sjette til niende led nedenfor. Det ville i øvrigt være overraskende, hvis en erfaren virksomhed som Lundbeck havde accepteret at betale de generiske virksomheder flere mio. EUR til gengæld for deres tilsagn om ikke at indtræde på markedet i et bestemt tidsrum, såfremt disses mulighed for at indtræde på markedet havde været rent teoretisk.
- 162 For det andet er den af sagsøgerne påberåbte dom *European Night Services m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 99 ovenfor (EU:T:1998:198, præmis 139), ikke til hinder for den fremgangsmåde, som Kommissionen har fulgt i det konkrete tilfælde. Selv om Retten i denne dom nævnte forekomsten i de fleste medlemsstater af enerettigheder, som inden vedtagelsen af Rådets direktiv 91/440/EØF af 29. juli 1991 om udvikling af Fællesskabets jernbaner (EFT 1991, L 237, s. 25) retligt eller faktisk forhindrede levering af tjenesteydelser vedrørende international passagertransport samt adgangen til infrastrukturen, kan en sådan situation således ikke overføres på det foreliggende tilfælde, eftersom Lundbecks procespatenter i intet tilfælde er sammenlignelige med de enerettigheder, som jernbanevirksomhederne nød godt af inden vedtagelsen af dette direktiv, og de pågældende markeder frembyder væsentlige forskelle. Desuden, og som Kommissionen med rette har bemærket, havde Retten i den sag, der gav anledning til den nævnte dom, kritiseret Kommissionen for ikke at have foretaget en detaljeret analyse af markedet med henblik på at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence, og for at have støttet sig på hypoteser, der ikke var underbygget af nogen faktiske oplysninger eller af en relevant markedsstrukturanalyse. I det foreliggende tilfælde kan sagsøgerne til gengæld ikke med føje gøre gældende, at samtlige de relevante omstændigheder, der er sammenfattet i præmis 157 ovenfor, og som der i den anfægtede afgørelse er redegjort for i detaljer for hver enkel generisk virksomhed, beror på rent teoretiske spekulationer, der ikke er underbygget af en detaljeret analyse af det relevante markeds kendetegn.
- 163 Det skal for det tredje bemærkes, at retspraksis med henblik på at påvise, at der består en potentiel konkurrence, alene kræver, at indtræden på markedet finder sted inden for en rimelig frist, uden at have fastsat nogen præcis grænse i denne henseende. Det er følgelig ikke nødvendigt, at Kommissionen påviser, at de generiske virksomheders indtræden på markedet med sikkerhed ville have fundet sted før udløbet af de omtvistede aftaler, for at kunne godtgøre forekomsten af en potentiel konkurrence i det foreliggende tilfælde, og dette så meget desto mere, som den potentielle konkurrence navnlig inden

for lægemiddelsektoren – som Domstolen allerede har fastslået – kan udøves allerede inden udløbet af et patent (jf. i denne retning dom af 6.12.2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, Sml., EU:C:2012:770, præmis 108).

¹⁶⁴ Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolens bemærkning vedrørende det forhold, at den potentielle konkurrence kan udøves inden udløbet af et patent, er uafhængig af det forhold, at de supplerende beskyttelsescertifikater, som det drejede sig om, var blevet opnået på svigagtig eller ulovlig vis. I den sag, der gav anledning til dom AstraZeneca mod Kommissionen, nævnt i præmis 163 ovenfor (EU:C:2012:770, præmis 108), drejede det sig således bl.a. om et misbrug af en dominerende stilling begået af en virksomhed, der havde fremlagt vildledende erklæringer for, gennem de kompetente nationale myndigheder, at blive tildelt supplerende beskyttelsescertifikater, der ville gøre det muligt for denne – selv efter det fremtidige udløb af de patenter, der beskyttede dens lægemiddel – at modsætte sig en indtræden på markedet af generiske versioner af dette lægemiddel. Domstolen fastslog i denne sammenhæng i det væsentlige, at de nævnte erklæringers konkurrencebegrænsende karakter ikke blev draget i tvivl af det forhold, at der var blevet anmodet om disse supplerende beskyttelsescertifikater mellem fem og seks år før disses ikrafttræden, og at sagsøgernes rettigheder indtil dette tidspunkt var beskyttet af almindelige patenter. Ifølge Domstolen medførte sådanne ulovlige supplerende beskyttelsescertifikater ikke blot en væsentlig udelukkelsesvirkning efter udløbet af grundpatenterne, men de kunne ligeledes ændre strukturen på markedet ved at skade den potentielle konkurrence selv før dette udløb. Følgelig bekræfter denne retspraksis, at den potentielle konkurrence allerede består inden udløbet af de patenter, der beskytter et lægemiddel, og at de før dette udløb gennemførte tiltag er relevante med henblik på at vurdere, hvorvidt denne konkurrence er blevet begrænset.

¹⁶⁵ Det er for det fjerde med urette, at sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen burde have bevist, at de generiske virksomheder ville anlægge søgsmål, og at de ville få medhold ved de kompetente nationale retsinstanser. Det fremgår således af 624. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, at de generiske virksomheder ikke var forpligtede til at påvise, at deres generiske produkter ikke krænkede noget patent, for at kunne opnå en markedsføringstilladelse og bringe disse produkter i omsætning på markedet, hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt. Merck (GUK) kunne således i maj 2002 indtræde på markedet gennem sin distributør NM Pharma i Sverige uden at have skullet opnå en erklæring om, at der ikke forelå en patentkrænkelse, og uden at have været genstand for søgsmål fra Lundbecks side. Det tilkom originalproducenten, det vil i det foreliggende tilfælde sige Lundbeck, at påvise, at disse produkter krænkede et af dennes patenter, hvilket ifølge Lundbecks egne vurderinger var særligt vanskeligt at føre bevis for hvad angik procespatenter (jf. 629. betragtning til den anfægtede afgørelse). Desuden er det, som Kommissionen har anført, ikke sikkert, at Lundbeck nødvendigvis ville have anlagt søgsmål mod de generiske virksomheder i tilfælde af disses indtræden på markedet (jf. præmis 126 ovenfor). Det er endnu mindre sikkert, at Lundbeck ville have fået medhold, hvis dette selskab havde besluttet at anlægge sådanne søgsmål (jf. præmis 122 ovenfor samt 75. og 76. betragtning til den anfægtede afgørelse).

¹⁶⁶ Endelig skal det anføres, at Kommissionen ikke har tilsidesat den gyldighedsformodning, der er knyttet til Lundbecks procespatenter (præmis 121-132 ovenfor). Følgelig kan sagsøgerne ikke hævde, at den anfægtede afgørelse er støttet på en negativ tilgang til sådanne patenter. Kommissionen har således taget hensyn til forekomsten af disse patenter, men har, uden i denne forbindelse at foretage noget urigtigt skøn, vurderet, at disse ikke på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler gav mulighed for at blokere enhver indtræden på markedet for de generiske virksomheder.

¹⁶⁷ Det tredje led skal derfor forkastes.

F – Det fjerde led om, at fraværet af en markedsføringstilladelse er til hinder for, at der kan bestå en reel eller potentiel konkurrence

- 168 Sagsøgerne finder, at det er med urette, at Kommissionen har konkluderet, at der bestod en potentiel konkurrence til trods for fraværet af en markedsføringstilladelse for visse generiske virksomheder, alene af den grund, at disse virksomheder inden indgåelsen af de omtvistede aftaler havde bestræbt sig på at opnå dem (620. betragtning til den anfægtede afgørelse). Denne konklusion er i modstrid med visse passager i den anfægtede afgørelse (navnlig i 85. betragtning) såvel som med konklusionerne i undersøgelsen af lægemiddelsektoren og de pågældende parter individuelle udtalelser angående den nødvendige tidsfrist for at opnå en markedsføringstilladelse, der er på minimum 14 måneder, og som i visse EØS-lande kan tage indtil 25 måneder. Det ville ifølge sagsøgerne have været bedre, hvis det i den anfægtede afgørelse var blevet konkret undersøgt, hvorvidt hver enkel generisk virksomhed rådede over reelle og konkrete muligheder for i de omtvistede aftalers løbetid at opnå en markedsføringstilladelse, og det i hvert omhandlet land, idet hvert land udgjorde et særskilt geografisk marked, og visse aftaler dækkede individuelle lande. Under alle omstændigheder giver markedsføringstilladelserne ikke mulighed for umiddelbart at indtræde på markedet, idet supplerende forberedende faser er nødvendige i dette øjemed.
- 169 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 170 Det skal i denne forbindelse først bemærkes, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, for hver generisk virksomhed har vurderet, hvorvidt denne på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over en markedsføringstilladelse, eller om den inden for en tilstrækkeligt nær fremtid havde kunnet råde over en markedsføringstilladelse.
- 171 Det skal endvidere bemærkes, at den potentielle konkurrence bl.a. inkluderer de aktiviteter fra de generiske virksomheders side, som tager sigte mod at opnå de nødvendige markedsføringstilladelser såvel som at gennemføre alle de administrative og kommercielle tiltag, der er uomgængelige for at forberede en indtræden på markedet (jf. præmis 91-94 ovenfor). Denne potentielle konkurrence er beskyttet af artikel 101 TEUF. I tilfælde af, at det var muligt, uden at overtræde konkurrenceretten, at betale de virksomheder, som er i færd med at gennemføre de tiltag, der er uomgængelige for at forberede lanceringen af et generisk lægemiddel, deriblandt opnåelsen af en markedsføringstilladelse, og som til dette formål har foretaget store investeringer, for at de standser eller blot forsinker denne proces, ville den faktiske konkurrence således aldrig finde sted eller blive udsat for betydelige forsinkelser, og det på bekostning af forbrugerne, det vil i det foreliggende tilfælde sige patienterne eller de nationale sygekasser.
- 172 Hvad angår Merck (GUK) har Kommissionen således fastslået, at dette selskab den 9. januar 2002 havde opnået en markedsføringstilladelse i Det Forenede Kongerige, og at dets distributør, NM Pharma, ligeledes havde rådet over en markedsføringstilladelse i Sverige siden maj 2002. Merck (GUK) og NM Pharma planlagde at benytte den i artikel 18 i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse inden for 90 dage for at opnå markedsføringstilladelser i de andre EØS-lande (326. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 173 Hvad angår Arrows stilling i Det Forenede Kongerige har Kommissionen i 878.-881. betragtning til den anfægtede afgørelse påpeget, at denne virksomhed havde indgået en aftale med Tiefenbacher for at kunne anvende den markedsføringstilladelse, som Tiefenbacher havde ansøgt om i Det Forenede Kongerige på grundlag af den markedsføringstilladelse, som denne sidstnævnte allerede rådede over i Nederlandene. Kommissionen har tillige præciseret, at det i den fase, der gik umiddelbart forud for underskrivelsen af Arrow UK-aftalen, blev forventet, at Det Forenede Kongeriges myndigheder ville udstede denne markedsføringstilladelse meget hurtigt, og at den senere opståede forsinkelse skyldtes sagsøgernes bestridelse af den nederlandske markedsføringstilladelse.

- 174 Med hensyn til Arrows stilling i Danmark har Kommissionen i 967. og 968. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævet, at det i præamblen til den danske Arrow-aftale var angivet, at denne virksomhed stod lige for at opnå en »licens« fra en tredjepart, og at en kopi af denne tredjeparts markedsføringstilladelse var vedlagt som bilag. Som Kommissionen med rette har bemærket, betyder det forhold, at Arrow til slut ikke erhvervede denne markedsføringstilladelse, ikke, at dette selskab på tidspunktet for indgåelsen af den nævnte aftale ikke rådede over en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet.
- 175 Hvad angår Alparma fremgår det bl.a. af 476., 485., 520. og 530. betragtning til den anfægtede afgørelse, at denne virksomhed i medfør af sin forsyningskontrakt med Tiefenbacher kunne anvende de markedsføringstilladelser, der var blevet meddelt sidstnævnte, i det mindste for Nederlandene og Tyskland, og enten selv kunne ansøge om en markedsføringstilladelse for de øvrige EØS-medlemsstater eller kunne anmode Tiefenbacher om at udvide proceduren for gensidig anerkendelse til disse øvrige lande.
- 176 Desuden regnede Alparma i oktober 2001 med at opnå markedsføringstilladelser og, på forskellige datoer i 2002, at iværksætte lanceringen af det generiske citalopram i Østrig, Danmark, Finland, Tyskland, Nederlandene, Norge, Sverige og Det Forenede Kongerige. På tilsvarende vis var fire markedsføringstilladelser på tidspunktet for underskrivelsen af Alparma-aftalen blevet meddelt (i Danmark, Finland, Nederlandene og Sverige), mens markedsføringstilladelsen for Det Forenede Kongerige forventedes udstedt i den nære fremtid (jf. præmis 281 nedenfor). I øvrigt modtog Alparma i denne aftales løbetid markedsføringstilladelser for fire andre EØS-lande (Norge, Tyskland, Østrig og Det Forenede Kongerige).
- 177 Med hensyn til Ranbaxy har Kommissionen i 1094. betragtning til den anfægtede afgørelse i hovedtrækkene anført, at denne virksomhed i juni 2002 havde indgivet en Drug Master File vedrørende sin aktive lægemiddelbestanddel citalopram til den kompetente myndighed i Det Forenede Kongerige. Selv om dette tiltag ikke var uomgængeligt for at opnå en markedsføringstilladelse, lettede det den procedure, der gjorde det muligt for en generisk virksomhed, som allerede rådede over en markedsføringstilladelse vedrørende generiske citalopramtabletter fremstillet ud fra en anden aktiv lægemiddelbestanddel end Ranbaxys, at anmode om en ændring af sin markedsføringstilladelse, for at denne tillige skulle omfatte Ranbaxys citalopram. Indgivelsen af en Drug Master File til de kompetente myndigheder gør det således muligt for producenten af den aktive lægemiddelbestanddel ikke at afsløre fortrolige oplysninger over for de generiske virksomheder, der køber dennes aktive lægemiddelbestanddel, og som ønsker at indgive en ansøgning om markedsføringstilladelse for de lægemidler, som de fremstiller ud fra denne aktive lægemiddelbestanddel.
- 178 Ydermere har Kommissionen i 1095. betragtning til den anfægtede afgørelse støttet sig på det forhold, at Ranbaxy under et møde, der blev afholdt i april 2002, underrettede Lundbeck om, at det kunne opnå en markedsføringstilladelse inden for en frist på otte måneder, og at det var i færd med at føre drøftelser med en potentiel køber af sit citalopram, hvilken køber kunne være indtrådt på markedet med dette citalopram inden for en frist på tre til fire måneder efter en ændring af den markedsføringstilladelse, som dette selskab allerede rådede over. Sagsøgernes synspunkt om, at sådanne erklæringer alene var et »bluffnummer«, vil blive undersøgt nærmere nedenfor i forbindelse med det foreliggende anbringendes niende led.
- 179 Disse omstændigheder viser, at de omhandlede generiske virksomheder enten allerede havde opnået en markedsføringstilladelse på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler eller var i færd med at gennemføre de tiltag, der var nødvendige for på kort eller mellemlang sigt at opnå en sådan, eller kunne udvirke, at deres produkter kunne blive dækket af andre markedsføringstilladelser. Selv om opnåelsen af en markedsføringstilladelse i visse tilfælde i sidste ende kunne tage længere tid end forudset, forholder det sig ikke desto mindre således, at de generiske virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over reelle og konkrete muligheder for at opnå disse markedsføringstilladelser inden for en tilstrækkeligt kort frist og for at kunne indtræde på markedet

for citalopram i flere EØS-lande ved at henholde sig til den i artikel 18 i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse og dermed udøve et konkurrencepres på Lundbeck. Det skal desuden bemærkes, at de generiske virksomheder i den foreliggende sag havde påbegyndt deres forberedelser med henblik på at indtræde på markedet for citalopram mellem et og tre år inden udløbet af Lundbecks originalpatenter (jf. 219., 373., 476. og 549. betragtning til den anfægtede afgørelse), og at de indgik i et intenst kapløb om at blive de første til at indtræde på markedet, så snart disse patenter udløb (jf. 622. betragtning til den anfægtede afgørelse).

180 Kommissionen begik derfor ikke nogen fejl, da den i 620. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog, at fraværet af en markedsføringstilladelse ikke var til hinder for, at de generiske lægemidler kunne være indtrådt på markedet i en nær fremtid, så længe de generiske virksomheder fortsatte med at gennemføre tiltag for at opnå de i denne forbindelse nødvendige tilladelser inden indgåelsen af de omtvistede aftaler med Lundbeck.

181 Det skal i øvrigt bemærkes, at selv om det drejer sig om en i denne henseende vigtig omstændighed, har Kommissionen ikke udelukkende støttet sig på de generiske virksomheders mulighed for at opnå en markedsføringstilladelse for i den anfægtede afgørelse at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence mellem disse og Lundbeck, men på en helhed af faktorer, der tog hensyn til den specifikke situation for hver generisk virksomhed på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler såvel som til særegenhederne ved lægemiddelsektoren (jf. præmis 91-96 og 157 ovenfor). Det skal endvidere bemærkes, at selve det forhold, at Lundbeck besluttede at indgå aftaler med de generiske virksomheder, udgør et væsentlig indicium for, at dette selskab på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler opfattede disse virksomheder som en potentiel trussel (jf. i denne retning dom Toshiba mod Kommissionen, nævnt i præmis 103 ovenfor, EU:T:2014:263, præmis 231).

182 Det fjerde led må derfor ligeledes forkastes.

G – Det femte led om, at de generiske virksomheder ikke kunne have skiftet til andre processer og/eller andre producenter af den aktive lægemiddelbestanddel i de omtvistede aftalers løbetid

183 Sagsøgerne har bestridt den anfægtede afgørelses konklusion om, at der blandt de mulige adgange til markedet (635. betragtning til den anfægtede afgørelse) bl.a. indgik et samarbejde fra den generiske virksomheds side med sin producent af den aktive lægemiddelbestanddel om at ændre denne producents proces, eller et skifte til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel. Det drejer sig om teoretiske erstatningsløsninger, for dels eksisterede der ingen anden kommercielt holdbar metode til at fremstille citalopram, som i 2002 og 2003 gjorde det muligt at indtræde lovligt på markedet i EØS, dels ville de generiske virksomheder ikke have rådet over tilstrækkeligt med tid til at skifte producent af den aktive lægemiddelbestanddel inden udløbet af de omtvistede aftaler.

184 For det første foreligger der ikke noget pålideligt indicium, der giver grundlag for at tilbagevise de af Lundbeck fremlagte beviser, ifølge hvilke ingen kommercielt holdbar og ikke-patentkrænkende proces ville have gjort det muligt at indtræde på markedet i 2002 og 2003. Ingen af de i den anfægtede afgørelse anførte omstændigheder vedrørende Merck (GUK), Alpharma, Arrow og Ranbaxy er tilstrækkelige til at påvise det modsatte.

185 I øvrigt er den anfægtede afgørelse med urette støttet på erklæringer fra Lundbeck for at påvise, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler eksisterede andre og ikke-patentkrænkende processer (634. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen antog med urette, at alle de processer, som Lundbeck havde opregnet i en af sine erklæringer, var ikke-patentkrænkende, kommercielt effektive og overholdt de EØS-retlige krav, skønt ingen af disse ville have gjort det muligt at indtræde på markedet i 2002-2003 med pålidelige og ikke-patentkrænkende lægemidler. Ifølge sagsøgerne overser den anfægtede afgørelse de talrige beviser, der viser, at de originale processer cyanering og alkylering ikke kunne benyttes til at fremstille citalopram på holdbar vis.

- 186 For det andet forholder det sig ifølge sagsøgerne under alle omstændigheder således, at selv hvis et generisk citalopram fremstillet ved en ikke-patentkrænkende og kommercielt holdbar proces havde været disponibelt i de omtvistede aftalers løbetid (hvilket ikke var tilfældet), kunne de generiske virksomheder ikke have skiftet til dette i løbet af de måneder, der var dækket af de omtvistede aftaler, eller i det mindste ikke »tilstrækkeligt hurtigt« til, at truslen om en potentiel indtræden ville have udøvet et faktisk konkurrencepres i disses løbetid.
- 187 Et sådant skifte ville således have indebåret, at der skulle anmodes om en større ændring, kaldet type 2, som omhandlet i artikel 3 i Kommissionens forordning (EF) nr. 541/95 af 10. marts 1995 om behandling af ændringer af betingelserne i markedsføringstilladelser, som er udstedt af medlemsstaternes kompetente myndigheder (EFT 1995, L 55, s. 7, herefter en »type 2-ændring«), som er den procedure, der anvendes til ændring af en eksisterende MFT som følge af et skifte af producent af den aktive lægemiddelbestanddel. En type 2-ændring er imidlertid den vanskeligste at opnå, hvilket sker ved en procedure tilsvarende proceduren vedrørende indgivelsen af en ny ansøgning om markedsføringstilladelse. Den samlede varighed af denne procedure kan strække sig indtil 19 måneder. I øvrigt skal der til den for opnåelsen af en sådan ændring nødvendige periode lægges den periode, der er nødvendig til forskning i og udvikling af den nye proces, til optagelsen af lægemidlet med henblik på en godtgørelse, til at opnå en godkendelse af denne godtgørelse og til at fremstille og begynde at sælge lægemidlet.
- 188 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 189 Det er for det første med urette, at sagsøgerne har anført, at ingen kommercielt holdbar og ikke-patentkrænkende proces ville have gjort det muligt at indtræde på markedet i de omtvistede aftalers løbetid.
- 190 Som svar på de anmodninger om oplysninger fra Kommissionen, der gik forud for den klagepunktsmeddelelse, som er nævnt i 150. betragtning til den anfægtede afgørelse, vurderede Lundbeck således selv i første omgang, at de generiske virksomheder kunne have fremstillet generisk citalopram ved at anvende de processer, der var beskrevet i selskabets originalpatenter (dvs. processerne cyanering og alkylering), eller ved at opfinde en anden procestype, således at dets patenter ikke var egnede til at forhindre enhver konkurrence fra de generiske virksomheder.
- 191 Desuden har Lundbeck selv bekræftet, at dets nye procespatenter ikke var i stand til at blokere alle mulighederne for at indtræde på markedet, selv om processen baseret på krystallisering syntes at være den mest effektive. Således har Kommissionen i 163. betragtning til den anfægtede afgørelse som eksempel anført, at Niche Generics Ltd er indtrådt på markedet ved at opnå en erklæring om, at der ikke foreligger en patentkrænkelse, for det generiske citalopram fra Sekhsaria, der er en anden indisk producent af den aktive lægemiddelbestanddel. Det fremgår i øvrigt af de beviser, der er omtalt i 634. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Lundbecks patentekspert i marts 2002 erklærede, at »det [var] muligt at fremstille en aktiv lægemiddelbestanddel, som sandsynligvis ikke kræve[de] krystallisering af den frie base«, dvs. som ikke var baseret på Lundbecks patent på krystallisering. Lundbecks vicedirektør erklærede ligeledes i en pressemeddelelse af 9. november 2002, at »det ville [have været] naivt at tro, at det ikke [var] muligt for generiske producenter at fremstille Cipramil uden at krænke [Lundbecks] patent« (634. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 192 Sagsøgerne har ikke desto mindre gjort gældende, at de aldrig har anerkendt, at andre processer kunne være blevet anvendt til at indtræde på markedet for citalopram uden at krænke deres patenter, eller med pålidelige lægemidler fremstillet i industriel målestok.
- 193 For det første skal der dog erindres om, at ingen retsinstans i EØS på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde taget stilling til den patentkrænkende karakter af de produkter, der var udviklet af de generiske virksomheder (jf. præmis 146 ovenfor). Følgelig kan sagsøgerne ikke med rette

gøre gældende, at de generiske lægemidler, der var udviklet af de generiske virksomheder, krænkede deres procespatenter, når de på det tidspunkt, hvor de omtvistede aftaler blev indgået, højst var potentielt patentkrænkende.

- 194 For det andet er udsagnet om, at der ikke eksisterede nogen ikke-patentkrænkende version af det generiske citalopram, der kunne udvikles i industriel målestok, som anført af Kommissionen ikke understøttet af de faktiske omstændigheder. Det skal påpeges, at enhver producent af den aktive lægemiddelbestanddel kunne have baseret sig på de originale processer cyanering og alkylering, således som offentliggjort med patentet på Lundbecks aktive lægemiddelbestanddel citalopram, der var udløbet (præmis 16 ovenfor). Det fremgår således af 158. betragtning til den anfægtede afgørelse, at en rådgiver for Lundbeck i forbindelse med Lagap-tvisten, som vedrørte Matrix' citalopram, anerkendte, at det var muligt, at de af selskabets originalpatenter omfattede processer kunne udvikles økonomisk, uden i den anledning at præcisere nogen frist, at alt afhang af den måde, hvorpå man udførte cyaneringen, og at Matrix »udfører cyaneringen mere effektivt, end vi har troet, at dette selskab kunne gøre det«, hvilket dokumenterer, at det var muligt at fremstille generisk citalopram i industriel målestok ved at støtte sig på Lundbecks originalpatenter.
- 195 Under alle omstændigheder er det i den anfægtede afgørelse i tilstrækkelig grad godtgjort, at hver generisk virksomhed rådede – eller inden for et tilstrækkeligt kort tidsrum kunne have rådet – over en generisk version af citalopram baseret på processer, i forhold til hvilke det på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke var fastslået, at de krænkede noget som helst patent tilhørende Lundbeck.
- 196 Med hensyn til Natcos citalopram, der blev anvendt af Merck (GUK), var dette således baseret på processer, som var dækket af Lundbecks originalpatenter, der var udløbet, eller på andre processer, hvis patenter ligeledes udløb (228. og 281. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det var eksplicit forudsat i den mellem Merck (GUK) og Schweizerhall indgåede forsyningskontrakt, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel så vidt disse selskaber vidste ikke var patentkrænkende (235. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det skal desuden fremhæves, at patentet på krystallisering, på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige den 24. januar 2002, endnu ikke var blevet meddelt, hverken i Det Forenede Kongerige eller i hele EØS (jf. præmis 20 ovenfor). Spørgsmålet om, hvorvidt Natcos proces potentielt krænkede patentet på krystallisering, var derfor på tidspunktet for indgåelsen af denne aftale alene et hypotetisk spørgsmål. Ved indgåelsen af GUK-aftalen for EØS var Lundbecks patent på krystallisering ganske vist allerede blevet meddelt af EPO, men der var hverken nogen vished for, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel havde en patentkrænkende karakter, eller at dette patents gyldighed ville være blevet fastslået i tilfælde af en tvist (jf. præmis 122 ovenfor).
- 197 Selv om Merck (GUK) var blevet genstand for patentkrænkelsessøgsmål fra Lundbeck, og dets produkter havde vist sig at være patentkrænkende, kunne selskabet i øvrigt uden tvivl alligevel inden for et rimeligt tidsrum have skaffet sig citalopram fra andre kilder, hvis patentkrænkende karakter ikke var fastslået. Selv om Merck (GUK) havde indgået en forsyningsaftale med Schweizerhall for en periode på otte år, støttede denne aftale sig således på en antagelse om, at Natcos produkt ikke var patentkrænkende (235. betragtning til den anfægtede afgørelse), således at Merck (GUK) uden tvivl kunne have ophævet denne aftale i tilfælde af patentkrænkelse, det være sig på grundlag af de udtrykkelige bestemmelser i denne aftale eller i henhold til tysk ret, som var den ret, der fandt anvendelse på denne kontrakt. Det fremgår imidlertid bl.a. af 248. og 351. betragtning til den anfægtede afgørelse, at der fandtes andre kilder til generisk citalopram på markedet, som Merck (GUK) havde kendskab til gennem navnlig Merck dura GmbH, Mercks datterselskab i Tyskland. Selv hvis det lægges til grund, at Merck (GUK) havde været forpligtet i medfør af Schweizerhall-aftalen til udelukkende at forsyne sig hos Natco, og at det af sidstnævnte fremstillede generiske citalopram krænkede patentet på krystallisering, er det – som Kommissionen med rette har bemærket i 746. betragtning til den anfægtede afgørelse – under alle omstændigheder ikke udelukket, at Natco kunne have fremstillet den aktive lægemiddelbestanddel citalopram ved at basere sig på andre og ikke-patentkrænkende processer.

- 198 Hvad angår det generiske citalopram, som Tiefenbacher leverede til Arrow og Alpharma, skal det bemærkes, at selv om dette indledningsvis blev fremstillet ud fra Ciplas oprindelige proces (herefter »Cipla I-processen«), for hvilken der bestod en risiko for patentkrænkelser, kunne Tiefenbacher let have skiftet til Matrix' citalopram, der først blev fremstillet efter Matrix' oprindelige proces (herefter Matrix I-processen), og siden efter den nye proces, der blev anvendt af Matrix (herefter »Matrix II-processen«). Det skal imidlertid bemærkes, at ingen retsinstans i EØS på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde fastslået den patentkrænkende karakter af Cipla I- og Matrix I-processerne (præmis 146 ovenfor).
- 199 Hvad angår Matrix II-processen, der blev anvendt til at fremstille det generiske citalopram, som Arrow og Alpharma ligeledes kunne få adgang til gennem Tiefenbacher, fremgår det af 154., 155., 421. og 674. betragtning samt fodnote 1828 til den anfægtede afgørelse, at denne proces allerede var blevet udviklet i maj 2002 for senere at reducere risikoen for, at Matrix' citalopram skulle krænge patentet på krystallisering. I forbindelse med Lagap-tvisten anerkendte Lundbeck – i forlængelse af en kontrolundersøgelse i Matrix' lokaler i Indien – at Matrix II-processen ikke krænkede selskabets patenter. Følgelig, og som Kommissionen med rette har bemærket, har det kun mindre at sige, at nogle nationale retsinstanser før den nævnte anerkendelse havde imødekommet Lundbecks begæringer om foreløbige forholdsregler vedrørende denne proces. På tilsvarende vis kan der ikke drages nogen konklusion af den omstændighed, at Tiefenbacher for at udvirke, at dens markedsføringstilladelse tillige skulle dække Matrix II-processen, kunne begrænse sig til at indgive en anmodning om en mindre ændring, kaldet type 1, som omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 541/95 (herefter en »type 1-ændring«), som er den procedure, der bl.a. benyttes til ændring af en eksisterende markedsføringstilladelse som følge af en ændring af den proces, der anvendes af den samme producent af den aktive lægemiddelbestanddel. Denne omstændighed ændrer således ikke ved Lundbecks anerkendelse i forbindelse med Lagap-tvisten af den ikke-patentkrænkende karakter af denne proces, som i øvrigt efterfølgende er blevet anvendt af flere generiske virksomheder, uden at Lundbeck har reageret.
- 200 Tilsvarende bemærkninger kan fremsættes i forhold til den nye proces, som Cipla anvendte til at fremstille det generiske citalopram (herefter »Cipla II-processen«), som ligeledes i princippet var tilgængelig via Tiefenbacher. Kommissionen har således bl.a. i 898. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævet, at denne proces, der blev udviklet i den af de omtvistede aftaler omfattede periode, var potentielt ikke-patentkrænkende og havde været genstand for en anmodning om type 1-ændring af en markedsføringstilladelse i september 2002. Arrow og Alpharma kunne således – som Kommissionen har angivet i fodnote 1671 til den anfægtede afgørelse – have bestræbt sig på at sælge citalopram fremstillet under anvendelse af denne proces, i lighed med, hvad Neolab gjorde, uden at Lundbeck med føje kunne have modsat sig dette.
- 201 Hvad endelig angår den af Ranbaxy anvendte proces skal det bemærkes, at Lundbeck, selv efter at have gennemgået denne virksomheds reaktionsplaner, ønskede at indgå en aftale med denne om fastsættelse af omvendte betalinger i stedet for at henvende sig til nationale retsinstanser for at opnå påbud i denne forbindelse. Det følger heraf, at Lundbeck, således som det fremgår af 564. og 1109. betragtning til den anfægtede afgørelse, ikke havde nogen vished for den patentkrænkende karakter af den aktive lægemiddelbestanddel, der var fremstillet efter den nævnte proces. Ranbaxy har desuden anført i forhold til såvel Lundbeck som generiske virksomheder, der var potentielt interesserede i at købe dets aktive lægemiddelbestanddel, at denne sidstnævnte, således som fremført af Kommissionen i bl.a. 1105. betragtning til den anfægtede afgørelse, ikke var patentkrænkende.
- 202 Det skal endvidere bemærkes, at såfremt det antages, at de af de generiske virksomheder markedsførte produkter havde krænkede det ene eller det andet af Lundbecks patenter – hvilket i det foreliggende tilfælde ikke var fastslået på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler – kunne de generiske virksomheder tillige have bestridt gyldigheden af disse patenter ved de kompetente retsinstanser (jf. præmis 122 ovenfor).

- 203 For det andet skal det argument fra sagsøgerne, ifølge hvilket Kommissionen burde have påvist, at et skifte til en anden proces eller til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel ville have fundet sted i de omtvistede aftalers løbetid, forkastes. Med henblik på at fastslå, at der bestod en potentiel konkurrence mellem de generiske virksomheder og Lundbeck, var Kommissionen således udelukkende forpligtet til at påvise, at disse på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet inden for et tilstrækkeligt kort tidsrum til at udøve et faktisk konkurrencepres på Lundbeck. Kommissionen var ikke forpligtet til at påvise, at de generiske virksomheder i de omtvistede aftalers løbetid uden nogen tvivl kunne have fået adgang til en kommercielt holdbar og ikke-patentkrænkende proces, men alene, at de i denne henseende rådede over reelle og konkrete muligheder på tidspunktet for indgåelsen af disse aftaler, uden at disse muligheder var rent teoretiske.
- 204 Sagsøgerne har imidlertid ikke benægtet, at det i tilfælde af en forøget risiko for patentkrænkelse var muligt for de generiske virksomheder at ændre en eksisterende markedsføringstilladelse eller at skifte til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel, men har gjort gældende, at dette kunne have taget flere måneder eller endda længere tid end de omtvistede aftalers løbetid. De kan imidlertid ikke kræve af Kommissionen, at den godtgør, hvad der i fraværet af de omtvistede aftaler ville være sket i en sammenhæng, hvor talrige valgmuligheder på tidspunktet for indgåelsen af disse stod åbne for de generiske virksomheder med henblik på at indtræde på markedet. Muligheden for at ændre en eksisterende markedsføringstilladelse eller at skaffe sig den aktive lægemiddelbestanddel fra en anden leverandør var ikke en rent teoretisk mulighed, som de i den anfægtede afgørelse indeholdte beviser for hver generisk virksomhed i denne forbindelse dokumenterer (jf. sjette til niende led nedenfor). Sagsøgerne har f.eks. selv anerkendt, at Tiefenbacher, der optrådte som mellemed for Arrow og Alpharma, havde kunnet opnå en type 1-ændring af sin for Matrix' citalopram opnåede markedsføringstilladelse på kun to og en halv måned i Nederlandene (418. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 205 Under alle omstændigheder var en sådan mulighed uden tvivl end ikke nødvendig for størstedelen af de generiske virksomheder for at kunne indtræde på markedet, og endnu mindre for at udøve et konkurrencepres på Lundbeck, eftersom de var i færd med at gennemføre de nødvendige tiltag og i visse tilfælde endda allerede havde opnået en markedsføringstilladelse med henblik på at indtræde på markedet med det generiske citalopram fra deres leverandør (eller i Ranbaxys tilfælde deres eget generiske citalopram), og da dette på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke var blevet erklæret patentkrænkende af nogen retsinstans. Desuden, og som det allerede er blevet fastslået i præmis 181 ovenfor, udgør selve det forhold, at Lundbeck indgik de omtvistede aftaler med de generiske virksomheder, et væsentlig indicium for, at dette selskab opfattede disse som en potentiel trussel, der udøvede et konkurrencepres på dets stilling på markedet.
- 206 Det femte led må derfor ligeledes forkastes.

H – Det sjette led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Merck (GUK)

- 207 Sagsøgerne har gjort gældende, at det i den anfægtede afgørelse med urette er blevet konkluderet, at Merck (GUK) på tidspunktet for den påståede overtrædelse udgjorde en potentiel konkurrent til Lundbeck i Det Forenede Kongerige og, mutatis mutandis, i EØS.
- 208 Selv om det kan være relevant at vide, at Merck (GUK) havde til hensigt at indtræde på markedet, forbliver det væsentlige kriterium ifølge sagsøgerne at fastslå, hvorvidt dette selskab havde evnen hertil. Den anfægtede afgørelse skjuler imidlertid det forhold, at Merck (GUK) kun havde adgang til Natcos citalopram, der krænkede Lundbecks patent på krystallisering, hvilket indebærer, at dette selskab ikke havde evnen til lovligt at indtræde på markedet.

- 209 Det er endvidere med urette, at det i 754. betragtning til den anfægtede afgørelse med støtte i samtidige dokumenter om de faktiske omstændigheder er blevet konkluderet, at Merck (GUK) var meget sikker på sin stilling på patentområdet. Sagsøgerne finder, at Kommissionen har citeret disse dokumenter selektivt og har isoleret dem fra deres sammenhæng.
- 210 I øvrigt var Merck (GUK) ifølge sagsøgerne ikke en potentiel konkurrent til Lundbeck, eftersom dette selskab ikke i de omtvistede aftalers løbetid kunne have skiftet til andre aktive lægemiddelbestanddele fremstillet efter ikke-patentkrænkende processer. I 2003 eksisterede der således intet andet kommercielt holdbart og ikke-patentkrænkende generisk produkt. Såfremt det antages, at Merck (GUK) kunne have skiftet til andre og ikke-patentkrænkende producenter af den aktive lægemiddelbestanddel, ville en anskaffelse af citalopram fra Mercks (GUK) side hos tredjeparter under alle omstændigheder have tilsidesat artikel 1.3 i den mellem dette selskab og Schweizerhall indgåede aftale, som bestemte, at Merck (GUK) skulle dække 100% af sin årlige efterspørgsel på den aktive lægemiddelbestanddel citalopram hos Schweizerhall (235. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 211 Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke rummer nogen begrundelse for sin konklusion om, at Merck (GUK) på tidspunktet for den påståede overtrædelse var en potentiel konkurrent til Lundbeck i EØS (Det Forenede Kongerige ikke indbefattet). Idet Kommissionen i den anfægtede afgørelse har beregnet størrelsen af den Lundbeck pålagte bøde ved at støtte sig på værdien af afsætningen af citalopram i hele EØS, er dette ene forhold tilstrækkeligt til at gøre den anfægtede afgørelse ugyldig.
- 212 Hvad angår salgene af citalopram i Sverige med NM Pharma som mellemed (836.-838. betragtning til den anfægtede afgørelse), som førte Kommissionen til at konkludere, at Merck (GUK) var en væsentlig potentiel konkurrent, herunder på andre markeder i EØS (840. betragtning), har sagsøgerne gjort gældende, at det forhold, at de valgte at iværksætte søgsmål på selektiv vis i Sverige, uden at dette angik NM Pharma, ikke beviser, at Merck (GUK) havde evnen eller reelle og konkrete muligheder for at indtræde på andre markeder i EØS. Det er ikke i den anfægtede afgørelse i tilstrækkelig grad påvist, at Merck (GUK) udgjorde en reel eller potentiel konkurrent til Lundbeck i samtlige EØS-lande, eftersom dette selskab forud for indgåelsen af GUK-aftalen for EØS alene rådede over en markedsføringstilladelse i Sverige. I Tyskland, Italien, Nederlandene og Spanien opnåede Merck (GUK) først en markedsføringstilladelse efter udløbet af GUK-aftalen for EØS, og uden for disse medlemsstater i denne aftales løbetid.
- 213 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 214 Inden sagsøgernes argumenter undersøges, skal der foretages en kort gennemgang af den undersøgelse af den potentielle konkurrence mellem Merck (GUK) og Lundbeck, som Kommissionen gennemførte i den anfægtede afgørelse. Kommissionen sondrede i denne forbindelse mellem den situation, der gjorde sig gældende i Det Forenede Kongerige, og den situation, der gjorde sig gældende i EØS, på tidspunktet for indgåelsen af henholdsvis GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige og GUK-aftalen for EØS.

1. Situationen i Det Forenede Kongerige

- 215 Hvad først angår konkurrencesituationen i Det Forenede Kongerige fastslog Kommissionen, at Lundbeck i perioden forud for den 24. januar 2002, som var datoen for underskrivelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, var den eneste virksomhed, der solgte citalopram i Det Forenede Kongerige. Den 5. januar 2002 udløb Lundbecks originalpatenter i Det Forenede Kongerige. Fra denne dato var markedet for citalopram i Det Forenede Kongerige derfor i princippet åbent for de generiske produkter på betingelse af, at disse overholdt de retlige forpligtelser i henseende til kvalitet, sikkerhed og effektivitet såsom bekræftet ved en markedsføringstilladelse. De virksomheder, der fremstillede eller havde til hensigt at sælge generiske produkter indeholdende citalopram i Det

Forenede Kongerige, og som havde realistiske udsigter til i en nær fremtid at få leveret generisk citalopram og opnå en markedsføringstilladelse, kunne herefter anses for potentielle konkurrenter til Lundbeck. Det er mere end sandsynligt, at de generiske lægemidlers indtræden på markedet – navnlig i tilfælde af flere generiske virksomheders samtidige indtræden – ville have skabt en intens proces med konkurrence på priserne, som hurtigt og gennemgribende ville have reduceret prisen på citalopram (738. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 216 Efter at have underrettet Lundbeck om sin hensigt om at indtræde på markedet for citalopram var Merck (GUK) den 9. januar 2002 den første generiske virksomhed, der opnåede en markedsføringstilladelse for markedet i Det Forenede Kongerige. I løbet af denne periode havde Merck (GUK) akkumuleret en beholdning på 8 mio. Citalopram-tabletter, der var baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel og var klar til at blive solgt i Det Forenede Kongerige (741. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 217 Som følge af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, der blev underskrevet med Lundbeck den 24. januar 2002, afholdt Merck (GUK) sig fra at lancere det generiske citalopram på markedet indtil udløbet af aftalens løbetid, der indledningsvis var fastsat til juli 2003. Mellem den 1. og den 4. august 2003, inden aftalen den 6. august 2003 blev forlænget en anden gang, solgte Merck (GUK) dog rent faktisk sit generiske citalopram i Det Forenede Kongerige for en værdi af 3,3 mio. GBP (742. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 218 Kommissionen konkluderede i 743. betragtning til den anfægtede afgørelse, at disse faktiske omstændigheder i tilstrækkelig grad godtgjorde, at Merck (GUK) på tidspunktet for underskrivelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige havde reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet for citalopram i Det Forenede Kongerige. Det forhold, at Merck (GUK) rent faktisk kortvarigt indtrådte på markedet i august 2003, godtgør desuden i tilstrækkelig grad, at Merck (GUK) og Lundbeck på tidspunktet for underskrivelsen af de omtvistede aftaler i januar 2002 var potentielle konkurrenter. Selve det forhold, at Lundbeck i henhold til disse aftaler indvilligede i at foretage en overførsel til en betydelig værdi til Merck (GUK), godtgør i øvrigt i tilstrækkelig grad, at Lundbeck på tidspunktet for underskrivelsen af de omtvistede aftaler opfattede Merck (GUK) som en potentiel konkurrent, hvis indtræden på markedet var sandsynlig, og som udgjorde en trussel mod dets stilling på markedet.
- 219 Sagsøgerne har ikke desto mindre bestridt, at disse forhold var tilstrækkelige til at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence mellem dem og Merck (GUK), og er af den opfattelse, at Kommissionen først og fremmest burde have bevist dette selskabs evne til at indtræde på markedet frem for at tage hensyn til dets hensigter i denne henseende. De har ligeledes anfægtet forskellige af Kommissionen i den anfægtede afgørelse benyttede erklæringer, der ifølge sagsøgerne er blevet citeret uden for deres sammenhæng, og som ikke giver grundlag for at fastslå, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel ikke krænkede noget patent tilhørende Lundbeck og navnlig ikke patentet på krystallisering.
- 220 Det er imidlertid tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen ikke udelukkende har baseret sig på Mercks (GUK) og Lundbecks subjektive bedømmelser med henblik på at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence mellem disse, men på objektive omstændigheder såsom det forhold, at Merck (GUK) på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige havde indgået en forsyningskontrakt med Schweizerhall, der havde til formål at skaffe selskabet Natcos citalopram, at det allerede havde opbygget en stor beholdning af generisk citalopram, og at det den 9. januar 2002 havde opnået en markedsføringstilladelse i Det Forenede Kongerige.
- 221 For det første har sagsøgerne imidlertid hævdet, at Merck (GUK) ikke kunne have lanceret sine generiske produkter på markedet uden at krænke deres patenter. Der er dog atter tale om deres subjektive bedømmelse, eftersom ingen retsinstans i EØS på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige havde udtalt, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel, som Merck (GUK) anvendte til at fremstille sit generiske citalopram, krænkede noget som helst patent tilhørende

Lundbeck. Desuden var Lundbecks patent på krystallisering på tidspunktet for indgåelsen af denne aftale end ikke blevet meddelt endnu i Det Forenede Kongerige. Endelig skal det bemærkes, at Merck (GUK) ikke behøvede at bevise sine produkters ikke-patentkrænkende karakter for at kunne markedsføre disse i Det Forenede Kongerige (jf. præmis 122 ovenfor). Dette selskab risikerede højst at skulle imødegå begæringer om påbud eller patentkrænkelsessøgsmål fra Lundbecks side, uden at der dog var nogen sikkerhed for, at sidstnævnte ville få medhold, da det ifølge Lundbecks egne vurderinger var særdeles vanskeligt at påvise, at der forelå en patentkrænkelse i forhold til procespatenter (629. betragtning til den anfægtede afgørelse). Endvidere kunne Merck (GUK) i tilfælde af en tvist have rejst spørgsmålet om gyldigheden af Lundbecks patenter ved et modkrav (jf. præmis 122 ovenfor).

- 222 I modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, var Kommissionen ikke forpligtet til med sikkerhed at bevise, at Merck (GUK) i aftalernes løbetid ville være indtrådt på markedet ved hjælp af en aktiv lægemiddelbestanddel, som ikke krænkede noget patent tilhørende Lundbeck. Kommissionen skulle alene bevise, at Merck (GUK) på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, og at disse udsigter ikke udgjorde rent teoretiske muligheder, men vidnede om en reel evne til at indtræde på markedet inden for et tilstrækkeligt kort tidsrum til at lægge et konkurrencepres på Lundbeck.
- 223 Henset til de oplysninger, der er indeholdt i 738. betragtning ff., således som sammenfattet i præmis 215-218 ovenfor, kan sagsøgerne imidlertid ikke med føje hævde, at Kommissionen ikke har udført denne opgave. Den omstændighed, at Merck (GUK) i august 2003 kortvarigt kunne indtræde på markedet med sine generiske lægemidler, da dette selskab vurderede, at vilkårene i dets aftale med Lundbeck ikke længere var tilstrækkeligt gode (755. betragtning til den anfægtede afgørelse), vidner således på iøjnefaldende vis om, at Merck (GUK) på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige i det mindste var en potentiel konkurrent til Lundbeck. Såfremt sagsøgernes synspunkt blev accepteret, ville dette betyde, at Merck (GUK) selv på dette tidspunkt ikke kunne anses for en potentiel konkurrent til Lundbeck, da dette selskab ikke havde påvist, at dets produkter ikke krænkede noget patent tilhørende Lundbeck, på trods af, at selskabet havde solgt tabletter for en værdi af 3,3 mio. GBP i Det Forenede Kongerige. En sådan opfattelse kan med al tydelighed ikke tiltrædes. Endelig vidner den omstændighed, at Lundbeck foretrak at indgå en aftale med Merck (GUK) for at forsinke dette selskabs indtræden på markedet, ligeledes om, at Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af denne aftale anså Merck (GUK) for en trussel, der var i stand til at udøve et konkurrencepres på markedet for citalopram (jf. præmis 103 ovenfor).
- 224 Hvad for det andet angår sagsøgernes argument om, at Merck (GUK) ikke ville have haft mulighed for at skifte til en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel i de omtvistede aftalers løbetid, skal det fastslås, at et sådant argument på baggrund af det ovenstående er irrelevant, idet Kommissionen ikke var forpligtet til med sikkerhed at påvise, at Merck (GUK) ville være indtrådt på markedet ved hjælp af en ikke-patentkrænkende aktiv lægemiddelbestanddel, for at kunne lægge til grund, at dette selskab på tidspunktet for indgåelsen af disse aftaler var en potentiel konkurrent til Lundbeck. Under alle omstændigheder, og som Kommissionen med rette har bemærket, støttede den forsyningskontrakt, som Merck (GUK) havde indgået med Schweizerhall, sig på en antagelse om, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel ikke krænkede noget patent tilhørende Lundbeck efter udløbet af dette selskabs originalpatenter. I tilfælde af, at de produkter fra Merck (GUK), der var baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel, var blevet anset for patentkrænkende, er det derfor meget sandsynligt, at Merck (GUK) enten kunne have ophævet denne kontrakt og forsøgt at forsyne sig med generisk citalopram hos en anden leverandør end Schweizerhall, eller have samarbejdet med Schweizerhall om, at dette selskab skulle levere Merck (GUK) et generisk citalopram fremstillet ud fra ikke-patentkrænkende processer (præmis 197 ovenfor).

225 Kommissionen begik derfor ikke nogen fejl, da den i den anfægtede afgørelse konkluderede, at Merck (GUK) på tidspunktet for underskrivelsen af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige havde reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet for citalopram i Det Forenede Kongerige, og at dette selskab følgelig i det mindste var en potentiel konkurrent til Lundbeck på dette tidspunkt.

2. Situationen i EØS

226 Hvad dernæst angår konkurrencesituationen i EØS har Kommissionen i 827. betragtning ff. redegjort for grundene til, at den fandt, at Merck (GUK) kunne anses for en potentiel konkurrent til Lundbeck i de fleste EØS-stater. På tidspunktet for underskrivelsen af aftalerne havde Merck (GUK) indgået en enedistributionsaftale med Schweizerhall vedrørende Natcos aktive lægemiddelbestanddel. Denne aftale gjorde Schweizerhall til Natcos privilegerede distributør for en række EØS-stater (nemlig Belgien, Tyskland, Spanien, Frankrig, Italien, Nederlandene, Finland, Sverige og Norge) og Merck (GUK) til Natcos »privilegerede kunde« derved, at dette selskabs behov for citalopram ville få fortrinsbehandling (235. betragtning til den anfægtede afgørelse).

227 NM Pharma, Mercks (GUK) distributør for Sverige, opnåede i maj 2002 en markedsføringstilladelse og indtrådte på det svenske marked. NM Pharma rådede tillige over et stort distributionsnet i Norge og agtede at benytte sin svenske markedsføringstilladelse til at opnå markedsføringstilladelser i Belgien, Danmark, Spanien, Nederlandene, Finland og Norge gennem den i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse. Merck (GUK) påtænkte for sit vedkommende at opnå tilsvarende markedsføringstilladelser for Tyskland, Irland, Grækenland, Frankrig, Italien, Østrig og Portugal ved at benytte sin i Det Forenede Kongerige opnåede markedsføringstilladelse (829. og 830. betragtning til den anfægtede afgørelse). Desuden blev Mercks (GUK) rolle som potentiel konkurrent på EØS-området anerkendt i punkt D i præamblen til GUK-aftalen for EØS (831. betragtning til den anfægtede afgørelse).

228 Disse omstændigheder har gjort det muligt for Kommissionen at konkludere, at Merck (GUK) og Lundbeck på tidspunktet for underskrivelsen af GUK-aftalen for EØS i oktober 2002 i det mindste var potentielle konkurrenter. Gennem sin distributør NM Pharma var Merck (GUK) endda en faktisk konkurrent til Lundbeck i Sverige i nogle måneder forud for underskrivelsen af aftalen. Selve det forhold, at Lundbeck i henhold til denne aftale indvilligede i at foretage en overførsel til en betydelig værdi til Merck (GUK), godtgør i øvrigt i tilstrækkelig grad, at Lundbeck på tidspunktet for underskrivelsen af GUK-aftalen for EØS opfattede Merck (GUK) som en potentiel konkurrent, hvis indtræden på markedet var sandsynlig, og som udgjorde en trussel mod dets stilling på markedet for citalopram (832. betragtning til den anfægtede afgørelse).

229 Sagsøgerne har imidlertid gjort gældende, at produktmarkederne for levering af farmaceutiske præparater såsom citalopram har en national rækkevidde, således at Kommissionen burde have vurderet, hvorvidt Merck (GUK) og Lundbeck var potentielle konkurrenter i hver EØS-medlemsstat frem for at foretage en enhedsvurdering for hele EØS.

230 Det skal dog bemærkes, at den analyse, som Kommissionen foretog i 827.-840. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 226-228 ovenfor), i tilstrækkeligt overbevisende grad godtgør, at Merck (GUK) og Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for EØS kunne anses for potentielle konkurrenter på hele EØS-området. Det forhold, at Merck (GUK) ikke på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for EØS – og end ikke i dennes løbetid – havde opnået markedsføringstilladelser i alle EØS-staterne, betyder ikke, at dette selskab ikke på tidspunktet for indgåelsen af denne aftale rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markederne i de forskellige EØS-stater.

- 231 Som Kommissionen har påvist i 827. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, havde Merck (GUK) således til hensigt at anvende den i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse for at opnå markedsføringstilladelser i andre medlemsstater ved at støtte sig på sin i Det Forenede Kongerige allerede opnåede markedsføringstilladelse såvel som på sin distributør NM Pharms markedsføringstilladelse i Sverige (jf. præmis 227 ovenfor).
- 232 Det forhold, at GUK-aftalen for EØS dækker hele EØS-området (med undtagelse af Det Forenede Kongerige), viser i øvrigt i tilstrækkelig grad, at Lundbeck opfattede Merck (GUK) som en potentiel trussel på hele dette område, og at sidstnævnte rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet for citalopram i om ikke alle EØS-staterne, så i det mindste i et stort flertal af disse (jf. 827. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse). Som Kommissionen har angivet i fodnote 1540 til den anfægtede afgørelse, var denne ikke forpligtet til at påvise, at Merck (GUK) i fraværet af GUK-aftalen for EØS med sikkerhed ville være indtrådt i hver EØS-medlemsstat i denne aftales løbetid. Det er således ikke muligt efterfølgende at rekonstruere, hvad der ville have været entrédatoen i hver EØS-medlemsstat, når GUK-aftalen for EØS netop havde til formål og til følge at afbryde de bestræbelser, som Merck (GUK) i denne forbindelse havde indledt.
- 233 Endvidere ses der med et sådant argument atter bort fra den sontring, der består mellem reel og potentiel konkurrence, idet denne sidstnævnte ikke kræver en påvisning af en sikker indtræden på markedet, men alene en tilstedeværelse af reelle og konkrete muligheder i denne henseende. Det fremgår i denne forbindelse bl.a. af 328. og 347. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Merck (GUK) på tidspunktet for indgåelsen af GUK-aftalen for EØS havde til hensigt og evnen til at markedsføre citalopram i EØS inden for et tilstrækkeligt kort tidsrum til at kunne udøve et konkurrencepres på Lundbeck.
- 234 Det fremgår under alle omstændigheder af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen tog hensyn til de forskelle, der eksisterede mellem EØS-staterne, når disse var relevante med henblik på at undersøge, hvorvidt der bestod en potentiel konkurrence på dette område. Kommissionen har således bl.a. i 827. betragtning til den anfægtede afgørelse angivet, at patentet på Lundbecks aktive lægemiddelbestanddel ikke udløb før i april 2003 i Østrig, til forskel fra de øvrige medlemsstater. I 326., 347. og 827.-830. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte den ligeledes situationen med hensyn til markedsføringstilladelserne i forskellige EØS-stater.
- 235 Hvad angår sagsøgernes argument om, at NM Pharma uundgåeligt ville være blevet konfronteret med søgsmål anlagt af dem, er det tilstrækkeligt at fastslå, at et sådant udsagn dementeres af de faktiske omstændigheder, eftersom NM Pharma faktisk indtrådte på det svenske marked i tæt ved fem måneder og dér gennemførte »meget opmuntrende« salg (325. betragtning til den anfægtede afgørelse) uden at blive mødt med noget søgsmål fra Lundbeck.
- 236 Følgelig skal det sjette led forkastes.

I – Det syvende led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Arrow

- 237 Sagsøgerne har gjort gældende, at Arrow ved indgåelsen af Arrow UK-aftalen og den danske Arrow-aftale ikke befandt sig i en potentiel konkurrencesituation i forhold til sagsøgerne.
- 238 Hvad for det første angår Det Forenede Kongerige rådede Arrow således først i juli 2002 over en markedsføringstilladelse, og denne vedrørte ydermere Ciplas og Matrix' aktive lægemiddelbestanddele, der var opnået ved hjælp af disse selskabers oprindelige fremstillingsprocesser, Cipla I- og Matrix I-processerne, som ifølge disse krænkede patentet på krystallisering. Intet beviser, at Arrow havde rimelige chancer for at få dette patent underkendt. I øvrigt kunne Arrow ikke have regnet med Ciplas samarbejde med henblik på at påvise fraværet af en patentkrænkelse.

- 239 For det andet rådede Arrow heller ikke over reelle og konkrete muligheder for at skifte til de aktive lægemiddelbestanddele, der var fremstillet efter Cipla II- og Matrix II-processerne, som under alle omstændigheder også var patentkrænkende, eller til Ranbaxys citalopram, der ud over at krænke patenterne på amid og jod ikke var dækket af nogen markedsføringstilladelse.
- 240 Sagsøgerne har for det tredje påberåbt sig dom af 23. oktober 2001 afsagt af High Court of Justice (England & Wales) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv.), i sagen Smithkline Beecham Plc mod Generics (UK) Ltd ((2002) 25(1) I.P.D. 25005, herefter »Paroxetine-dommen«), hvoraf det følger, at en generisk virksomhed ikke kan indtræde på markedet, før den har bevist, at dens produkt ikke rummer nogen patentkrænkelse, hvilket Arrow ikke har været i stand til at gøre.
- 241 For det fjerde betyder det forhold, at sagsøgerne accepterede at indgå aftaler med Arrow om fastsættelse af betalinger fra deres side, ikke, at de opfattede Arrow som en potentiel konkurrent, men at de frygtede en krænkelse af deres patenter.
- 242 I forhold til Danmark har sagsøgerne henvist til størstedelen af de argumenter, der vedrører Det Forenede Kongerige, og samtidig tilføjet, at Arrow først i 2005 indtrådte på det danske marked, og at der over for flere generiske virksomheder i den danske Arrow-aftales løbetid fik udstedt påbud i forbindelse med deres forsøg på at sælge generisk citalopram i denne medlemsstat.
- 243 Kommissionen har bestridt samtlige disse argumenter.
1. Situationen i Det Forenede Kongerige
- 244 Der skal først ske en undersøgelse af sagsøgernes argumenter angående det påståede fravær af potentiel konkurrence mellem sagsøgerne og Arrow ved indgåelsen af Arrow UK-aftalen.
- 245 Hvad angår sagsøgernes argumenter om, at det angiveligt var umuligt for Arrow for at indtræde på markedet med Ciplas eller Matrix' citalopram, skal følgende bemærkes.
- 246 For det første konstaterede Kommissionen i 375. og 878. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Arrow den 22. maj 2001 havde indgået en aftale med Tiefenbacher om at erhverve dels de markedsføringstilladelser, som dette selskab havde ansøgt om i flere EØS-lande vedrørende det generiske citalopram, dels tabletter med dette lægemiddel, der var fremstillet ud fra Ciplas eller Matrix' aktive lægemiddelbestanddel.
- 247 For det andet bemærkede Kommissionen i 379. og 878. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Arrow den 10. september 2001 bestilte generiske citalopramtabletter hos Tiefenbacher for en værdi af 2,8 mio. tyske mark (DEM), som selskabet modtog for en del i november 2001 og for en del i den anden uge af januar 2002. Disse tabletter var blevet udviklet ud fra Ciplas aktive lægemiddelbestanddel, der var fremstillet efter Cipla I-processen.
- 248 For det tredje fremgår det af 382. betragtning til den anfægtede afgørelse, at der den 14. december 2001 blev afholdt et møde mellem Arrow og Tiefenbacher. Ifølge notaterne om dette møde, som sagsøgerne har fremlagt for Retten, var Tiefenbacher af den opfattelse, at det efter Cipla I-processen fremstillede citalopram kunne have krænket patentet på krystallisering, såfremt dette blev udstedt i Det Forenede Kongerige, selv om Cipla anførte, at selskabets proces svarede til den ene af dem, der var omfattet af originalpatenterne. I de nævnte notater omtales tillige det forhold, at sagsøgerne ville forberede en forsvarsstrategi i forhold til de begæringer om påbud, som Lundbeck ville indgive for de kompetente retsinstanser for at modsætte sig deres indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige.

Desuden nævnes i den email, hvormed disse notater blev fremsendt, det forhold, at en ansat i Arrow havde undersøgt Cipla I- og Matrix I-processerne og herudfra havde konkluderet, at disse ikke syntes at krænke patentet på krystallisering.

- 249 For det fjerde fremgår det af 383. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Arrow den 21. december 2001 fra Tiefenbacher erhvervede den ansøgning om markedsføringstilladelse, som dette selskab forudgående havde indgivet til de kompetente myndigheder i Det Forenede Kongerige. Denne ansøgning, som i henhold til den i artikel 18 i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse var baseret på den markedsføringstilladelse, som Tiefenbacher forinden havde opnået i Nederlandene, blev i juli 2002 imødekommet, efter at Lundbeck ikke fik medhold i det søgsmål, som selskabet havde anlagt i Nederlandene til prøvelse af denne sidstnævnte markedsføringstilladelse. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den potentielle konkurrence – således som fremført af Kommissionen i 882. betragtning til den anfægtede afgørelse – begynder inden udstedelsen af en markedsføringstilladelse (præmis 92-94 ovenfor), og at denne markedsføringstilladelse under alle omstændigheder blev udstedt i Arrow UK-aftalens løbetid.
- 250 For det femte fremførte Kommissionen i 387. betragtning til den anfægtede afgørelse det forhold, at Cipla i en email sendt til Arrow den 15. januar 2002 havde erklæret sig rede til at støtte dette selskab i forbindelse med en eventuel tvist med Lundbeck, selv om Cipla ville afgive de nødvendige oplysninger om sin proces direkte til de kompetente myndigheder, og ikke først til Arrow eller til Tiefenbacher. Det har således kun mindre at sige, at Cipla ifølge en i 385. betragtning til den anfægtede afgørelse omtalt email af 11. januar 2002 ikke ville afgive yderligere oplysninger om sin proces.
- 251 For det sjette fremgår det af 389. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Arrow i en email af 22. januar 2002 som svar på den advarsel, som sagsøgerne dagen før havde sendt dette selskab, underrettede disse om, at det ikke mente, at det krænkede deres nye patenter.
- 252 For det syvende meddelte et datterselskab af Arrow, Resolution Chemicals, i en email af 23. januar 2002, der er citeret i 390., 880. og 887. betragtning til den anfægtede afgørelse, og som blev tilsendt en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, at dette datterselskab »[ville lancere sit produkt] i Det Forenede Kongerige i [den følgende] uge«. I denne email tilkendegav Resolution Chemicals ligeledes en interesse for denne leverandørs aktive lægemiddelbestanddel som en anden kilde til den aktive lægemiddelbestanddel.
- 253 For det ottende skal der erindres om, at Arrow i syvende betragtning i Arrow UK-præambelen ikke anerkendte at have krænket Lundbecks nye patenter, men begrænsede sig til at bemærke, at selskabet ikke kunne afkræfte denne beskyldning med uigendrivelige beviser.
- 254 For det niende fremgår det især af 157., 627., 669. og 745. betragtning samt fodnote 322 til den anfægtede afgørelse, at andre generiske virksomheder og Lundbeck selv nærede tvivl om gyldigheden af patentet på krystallisering. Navnlig vurderede Lundbeck, at sandsynligheden for, at dette patent ville blive underkendt, udgjorde mellem 50% og 60%. Beviserne vedrørende denne vurdering daterer sig ganske vist fra perioden efter indgåelsen af de omtvistede aftaler. Sagsøgerne er imidlertid ikke fremkommet med nogen oplysninger, der gør det muligt at forklare, hvorledes deres bedømmelse af dette spørgsmål tidligere skulle have været anderledes. Der bør i øvrigt ligeledes tages hensyn til de i præmis 122 ovenfor anførte overvejelser omkring underkendelsen af procespatenterne. Dersom patentet på krystallisering var blevet erklæret ugyldigt, ville Arrows eventuelle krænkelse af dette således have været uden konsekvenser.
- 255 Disse beviser er tilstrækkelige til at lægge til grund, at Arrow ved indgåelsen af Arrow UK-aftalen var i et potentielt konkurrenceforhold til Lundbeck på grund af de reelle og konkrete muligheder, som dette selskab havde for at indtræde på markedet med det citalopram fra Cipla, der var fremstillet efter Cipla I-processen.

- 256 Med hensyn til muligheden for, at Arrow skulle skifte producent af den aktive lægemiddelbestanddel og overgå til den aktive lægemiddelbestanddel fra Matrix, der var fremstillet efter Matrix I-processen, og som Tiefenbacher kunne have leveret til dette selskab, skal det bemærkes, at Arrow ifølge følgeemailen til notaterne om mødet den 14. december 2001 (jf. præmis 248 ovenfor) vurderede, at den proces, der blev anvendt af Matrix til at fremstille denne aktive lægemiddelbestanddel, sandsynligvis ikke krænkede patentet på krystallisering. I disse notater omtales tillige den mulighed, at Arrow skulle overgå til Matrix' aktive lægemiddelbestanddel, samtidig med at det antoges, at det ikke var muligt at foretage et sådant skifte på det stadi, hvor Arrow befandt sig på det tidspunkt. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Arrows aftale med Tiefenbacher – som Kommissionen med rette har påpeget i 885., 886., 889. og 895. betragtning samt fodnote 1636 til den anfægtede afgørelse – muliggjorde en sådan overgang, således at det forhold, at en sådan valgmulighed kan have været en mindre fordelagtig løsning for Arrow end den, der bestod i at indgå en aftale med Lundbeck, ikke er til hinder for at lægge til grund, at dette selskab rådede over en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet med citalopram fremstillet ud fra denne aktive lægemiddelbestanddel.
- 257 Hvad angår sagsøgernes argumenter vedrørende Matrix II- og Cipla II-processerne skal der henvises til præmis 198-200 ovenfor.
- 258 Med hensyn til det argument fra sagsøgerne, der støttes på den i præmis 240 ovenfor anførte Paroxetine-dom, skal der erindres om, at et spørgsmål vedrørende fortolkningen af en medlemsstats nationale ret er et faktisk spørgsmål (jf. i denne retning og analogt dom af 21.12.2011, A2A mod Kommissionen, C-318/09 P, EU:C:2011:856, præmis 125 og den deri nævnte retspraksis, og af 16.7.2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung mod Kommissionen, T-309/12, EU:T:2014:676, præmis 222 og den deri nævnte retspraksis), i forhold til hvilket Retten i princippet er forpligtet til at foretage en fuldstændig efterprøvelse (præmis 113 ovenfor).
- 259 I den sag, der gav anledning til den i præmis 240 ovenfor nævnte Paroxetine-dom, anvendte den pågældende retsinstans de principper, der regulerer udstedelsen af foreløbige påbud i engelsk ret, og fandt, at interesseafvejningen faldt ud til fordel for originalproducenten, henset til sagens særlige omstændigheder og navnlig det forhold, at den generiske virksomhed, der var tale om, ikke havde »fjernet forhindringerne« ved at underrette den nævnte producent om sin faste hensigt om at lancere sit generiske produkt på markedet, skønt denne virksomhed havde forberedt sig på en sådan indtræden i fire år, og på trods af det forhold, at den vidste, at originalproducenten var indehaver af patenter, der gav denne mulighed for at anlægge et patentkrænkelssøgsmål mod virksomheden.
- 260 Uden at det er fornødent at tage stilling til den nøjagtige fortolkning og rækkevidde, der skal tillægges den i præmis 240 ovenfor anførte Paroxetine-dom, skal det dog bemærkes, at der består flere forskelle mellem den foreliggende sag og den, der gav anledning til den nævnte dom.
- 261 For det første fremgår det således af 374. betragtning til den anfægtede afgørelse, at sagsøgerne og Arrow allerede den 15. december 2000 havde taget kontakt til hinanden for at drøfte spørgsmålet om det generiske citalopram. Desuden konstaterede Kommissionen i 389. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Arrow i januar 2002 havde bekræftet over for sagsøgerne, at dette selskab forberedte sig på at indtræde på markedet i Det Forenede Kongerige.
- 262 For det andet forholder det sig således, at mens det patent, der i den sag, der gav anledning til den i præmis 240 ovenfor anførte Paroxetine-dom, potentielt var blevet krænkede af den generiske virksomhed, der var tale om, allerede eksisterede i hele den periode, i løbet af hvilken denne virksomhed havde forberedt sig på at indtræde på markedet, blev ansøgningen om patentet på krystallisering i Det Forenede Kongerige i den foreliggende sag først indgivet af Lundbeck den 12. marts 2001, og først offentliggjort den 4. juli 2001, mens selve patentet først blev endeligt meddelt som omhandlet i paragraph 25 i UK Patent Act den 30. januar 2002, dvs. efter indgåelsen af Arrow UK-aftalen.

- 263 I øvrigt har sagsøgerne – ud over at anføre den mangelfulde karakter af patentbeskyttelsessystemet i Europa og den deraf følgende asymmetri i risiciene – ikke givet nogen redegørelse for grundene til, at den virksomhed, som sagsøgerne er en del af, og som er en erfaren virksomhed, som rådgives af specialiserede advokater, foretrak at indgå en med omkostninger forbundet aftale såsom Arrow UK-aftalen, der alene gjorde det muligt for denne at opnå en udskydelse af Arrows indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige. Såfremt sagsøgernes fortolkning af den i præmis 240 ovenfor anførte Paroxetine-dom, ligesom deres overbevisning om at kunne blokere de generiske lægemidlers indtræden ved hjælp af deres patenter, var korrekt, ville der således sikkert være blevet anordnet foreløbige forholdsregler mod Arrow i Det Forenede Kongerige i tilfælde af, at dette selskab havde forsøgt at indtræde med sine generiske lægemidler på dette marked, hvilket således ville have givet dem mulighed for at blokere denne indtræden i afventning af, at de fik medhold ved en dom vedrørende sagens realitet.
- 264 For så vidt som sagsøgerne i det væsentlige har anført asymmetrien i risiciene mellem disse og Arrow, skal det bemærkes, at et sådant argument ikke i sig selv kan rejse tvivl om den konklusion, at de på tidspunktet for indgåelsen af Arrow UK-aftalen opfattede Arrow som en trussel på markedet for citalopram.
- 265 Hvad angår sagsøgernes argumenter om, at de ikke opfattede Arrow som en potentiel konkurrent, men som en virksomhed, der kunne krænke deres patenter, skal det bemærkes, at selve det forhold, at de indgik en aftale med Arrow, er et meget stærkt indicium for opfattelsen af dette sidstnævnte selskab som værende en potentiel konkurrent (jf. præmis 181 ovenfor). Der skal endvidere erindres om, at Lundbecks overbevisning om, at dets patenter var blevet krænket, ikke blev delt af Arrow (jf. syvende betragtning i Arrow UK-præamblen og præmis 35 ovenfor), og på tidspunktet for indgåelsen af Arrow UK-aftalen ikke var blevet bekræftet af nogen retsinstans.
- 266 Følgelig skal det konkluderes, at Kommissionen ikke foretog noget urigtigt skøn ved i den anfægtede afgørelse at anse Arrow for en potentiel konkurrent til Lundbeck i Det Forenede Kongerige.

2. Situationen i Danmark

- 267 Hvad dernæst angår den potentielle konkurrence i Danmark må for det første det argument fra sagsøgerne, der angår det forhold, at Arrow ikke indtrådte på markedet allerede fra udløbet af den danske Arrow-aftale i april 2003, men først i 2005, forkastes. Det skal i denne forbindelse først bemærkes, at det drejer sig om et efterfølgende bevis, og at det sigter til den faktiske konkurrence og ikke den potentielle konkurrence. Det skal i øvrigt bemærkes, at den situation, der forelå efter udløbet af denne aftale, ikke var sammenlignelig med den, der forudgik denne, idet forholdene på dette marked i mellemtiden var blevet ændret.
- 268 Hvad for det andet angår det forhold, at sagsøgerne opnåede flere påbud i Danmark, skal det bemærkes, at disse er fra tiden efter datoen for indgåelsen af den danske Arrow-aftale, således at Kommissionen ikke var forpligtet til at støtte sig på disse for at vurdere, hvorvidt mulighederne for, at Arrow skulle indtræde på markedet, var reelle og konkrete på tidspunktet for indgåelsen af denne aftale. Hvis det forudsættes, at der kan lægges vægt på disse påbud, bør det samme, som bemærket af Kommissionen i 185. betragtning til den anfægtede afgørelse, gælde for de appelafgørelser, som ophævede flere i første instans opnåede påbud.
- 269 Selv om det er sandt, at Arrow ved indgåelsen af den danske Arrow-aftale vidste, at Cipla I-processen sandsynligvis var patentkrænkende, forholder det sig for det tredje ikke desto mindre således, at dette selskab dels kunne have forsøgt at få underkendt patentet på krystallisering, dels kunne have forsøgt først at skaffe sig det citalopram fra Matrix, der var fremstillet efter Matrix I-processen, og derefter det citalopram, der var fremstillet efter Cipla II- eller Matrix II-processerne, eller Ranbaxys citalopram (jf. præmis 198-201 og 256 ovenfor). Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Arrow, selv efter at

Lundbeck havde opnået patentet på krystallisering i Danmark, fortsatte sine tiltag med henblik på at kunne råde over en markedsføringstilladelse inden for en rimelig frist for på det danske marked at kunne sælge det af Tiefenbacher leverede generiske citalopram, som var fremstillet ud fra Ciplas aktive lægemiddelbestanddel eller Matrix' aktive lægemiddelbestanddel (jf. 450., 454., 967. og 968. betragtning til den anfægtede afgørelse samt tredje betragtning i præamblen til den danske Arrow-aftale).

270 Det følger heraf, at Kommissionen med rette fastslog, at Arrow ligeledes i Danmark var en potentiel konkurrent til Lundbeck.

271 Følgelig skal det syvende led forkastes.

J – Det ottende led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Alpharma

272 Sagsøgerne har gjort gældende, at Alpharma ved indgåelsen af Alpharma-aftalen ikke befandt sig i en potentiel konkurrencesituation i forhold til sagsøgerne.

273 For det første havde Alpharma således ikke adgang til noget citalopram, som ikke krænkede deres patenter, eftersom dette selskab var forpligtet til at købe sine produkter af Tiefenbacher. Denne sidstnævnte leverede imidlertid til Alpharma generisk citalopram, der var fremstillet efter Cipla I-processen, som var klart patentkrænkende, og kunne til Alpharma kun have leveret andre patentkrænkende produkter fremstillet efter Matrix I-processen, eller – senere – efter Cipla II- og Matrix II-processerne. Alpharmas tvivl om gyldigheden af patentet på krystallisering betyder i øvrigt ikke, at dette selskab var en potentiel konkurrent, henset til navnlig det forhold, at denne tvivl var støttet på subjektive bedømmelser.

274 Sagsøgerne har for det andet bemærket, at Alpharma alene rådede over en markedsføringstilladelse for otte EØS-lande, herunder den for Det Forenede Kongerige, som først blev meddelt i juli 2002.

275 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

276 Det skal i denne forbindelse anføres, at Kommissionen i 1035. betragtning til den anfægtede afgørelse har påpeget, at Alpharma-koncernen – ifølge en email af 19. februar 2002 fra Alpharmas administrerende direktør med ansvar for den relevante sag – i stedet for at indgå Alpharma-aftalen kunne være indtrådt på markedet med de citalopramtabletter, som den allerede havde modtaget eller bestilt, og som var fremstillet efter Cipla I-processen, samt kunne have påberåbt sig ugyldigheden af patentet på krystallisering, som denne proces krænkede ifølge de oplysninger, som Alpharma-koncernen og Lundbeck rådede over på daværende tidspunkt.

277 Det skal først bemærkes, at det forhold, at Alpharma på ingen måde havde udelukket at indtræde på markedet med de tabletter, som dette selskab allerede havde modtaget eller bestilt, ligeledes fremgår af en intern email af 14. februar 2002 fra samme administrerende direktør, som er citeret i 516. betragtning til den anfægtede afgørelse. Ophavsmanden til denne email forklarede således en af sine kollegaer, at Alpharma på dette tidspunkt spillede efter en dobbeltstrategi, hvorom vidner udtrykket »we are riding two horses« (vi spiller på to heste), der bestod i dels at forberede lanceringen af citalopram i flere EØS-lande, dels at forhandle med Lundbeck, og at det den følgende uge sandsynligvis ville blive nødvendigt at træffe en beslutning. Vedkommende præciserede i den anledning, at denne for at træffe den bedst mulige beslutning havde behov for at modtage en beskrivelse af den juridiske situation i de nævnte lande og af de risici, som Alpharma var udsat for.

- 278 Det følger derfor af emailene af 14. og 19. februar 2002, at Alpharma, samtidig med, at selskabet havde kendskab til de risici, som en indtræden på markedet kunne indebære, ikke ville have opgivet sine planer, såfremt det ikke havde kunnet indgå en tilstrækkeligt fordelagtig aftale med Lundbeck. Eftersom det drejer sig om interne email, er det ikke troværdigt, at formålet med de deri udtrykte standpunkter var at udføre et »bluffnummer« over for Lundbeck. I øvrigt var denne en erfaren virksomhed, som længe havde fulgt Alpharmas tiltag, således som det bl.a. fremgår af de skrivelser, der er omtalt i 477. og 496. betragtning til den anfægtede afgørelse. I disse skrivelser henvistes bl.a. til Lundbeck-brugsmodellen såvel som til patentet på krystallisering, således at det ikke kan lægges til grund, at der i de nævnte email fremførtes standpunkter, der blev udtrykt uden kendskab til risiciene vedrørende disse intellektuelle ejendomsrettigheder.
- 279 Der skal i øvrigt henvises til de betragtninger, der er fremført i præmis 122 og 254 ovenfor angående den eventuelle ugyldighed af patentet på krystallisering.
- 280 De i de ovennævnte email indeholdte erklæringer skal læses i lyset af de tiltag, som Alpharma indtil da havde gjort for at forberede sin indtræden på markedet.
- 281 Det fremgår i denne henseende navnlig af 476., 486., 490., 516. og 1017. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Alpharma på tidspunktet for indgåelsen af Alpharma-aftalen:
- allerede havde indgået en kontrakt med Tiefenbacher, dateret den 25. juni 2001, om levering af generisk citalopram fremstillet ud fra Ciplas eller Matrix' aktive lægemiddelbestanddel
 - i henhold til denne kontrakt og en forudgående kontrakt mellem de samme parter af 31. juli 2000 kunne opnå en markedsføringstilladelse i Nederlandene på grundlag af den tilladelse, som Tiefenbacher den 31. august 2001 havde modtaget fra denne medlemsstats myndigheder, og i medfør af den i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse kunne opnå markedsføringstilladelser i andre EØS-lande
 - allerede havde 9,4 mio. citalopramtabletter på lager og havde bestilt yderligere 16 mio. af disse
 - allerede havde opnået markedsføringstilladelser i Nederlandene, Finland, Danmark og Sverige og den 9. januar 2002 havde fået tilsagn om, at selskabet i en meget nær fremtid ville opnå en sådan i Det Forenede Kongerige
 - allerede havde offentliggjort en prisliste for sit citalopram i Det Forenede Kongerige.
- 282 Dernæst skal det bemærkes – som Kommissionen har gjort det i 1035. betragtning til den anfægtede afgørelse – at Alpharma ifølge emailen af 19. februar 2002 i stedet for at indgå Alpharma-aftalen ligeledes kunne have udskudt sin indtræden på markedet til foråret eller sommeren samme år ved at skifte til Matrix' citalopram, der blev anset for ikke at være problematisk i forhold til patentet på krystallisering.
- 283 Det er ganske vist rigtigt, at overgangen til Matrix' citalopram ifølge emailen af 19. februar 2002 frembød alvorlige ulemper. Det skal dog for det første bemærkes, at den kontrakt, der var indgået mellem Tiefenbacher og Alpharma, gjorde det muligt for denne sidstnævnte at erhverve såvel Ciplas som Matrix' citalopram (jf. 480. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 284 Selv om det præciseres i emailen af 19. februar 2002, at overgangen til Matrix' aktive lægemiddelbestanddel ville have bevirket en udskydelse af indtrædenen på markedet, hvilket ville have reduceret de forventede fordele, skal denne ulempe for det andet afvejes i forhold til fordelene ved at reducere risikoen for at krænke patentet på krystallisering. Under alle omstændigheder afkræfter den nævnte email på ingen måde, at overgangen til Matrix' aktive lægemiddelbestanddel trods den nævnte udskydelse og følgerne af denne udgjorde en økonomisk holdbar valgmulighed. Det drejede sig blot om

en faktor, der gjorde det økonomisk præferabelt at indgå en fordelagtig aftale med Lundbeck. Dette spørgsmål er imidlertid irrelevant for vurderingen af, hvorvidt der bestod reelle og konkrete muligheder for, at Alpharma skulle indtræde på markedet.

- 285 Den omstændighed, at Matrix på en dato, der lå efter datoen for indgåelsen af Alpharma-aftalen, således som dette fremgår af fodnote 155 til den anfægtede afgørelse, ændrede den proces, som selskabet anvendte til at fremstille den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, beviser for det tredje ikke, at den tidligere disponible proces krænkede patentet på krystallisering, men vidner alene om Matrix' bestræbelser på senere at sikre sig imod enhver risiko for patentkrænkelse. I øvrigt fandt denne ændring sted i denne aftales løbetid, således at Alpharma kunne have benyttet Matrix' nye aktive lægemiddelbestanddel, der var fremstillet efter Matrix II-processen, såfremt selskabet ikke var blevet betalt for at forblive uden for markedet. Under alle omstændigheder vurderede Alpharma-koncernen den 19. februar 2002, at Matrix' aktive lægemiddelbestanddel, der var baseret på Matrix I-processen, og som dette selskab på det tidspunkt anvendte, kunne gøre det muligt for dette at indtræde på markedet uden at krænke patentet på krystallisering.
- 286 Det følger heraf, at Alpharma ved indgåelsen af Alpharma-aftalen rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet med generisk citalopram, der var fremstillet efter Cipla I- eller Matrix I-processerne. I øvrigt – og som dette er blevet undersøgt i præmis 198 og 200 ovenfor – blev det generiske citalopram, der var fremstillet efter Matrix II- og Cipla II-processerne, ligeledes disponibelt i denne aftales løbetid.
- 287 Konstateringen af, at Alpharma var en potentiel konkurrent til sagsøgerne, ændres ikke af den henvisning, som disse har foretaget til en erklæring, som Alpharma afgav til pressen den 28. februar 2002. Med denne erklæring meddelte Alpharma i det væsentlige, at selskabet udskød salgene af citalopram i det mindste indtil slutningen af sommerferieperioden, og at det i givet fald kunne opgive projektet vedrørende disse salg med den begrundelse, at dets beholdning rejste et problem i henseende til sagsøgernes patenter. Alpharma tilføjede, at selskabet måtte lede efter en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel og indhente de nødvendige tilladelser.
- 288 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at denne erklæring, således som anført af Kommissionen i 1055. betragtning til den anfægtede afgørelse, viser ændringen af Alpharmas planer som værende konsekvensen af en ensidig beslutning fra dette selskabs side. Således rummer den ikke den mindste henvisning til Alpharma-aftalen, hvilket er i overensstemmelse med dennes hemmelige karakter, som indskrevet i den nævnte aftales punkt 3.1. Desuden skal der tages hensyn til det forhold, at den nævnte erklæring havde til formål at give en redegørelse over for Alpharmas potentielle kunder.
- 289 Følgelig afkræfter denne erklæring ikke Kommissionens synspunkt – der især er støttet på emailene af 14. og 19. februar 2002 og på de tiltag, som Alpharma indtil da havde gjort – ifølge hvilket denne virksomhed uden at have indgået Alpharma-aftalen rådede over en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet.
- 290 Hvad angår sagsøgernes argument vedrørende det forhold, at Alpharma ikke rådede over en markedsføringstilladelse i alle EØS-landene, er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette selskab allerede kunne forvente flere markedsføringstilladelser, og at det havde reelle og konkrete muligheder for at opnå andre af disse i medfør af den i artikel 18 i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse. Endvidere henhører sådanne muligheder i henhold til de i præmis 163 og 171 ovenfor anførte betragtninger under den potentielle konkurrence.
- 291 På baggrund af det ovenstående skal det ottende led forkastes.

K – Det niende led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Ranbaxy

- 292 Sagsøgerne har gjort gældende, at Ranbaxy ved indgåelsen af Ranbaxy-aftalen ikke befandt sig i en potentiel konkurrencesituation i forhold til sagsøgerne.
- 293 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at selv om Ranbaxy under et møde, der blev afholdt den 17. april 2002, ganske vist underrettede dem om, at dette selskab rådede over en proces, som ikke krænkede noget patent, at det påregnede at opnå en markedsføringstilladelse inden for et tidsrum på otte måneder, og at det stod i begreb med at indgå en aftale med en anden generisk virksomhed, som kunne købe dets aktive lægemiddelbestanddel og inden for et tidsrum på maksimalt fire måneder indtræde på markedet med generisk citalopram fremstillet ud fra denne aktive lægemiddelbestanddel, drejede det sig imidlertid om et »bluffnummer«, der blev udført for at overtale sagsøgerne til at indgå en for Ranbaxy gunstig aftale. Det forhold, at denne sidstnævnte afgav erklæringer, der gik i samme retning, til andre generiske virksomheder, der var potentielle købere af dennes aktive lægemiddelbestanddel, er heller ikke beviskraftigt. Navnlig lå Ranbaxys erklæring til Alpharma forud for Lundbecks gennemgang af Ranbaxys reaktionsskemaer, som gjorde det muligt at påvise, at denne sidstnævntes proces krænkede Lundbecks patenter på amid og jod.
- 294 Sagsøgerne har for det andet bemærket, at Ranbaxy ikke havde nogen reel og konkret mulighed for at opnå en markedsføringstilladelse i Ranbaxy-aftalens løbetid. Denne anerkendte under den administrative procedure alle de vanskeligheder, der var forbundet med den i artikel 18 i direktiv 2001/83 fastsatte procedure for gensidig anerkendelse.
- 295 Sagsøgerne har for det tredje fremhævet, at Ranbaxy i oktober 2002 erklærede ikke at have solgt citalopram efter juni 2002, og det ikke blot i Europa, men i hele verden, hvilket beviser, at dette selskab ikke kunne gøre dette, og det uafhængigt af Ranbaxy-aftalen, som kun omhandlede EØS.
- 296 Sagsøgerne har for det fjerde bemærket, at Ranbaxy efter udløbet af Ranbaxy-aftalen anmodede dem om en licens til patentet på jod i stedet for blot at anvende sin proces, hvilket bekræfter, at denne proces krænkede det nævnte patent.
- 297 For det femte er der ikke i den anfægtede afgørelse fremlagt noget bevis for, at sagsøgerne eller Ranbaxy nærede tvivl om gyldigheden af patenterne på amid og jod, idet de omtalte erklæringer alene vedrører patentet på krystallisering.
- 298 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 299 Hvad for det første angår sagsøgernes argumenter vedrørende det påståede »bluffnummer« udført af Ranbaxy skal det anføres, at det – således som fremhævet af Kommissionen i bl.a. 1095. og 1096. betragtning til den anfægtede afgørelse – fremgår af referatet fra mødet den 17. april 2002 mellem sagsøgerne og Ranbaxy, at sidstnævnte ved denne lejlighed gjorde følgende gældende:
- Ranbaxy anvendte en proces, som ikke krænkede Lundbecks patenter.
 - Lundbeck havde kendskab til denne proces.
 - Ranbaxy havde til hensigt at indgive ansøgninger om markedsføringstilladelse for Det Forenede Kongerige og Tyskland, hvor selskabet havde sine egne datterselskaber, og forventede at modtage sine markedsføringstilladelser inden for et tidsrum på otte måneder.

- Ranbaxy nærmede sig en indgåelse af en aftale med en anden generisk virksomhed, som selskabet ikke identificerede, men som Lundbeck antog for at være Tiefenbacher eller et selskab fra Merck-koncernen, gennem hvilket Ranbaxy agtede at udvirke, at selskabets aktive lægemiddelbestanddel kom på markedet i Nordeuropa inden for et tidsrum på tre til fire måneder.
 - Ranbaxys produktionskapacitet var på 4,5 ton aktiv lægemiddelbestanddel pr. år på verdensplan.
 - Ranbaxy var parat til at indgå en aftale med Lundbeck.
- 300 Det skal ligeledes bemærkes, at Lundbeck ifølge dette referat vidste, at en sådan aftale kunne være bekostelig og vanskelig, især i henseende til konkurrenceretten (jf. 188. og 1095. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 301 Alligevel besluttede Lundbeck at indgå Ranbaxy-aftalen, hvilket viser, at Lundbeck tog den trussel, som denne virksomhed udgjorde, alvorligt.
- 302 Det skal i denne sammenhæng påpeges, at den opfattelse, som Lundbeck havde af Ranbaxy, i henhold til retspraksis (jf. præmis 101 og 104 ovenfor) er et element, der kan tages i betragtning, om end det ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at påvise, at der bestod en potentiel konkurrence.
- 303 Hvad angår muligheden for, at sagsøgernes opfattelse var blevet påvirket af et vellykket »bluffnummer« fra Ranbaxys side, skal det først bemærkes, at sagsøgerne udgjorde en erfaren virksomhed, som længe havde fulgt de generiske virksomheders tiltag vedrørende citalopram (jf. navnlig 172.-183. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 304 Med hensyn til navnlig Ranbaxy havde sagsøgernes overvågning været særligt indgående, idet disse mellem januar og juli 2001 havde haft hyppige kontakter med det erklærede mål at undersøge muligheden for at anvende Ranbaxys citalopram, mens der reelt var tale om en forhalingsstrategi fra deres side (jf. 549.-552. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ydermere erfarede sagsøgerne i maj 2002, at Ranbaxy i Indien havde indgivet to patentansøgninger, og efter at have analyseret Ranbaxys reaktionsskemaer fandt sagsøgerne, at disse ansøgninger kunne være i konflikt med patenterne på amid og jod (jf. 560.-564. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 305 Selv efter underskrivelsen af Ranbaxy-aftalen beklagede sagsøgerne sig aldrig over at have været ofre for et kneb, men glædede sig, som det fremgår af 206. betragtning til den anfægtede afgørelse, i december 2002 over at have opnået en udskydelse af lanceringen af det generiske citalopram, der var ventet i første kvartal af 2002, hvilket skabte positive vilkår for udviklingen af salgene af Lundbecks nye lægemiddel Cipralext (jf. præmis 22 ovenfor). Sagsøgerne ville endda forlænge denne aftale indtil den 31. december 2003 ved at underskrive et tillæg den 19. februar 2003. Da der ikke foreligger noget bevis herfor, er det ikke troværdigt, at Ranbaxy har kunnet narre Lundbeck to gange i løbet af en så lang periode.
- 306 I øvrigt – og som det bl.a. fremgår af 1105. betragtning til den anfægtede afgørelse – fastholdt Ranbaxy før og efter indgåelsen af Ranbaxy-aftalen over for tredjeparter, at dets processer ikke krænkede Lundbecks nye patenter. Navnlig fastslog Kommissionen i 554., 557. og 1093. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Ranbaxy først i januar og dernæst i april 2002 havde haft kontakter med Arrow, som mandede ud i et konkret tilbud til denne sidstnævnte om et salg af 500-1 000 kg aktiv lægemiddelbestanddel. Det er imidlertid ikke troværdigt, at Ranbaxy forsætligt skulle have afgivet urigtige oplysninger til sine potentielle kunder med det formål at overtale dem til at købe dette selskabs aktive lægemiddelbestanddel. En sådan adfærd ville således have udsat selskabet for erstatningssøgsmål fra dets kunder. Ydermere havde en af disse fra Ranbaxy modtaget al den nødvendige dokumentation til underbygning af, at Ranbaxys processer ikke var patentkrænkende.

- 307 Det forhold, at Ranbaxy ikke var i færd med at udføre et »bluffnummer« over for sagsøgerne, bekræftes tillige af andre beviser, som Kommissionen har fremlagt i den anfægtede afgørelse.
- 308 Det skal således for det første anføres, at Ranbaxy som bemærket af Kommissionen i 1091. betragtning til den anfægtede afgørelse allerede i januar 2001 var begyndt på at udvikle en proces til at fremstille citalopram. Det fremgår af det i 552. og 1091. betragtning til den anfægtede afgørelse nævnte dokument, at da Lundbeck i juli 2001 underrettede Ranbaxy om, at selskabet ikke ønskede at købe de 400 kg aktiv lægemiddelbestanddel, som Ranbaxy havde tilbudt dette, blev Ranbaxy særligt skuffet herover som følge af, at dette selskab – i hele den forudgående periode, i løbet af hvilken Lundbeck havde bibragt dette en tro på, at det nærrede en interesse for dettes aktive lægemiddelbestanddel – bevidst havde afstået fra andre muligheder, som viste sig.
- 309 For det andet anførte Kommissionen i 566. og 1092. betragtning til den anfægtede afgørelse først, at Ranbaxy i december 2001 havde leveret tekniske data angående sin aktive lægemiddelbestanddel til en potentiel kunde i Italien, hvilket i første halvår af 2002 blev fulgt op af afsendelsen af 16 kg aktiv lægemiddelbestanddel. Dernæst havde en potentiel kunde i Frankrig i januar 2002 ligeledes modtaget tekniske data. Siden havde Ranbaxy i 2002 fremsendt en lille mængde aktiv lægemiddelbestanddel til en potentiel svensk kunde.
- 310 Det skal for det tredje bemærkes, at Ranbaxy, som fremført af Kommissionen i 584. betragtning til den anfægtede afgørelse, i juli 2002 solgte en lille mængde af sin aktive lægemiddelbestanddel til den italienske kunde, som dette selskab havde været i kontakt med nogle måneder tidligere. Når Ranbaxy var i stand til at sælge en lille mængde aktiv lægemiddelbestanddel lige efter indgåelsen af Ranbaxy-aftalen, må det fastslås, at selskabet i det mindste rådede over reelle og konkrete muligheder for at gøre det forinden.
- 311 Endelig skal det bemærkes, at Ranbaxy selv efter, at sagsøgerne havde gennemgået dette selskabs reaktionsskemaer, besluttede at indgive sin Drug Master File til de kompetente myndigheder i Det Forenede Kongerige og derpå ansøgte om en markedsføringstilladelse. Sådanne tiltag ville imidlertid ikke være blevet gennemført, såfremt det efter den nævnte gennemgang var blevet konkluderet, at den proces, som Ranbaxy anvendte til at fremstille sin aktive lægemiddelbestanddel, krænkede patenterne på amid og jod.
- 312 Hvad dernæst angår sagsøgernes argument om det tidsrum, der var nødvendigt for at opnå en markedsføringstilladelse, skal der henvises til de i præmis 171, 177 og 178 ovenfor anførte betragtninger såvel som til forholdene vedrørende de tidsrum, som Ranbaxy meddelte under mødet den 17. april 2002 (jf. præmis 299, tredje og fjerde punkt ovenfor).
- 313 Eftersom de tiltag, som en generisk virksomhed såsom Ranbaxy gennemfører for at forberede sin indtræden på markedet med generisk citalopram, herunder hvad angår den for opnåelsen af markedsføringstilladelser nødvendige proces, for det første er relevante med henblik på bedømmelsen af den potentielle konkurrence, og Lundbeck for det andet tog disse tiltag alvorligt, har det således kun mindre at sige, hvorvidt de procedurer, der var nødvendige for disse markedsføringstilladelsers udstedelse, kunne gennemføres inden for de af Ranbaxy påregnede tidsrum eller senere.
- 314 Det skal præciseres, at mens gennemførelsen af proceduren til opnåelse af en markedsføringstilladelse er absolut nødvendig for, at en faktisk konkurrence kan eksistere, beror etaperne til at nå frem til denne – når de indledes af en virksomhed, der længe har været i færd med seriøst at forberede sin indtræden på markedet – på den potentielle konkurrence, selv om de reelt kan kræve en længere periode end den, som de pågældende havde forudset.

- 315 Selv hvis det antages, at Ranbaxy havde undervurderet varigheden af den for opnåelsen af en markedsføringstilladelse nødvendige periode, skal det i denne forbindelse for det første bemærkes, at Lundbeck ikke desto mindre følte et konkurrencepres i en grad, så dette selskab mente, at det var i dets interesse at betale Ranbaxy for at begrænse eller endog udelukke sin adgang til markedet i Ranbaxy-aftalens løbetid.
- 316 For det andet gjorde denne betaling nødvendigvis Ranbaxys behov for en maksimal fremskyndelse af proceduren for meddelelse af en markedsføringstilladelse mindre presserende, eftersom dette selskab gennem indgåelsen af Ranbaxy-aftalen havde sikret sig nogle efter sin målestok betydelige fordele til gengæld for denne begrænsning eller udelukkelse. Det forhold, at Ranbaxy på grund af en »omformatering« af sagen indgav sin ansøgning om markedsføringstilladelse i august 2002, selv om alle resultaterne af de relevante prøver ifølge de konstateringer fra Kommissionen, der er indeholdt i fodnote 1887 til den anfægtede afgørelse, var blevet fremsendt fra Indien i juni, bekræfter, at dette selskab efter indgåelsen af aftalen med Lundbeck ikke længere havde særligt travlt med at indhente en markedsføringstilladelse.
- 317 Det skal under alle omstændigheder først bemærkes, at medlemsstaterne ifølge artikel 17, stk. 1, i direktiv 2001/83 træffer alle hensigtsmæssige forholdsregler for at sikre, at sagsbehandlingen vedrørende udstedelse af en markedsføringstilladelse ikke varer længere end 210 dage regnet fra indgivelsen af en gyldig ansøgning. I tilfælde af, at Ranbaxy havde indgivet en ansøgning indeholdende alle de nødvendige præciseringer, skulle de kompetente myndigheder således have behandlet den inden for en endda kortere frist end fristen på otte måneder, der er nævnt i referatet fra mødet den 17. april 2002.
- 318 Den frist på 210 dage, der er fastsat i artikel 17, stk. 1, i direktiv 2001/83, suspenderes ganske vist, når den kompetente myndighed finder, at en ansøgning ikke er forskriftsmæssig, og anmoder den pågældende virksomhed om at tilsende myndigheden supplerende oplysninger.
- 319 Da Lundbeck udarbejdede referatet fra mødet den 17. april 2002, indsatte dette selskab imidlertid ikke nogen bemærkning for at angive, at den af Ranbaxy påregnede frist på otte måneder ikke var realistisk, men noterede blot, at en aftale kunne koste henved 10-20 mio. USD, eller endda mere (1095. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 320 Det følger heraf, at Ranbaxy i Ranbaxy-aftalens løbetid rådede over en reel og konkret mulighed for at opnå en markedsføringstilladelse, hvilket under den foreliggende sags omstændigheder var tilstrækkeligt til at udøve et konkurrencepres på Lundbeck.
- 321 Det skal dernæst anføres, at Ranbaxy ifølge referatet af 17. april 2002 havde mulighed for at købe en eksisterende markedsføringstilladelse eller at sælge sin aktive lægemiddelbestanddel til en generisk virksomhed, der allerede rådede over en markedsføringstilladelse, idet disse to valgmuligheder dog nødvendiggjorde, at disse markedsføringstilladelser blev undergivet en type 2-ændring.
- 322 Det skal fastslås, at Ranbaxy – som dette er blevet påpeget i præmis 306 og 309 ovenfor – inden indgåelsen af aftalen med Lundbeck havde gennemført flere tiltag for at sælge sin aktive lægemiddelbestanddel, og ikke for at sælge færdigprodukter fremstillet ved hjælp af denne aktive lægemiddelbestanddel. Det forhold, at salget af færdigprodukter kan have været mere rentabelt, er ikke til hinder for at lægge til grund, at salget af selskabets aktive lægemiddelbestanddel var en reel og konkret mulighed for Ranbaxy for at konkurrere med Lundbeck, således som det blev nævnt i referatet fra mødet den 17. april 2002.

- 323 Endelig, og således som fremført af Kommissionen i fodnote 1885 til den anfægtede afgørelse, er den i referatet af 17. april 2002 omtalte frist på tre til fire måneder forenelig med de statistikker fra den kompetente myndighed i Det Forenede Kongerige over varigheden af procedurerne angående type 2-ændringer, som Kommissionen har fremlagt for Retten, og hvoraf det følger, at størstedelen af disse procedurer mellem marts 2001 og februar 2002 blev gennemført inden for en periode på 90 dage.
- 324 Det er i denne henseende ganske vist rigtigt, at den nævnte periode, som det fremgår af de indledende forklaringer til disse statistikker, blev beregnet ud fra indgivelsen af en komplet ansøgning, uden at der blev taget højde for de suspensioner, som skyldtes anmodninger om supplerende oplysninger. Som Kommissionen har fremhævet som svar på et spørgsmål fra Retten, har den kompetente myndighed i Det Forenede Kongerige dog bekræftet, at 50% af de fremsendte ansøgninger om type 2-ændringer i den af de omhandlede statistikker omfattede periode blev behandlet inden for en maksimal frist på 90 dage. Således var der i 40% af sagerne ikke blevet fremsendt nogen anmodning om supplerende oplysninger, og i 10% af sagerne forlængede fremsendelsen af en sådan anmodning ikke proceduren ud over den nævnte frist.
- 325 Disse statistikker bekræfter derfor, at der forelå en reel og konkret mulighed for, inden for en frist omtrent som den, der er nævnt i referatet fra mødet den 17. april 2002, at ændre en eksisterende markedsføringstilladelse med henblik på, at den skulle omfatte det citalopram, der var fremstillet efter Ranbaxys processer, når ændringsansøgningen kunne falde ind under et af de i præmis 325 ovenfor anførte tilfælde.
- 326 Det skal i øvrigt bemærkes, at selv om de af den kompetente myndighed i Det Forenede Kongerige afgivne forklaringer daterer sig fra efter underskrivelsen af Ranbaxy-aftalen og endda fra efter vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, vedrører de – eftersom de er blevet tilvejebragt til brug for sagen for Retten – den situation, der gjorde sig gældende på tidspunktet for de forhandlinger, der blev gennemført med henblik på indgåelsen af Ranbaxy-aftalen, og tilfører præciseringer med hensyn til fortolkningen af oplysninger, der er indeholdt i den anfægtede afgørelse. Disse forklaringer kan således tages i betragtning på de betingelser, der er henvist til i præmis 138-141 ovenfor.
- 327 Hvad for det tredje angår det forhold, at Ranbaxy erklærede, at selskabet i Ranbaxy-aftalens løbetid ikke havde solgt citalopram efter juni 2002, hverken i Europa eller i hele verden (jf. 577. betragtning til den anfægtede afgørelse), skal det bemærkes, at der ikke er tale om en relevant omstændighed i forhold til vurderingen af den potentielle konkurrence i EØS på tidspunktet for indgåelsen af den nævnte aftale. Ranbaxys manglende salg også uden for EØS godtgør således højst, at denne virksomhed ikke var en faktisk konkurrent til Lundbeck uden for EØS, men har ikke nogen indflydelse på, hvorvidt der bestod et potentielt konkurrenceforhold, det være sig i EØS eller uden for dette område. Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen på ingen måde var forpligtet til at undersøge den potentielle konkurrence uden for EØS.
- 328 Hvad for det fjerde angår sagsøgernes argument vedrørende det forhold, at Ranbaxy i januar 2004 anmodede dem om en licens til det patent på jod, der blev meddelt den 23. marts 2003, skal det bemærkes, at denne omstændighed ikke betyder, at Ranbaxy ikke rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet med sine produkter før 2004. En licensanmodning kan således være begrundet i flere særskilte hensyn, såsom hensynet til at undgå ethvert patentkrænkelsessøgsmål. Ranbaxy kunne vurdere, at sagsøgerne ville acceptere at tildele dette selskab en licens til en nedsat pris, hvilket ville have givet dette mulighed for til en lav omkostning at sikre sig imod enhver risiko for en potentiel krænkelse af patentet på jod. Følgelig er den af sagsøgerne påberåbte licensaftale ikke afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt disse ved indgåelsen af Ranbaxy-aftalen var potentielle konkurrenter til Ranbaxy.
- 329 For det femte skal det – i lighed med, hvad sagsøgerne har gjort – bemærkes, at den anfægtede afgørelse ikke synes at indeholde nogen henvisning til forekomsten af tvivl om gyldigheden af patenterne på amid og jod. Bortset fra, at patentet på jod endnu ikke var blevet meddelt ved

indgåelsen af Ranbaxy-aftalen, således at dette ikke kunne benyttes som grundlag for et patentkrænkelssøgsmål, skal det dog bemærkes, at den vurdering af den potentielle konkurrence mellem Lundbeck og Ranbaxy, der er foretaget i den anfægtede afgørelse, i højere grad er støttet på de beviser, der dokumenterer, at Ranbaxy forberedte sig på at indtræde på markedet, idet selskabet fandt, at dets proces ikke var patentkrænkende, end på muligheden for at opnå en annullation af de patenter tilhørende Lundbeck, som kunne tænkes at være krænkede.

330 På baggrund af det ovenstående skal det niende led samt det første anbringende i sin helhed forkastes.

II – Det andet, tredje, fjerde, femte og sjette anbringende, der i det væsentlige vedrører en tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF

331 Inden sagsøgernes argumenter vedrørende indholdet af, formålet med og sammenhængen for de omtvistede aftaler undersøges, skal der foretages en kort gennemgang af den fremgangsmåde, som Kommissionen har fulgt i den anfægtede afgørelse for i den foreliggende sag at kvalificere de omtvistede aftaler som havende konkurrencebegrænsende formål samt af den relevante retspraksis.

A – Analysen i den anfægtede afgørelse af, om der forelå et »konkurrencebegrænsende formål«

332 Kommissionen fandt i den anfægtede afgørelse, at de omtvistede aftaler udgjorde en konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, idet den i denne forbindelse støttede sig på en helhed af faktorer vedrørende indholdet af, sammenhængen for og formålet med de nævnte aftaler (præmis 61-67 ovenfor).

333 Den var således af den opfattelse således, at et vigtigt element i den økonomiske og retlige sammenhæng, i hvilken de omtvistede aftaler var blevet indgået, lå i det forhold, at Lundbecks originalpatenter var udløbet inden indgåelsen af de omtvistede aftaler, men at Lundbeck havde opnået – eller stod lige for at opnå – flere procespatenter på det tidspunkt, hvor disse aftaler var blevet indgået, herunder patentet på krystallisering. Kommissionen fandt dog, at et patent ikke gav en ret til at begrænse parternes forretningsmæssige uafhængighed ved at gå ud over de rettigheder, som dette tillagde (638. betragtning til den anfægtede afgørelse).

334 Kommissionen fandt derfor, at selv om ikke alle mindelige aftaler på patentområdet nødvendigvis var problematiske i henseende til konkurrenceretten, var dette tilfældet, når sådanne aftaler indebar en udelukkelse fra markedet i et bestemt tidsrum af en af parterne, som i det mindste var en potentiel konkurrent til den anden part, og når aftalerne var ledsaget af en værdioverførsel fra indehaveren af patentet til fordel for den generiske virksomhed, som kunne tænkes at krænke dette patent (herefter »den omvendte betaling«) (639. og 640. betragtning til den anfægtede afgørelse).

335 Det fremgår ligeledes af den anfægtede afgørelse, at selv om de i de omtvistede aftaler fastsatte begrænsninger faldt inden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, dvs. at aftalerne alene forhindrede en indtræden på markedet for et generisk citalopram, som parterne i aftalerne anså for potentielt krænkende i forhold til disse patenter, og ikke en indtræden på markedet for enhver type af generisk citalopram, var disse aftaler trods alt konkurrencebegrænsende på grund af formålet, i det omfang de især havde forhindret eller gjort enhver form for bestridelse af Lundbecks patenter 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 anfægtede afgørelse).

336 Ifølge Kommissionen omdannede de omtvistede 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 af fordelene ved den pågældende enerettighed, men snarere af

størrelsen af den omvendte betaling, der i et sådant tilfælde overskyggede denne vurdering og tilskyndede den generiske virksomhed til ikke at fortsætte sine bestræbelser på at indtræde på markedet (641. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 337 Det er ud fra disse betragtninger, at der skal ske en undersøgelse af de argumenter fra sagsøgerne, der tilsigter at rejse tvivl om, hvorvidt der i den foreliggende sag forelå en begrænsning på grund af formålet.

B – *Gældende principper og retspraksis*

- 338 Det skal bemærkes, at artikel 101, stk. 1, TEUF fastsætter, at »[a]lle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, [...] som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand«.

- 339 Det fremgår herved af retspraksis, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen (dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 49; jf. ligeledes i denne retning dom af 30.6.1966, LTM, 56/65, Sml., EU:C:1966:38, s. 359 og 360, og af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, Sml., EU:C:2013:160, præmis 34).

- 340 Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 50; jf. ligeledes i denne retning dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., nævnt i præmis 340 ovenfor, EU:C:2013:160, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

- 341 Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser eller består i at udelukke visse konkurrenter fra markedet, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF er uforløst, at de har konkrete virkninger på markedet. Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne (jf. dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes i denne retning dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, Sml., herefter »dom BIDS«, EU:C:2008:643, præmis 33 og 34).

- 342 Hvis en analyse af indholdet af den samordnede praksis mellem virksomheder imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der til gengæld foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge

omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet (domme Allianz Hungária Biztosító m.fl., nævnt i præmis 340 ovenfor, EU:C:2013:160, præmis 34, og CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 52).

343 For at påvise en aftales konkurrencebegrænsende karakter og vurdere, hvorvidt denne er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er det nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, som den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelsen med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (domme Allianz Hungária Biztosító m.fl., nævnt i præmis 340 ovenfor, EU:C:2013:160, præmis 36, og CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 53).

344 Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (domme Allianz Hungária Biztosító m.fl., nævnt i præmis 340 ovenfor, EU:C:2013:160, præmis 37, og CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

C – Det andet anbringende om, at der blev begået en åbenbar retlig og faktisk fejl, og at der ikke blev givet en fyldestgørende begrundelse ved vurderingen af værdioverførslernes rolle i de omtvistede aftaler

345 Ifølge sagsøgerne tages der i den anfægtede afgørelse fejl, når det deri fastslås, at bestemmelsen i de omtvistede aftaler om betalinger fra Lundbeck betyder, at disse aftaler havde et konkurrencebegrænsende formål, med den begrundelse, at disse betalinger vidnede om, at de i hver af de nævnte aftaler indeholdte begrænsninger ikke svarede til parternes vurderinger af de relevante patenters styrke og krænkelsen af disse (første led). Desuden tages der i den anfægtede afgørelse fejl derved, at det deri konkluderes, at de i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger reducerede eller fjernede de generiske virksomheders tilskyndelser til selvstændigt at fortsætte deres bestræbelser på at indtræde på markedet, selv om disse begrænsninger ikke gik videre end dem, der var uløseligt forbundet med eksistensen af Lundbecks patenter. Det er ikke i den anfægtede afgørelse påvist, at de af Lundbeck gennemførte betalinger havde denne følge, eller at de omhandlede begrænsninger ikke stemte overens med parternes vurdering (andet led). Det standpunkt, som Kommissionen i denne forbindelse har indtaget i den anfægtede afgørelse, er usammenhængende og urealistisk og anvender et retligt kriterium, der er uanvendeligt i praksis (tredje led).

1. Det første led

346 Sagsøgerne finder, at der i den anfægtede afgørelse er begået en retlig såvel som faktisk fejl, når det deri konkluderes, at de omtvistede aftaler ikke afspejlede parternes vurdering af patenternes styrke.

347 De har bemærket, at det i den anfægtede afgørelse fastslås, at en aftale om en mindelig løsning sandsynligvis er lovlig, når den »er blevet indgået på grundlag af hver parts modstridende vurdering af patenternes retlige status« (604. betragtning til den anfægtede afgørelse), men at restriktioner, der er fastsat inden for rammerne af en mindelig løsning, »sandsynligvis vil overtræde artikel 101 [TEUF], når disse begrænsninger er uberettigede og ikke er resultatet af parternes vurdering af fordelene ved selve enerettigheden« (641. betragtning til den anfægtede afgørelse). Fastslåelsen i den anfægtede afgørelse af, at de omtvistede aftaler ikke afspejlede parternes vurdering af patenternes styrke, er imidlertid for det første ikke underbygget af noget skriftligt bevis, som vidner om parternes mistillid i

forhold til de omhandlede patenters styrke, og hviler for det andet på den vilkårlige formodning, at værdioverførslerne indebar, at de i disse aftaler indeholdte begrænsninger ikke stemte overens med den opfattelse, som parterne havde af de nævnte patenters styrke.

348 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

349 Det skal bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse har lagt til grund, at det forhold, at de i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger var blevet opnået ved hjælp af store omvendte betalinger, udgjorde en afgørende faktor i den retlige vurdering af disse aftaler (660. betragtning til den anfægtede afgørelse).

350 Det anderkendes dog i den anfægtede afgørelse, at forekomsten af en omvendt betaling i forbindelse med en mindelig løsning på patentområdet ikke altid er problematisk, navnlig når denne betaling er knyttet til patentets styrke, således som denne styrke opfattes af hver af parterne, når betalingen er nødvendig for at finde en i de to parter øjne acceptabel og velbegrundet løsning, og når betalingen ikke er ledsaget af restriktioner, der tilsigter at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet (638. og 639. betragtning til den anfægtede afgørelse). I den anfægtede afgørelse nævnes således som eksempel selskabet Neolab, med hvilket Lundbeck ligeledes havde indgået en mindelig aftale, som ikke var blevet anset for problematisk, skønt den havde indbefattet en omvendt betaling, eftersom denne betaling til fordel for Neolab var sket til gengæld for et tilsagn fra dette selskab om ikke at kræve erstatning ved de kompetente retsinstanser, og idet Lundbeck i en vis periode havde afstået fra at gøre noget patentkrav gældende (164. og 639. betragtning til den anfægtede afgørelse). I et sådant tilfælde havde den omvendte betaling dog rent faktisk haft til formål at bilægge en tvist mellem parterne uden af den grund at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet.

351 Selv om det som anført af sagsøgerne er rigtigt, at der i tilfældet med Neolab ligeledes havde været en første mindelig løsning mellem parterne, der gik ud på at forsinke Neolabs indtræden på markedet i afventning af udfaldet af Lagap-tvisten, var en sådan løsning ikke i sig selv ledsaget af en værdioverførsel, og løsningen var betinget af, at Lundbeck skulle betale Neolab erstatning i tilfælde af en ugunstig dom i denne tvist. Efter at Lundbeck til sidst besluttede at bilægge sin tvist med Lagap i mindelighed, havde Neolab stadig bevaret en interesse i at få erstatning ved at opnå en underkendelse af Lundbecks patent. Det var i denne sammenhæng, at Lundbeck ligeledes foretrak at løse sin tvist med Neolab i mindelighed ved at acceptere at betale dette selskab erstatning for det år, hvor det havde trukket sig tilbage fra markedet, og ved at forpligte sig til ikke at gøre noget patentkrav gældende i tilfælde af Neolabs indtræden på markedet (164. betragtning til den anfægtede afgørelse). Denne sidstnævnte forpligtelse er derfor altafgørende, eftersom den af Lundbeck gennemførte omvendte betaling – i modsætning til i de omtvistede aftaler i den foreliggende sag – ikke udgjorde en modydelse til en udelukkelse fra markedet, men derimod var ledsaget af en accept af, at der ikke forelå en patentkrænkelse, og af et tilsagn om ikke at hæmme Neolabs indtræden på markedet med sine generiske lægemidler.

352 Når en omvendt betaling derimod er kombineret med en udelukkelse fra markedet af konkurrenter eller med en begrænsning af tilskyndelserne til, at en sådan indtræden sker, har Kommissionen med rette fundet, at det var muligt at lægge til grund, at en sådan begrænsning ikke udelukkende var resultatet af parternes vurdering af patenternes styrke, men at den var opnået gennem en sådan betaling (604. betragtning til den anfægtede afgørelse), og at den som følge heraf var beslægtet med et frikøb af konkurrence.

353 Størrelsen af en omvendt betaling kan således udgøre en indikation af et patents styrke eller svaghed, således som opfattet af parterne i aftalerne på tidspunktet for indgåelsen af disse og af det forhold, at originalproducenten ikke var ganske overbevist om sine chancer for succes i tilfælde af en tvist. Supreme Court of the United States (De Forenede Staters øverste domstol) har ligeledes i samme retning fastslået, at tilstedeværelsen af en stor omvendt betaling i en aftale om en mindelig løsning på patentområdet kunne udgøre et anvendeligt alternativ til svagheden ved et patent, uden at en

retsinstant selv skulle foretage en indgående undersøgelse af gyldigheden af dette patent (jf. i denne retning dom afsagt af Supreme Court of the United States (De Forenede Staters øverste domstol) den 17.6.2013 [Federal Trade Commission mod Actavis, 570 U.S. (2013)], herefter »Actavis-dommen«). Sagsøgerne, der i deres skriftlige indlæg har citeret 640. betragtning til den anfægtede afgørelse, synes i øvrigt at anerkende, at jo højere originalproducenten vurderer, at dennes chancer er for at få et patent tilbagekaldt, eller for, at det fastslås, at patentet ikke er krænkert, og jo højere tabet er som følge af en indtræden af de generiske lægemidler på markedet, desto mere tilbøjelig vil denne producent være til at betale store beløb til de generiske virksomheder for at undgå denne risiko.

- 354 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at Kommissionen ikke i den anfægtede afgørelse har fastslået, at alle mindelige løsninger på patentområdet indeholdende omvendte betalinger var i modstrid 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 de generiske virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, fraværet af klausuler, der gjorde det muligt for de generiske virksomheder at lancere deres produkter på markedet ved udløbet af aftalerne uden at behøve at frygte patentkrænkessøgsmål fra Lundbeck, eller tilstedeværelsen i disse aftaler af begrænsninger, der gik ud over rækkevidden af Lundbecks patenter – gav grundlag for at konkludere, at de omtvistede aftaler i den foreliggende sag havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i denne bestemmelse (jf. 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 355 Det må herefter fastslås, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den i den anfægtede afgørelse fandt, at selve forekomsten af omvendte betalinger og den uforholdsmæssige karakter af disse var relevante faktorer med henblik på at fastslå, at de omtvistede aftaler udgjorde konkurrencebegrænsninger på grund af »formålet« som omhandlet i artikel 101 TEUF derved, at originalproducenten ved disse betalinger tilskyndede de generiske virksomheder til ikke længere at fortsætte deres selvstændige bestræbelser på at indtræde på markedet.
- 356 Ingen af sagsøgernes argumenter kan rejse tvivl om denne konklusion.
- 357 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at det ikke i den anfægtede afgørelse er godtgjort, at de omtvistede aftaler ikke afspejlede parternes vurdering af patenternes styrke. Der er i den anfægtede afgørelse henvist til en bogstavelig fortolkning af de specifikke klausuler i de omtvistede aftaler og til isolerede erklæringer fra Lundbeck og de generiske virksomheder vedrørende den eventuelle ugyldighed eller den eventuelle ikke-krænkelse af patentet på krystallisering, og det er herudfra konkluderet, at parterne ikke var nået frem til en aftale ved at støtte sig på patenternes styrke. Disse klausuler og disse erklæringer, som er de eneste skriftlige indicier, der optræder i afgørelsen, giver imidlertid ikke grundlag for at påvise, at parterne betvivlede styrken af Lundbecks patenter.
- 358 Sagsøgerne har dog ikke bestridt, at de i de omtvistede aftaler fastsatte betalinger repræsenterede en »modydelse til« og var »knyttet til« de af de generiske virksomheder afgivne tilsagn om at afholde sig fra at lancere citalopram, der krænkede Lundbecks patenter. De har heller ikke benægtet, at betalingerne har kunnet repræsentere en yderligere tilskyndelse for de generiske virksomheder til at nå frem til en aftale. Ifølge sagsøgerne beviser en simpel modydelse eller en simpel tilknytning imidlertid ikke, at betalingerne »overskyggede« vurderingen af patenternes værdi hos parterne i de omtvistede aftaler på en sådan måde, at »resultatet i form af udelukkelsen fra markedet ikke blev opnået gennem patentets styrke, men gennem størrelsen af værdioverførslen« (604. og 641. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 359 Det er tilstrækkeligt at fastslå, at et sådant argument er irrelevant, for så vidt som det bygger på en fejlfortolkning af den anfægtede afgørelse.

- 360 Kommissionen fastslog således ikke i den anfægtede afgørelse, at alene mindelige løsninger, der »udelukkende« hvillede på parternes vurdering af patenternes styrke, faldt uden for anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF. Den fandt derimod, idet den i denne forbindelse tog hensyn til en række faktorer (jf. præmis 355 ovenfor), at når sådanne aftaler indeholdt store omvendte betalinger, som reducerede eller fjernede enhver tilskyndelse for de generiske virksomheder til at indtræde på markedet i en vis periode, uden af den grund at løse den underliggende patenttvist, faldt sådanne aftaler inden for denne bestemmelses anvendelsesområde (604. betragtning til den anfægtede afgørelse). I et sådant tilfælde træder værdioverførslen således i stedet for parternes selvstændige vurdering af styrken af originalproducentens patenter og i stedet for en evaluering af deres chancer for at få medhold i tilfælde af en eventuel tvist, der støttes på disse patenter eller vedrører gyldigheden af disse (jf. præmis 354 ovenfor).
- 361 I den foreliggende sag skal det imidlertid, som Kommissionen har gjort det, for det første bemærkes, at parterne i de omtvistede aftaler var uenige om, hvorvidt Lundbecks patenter var tilstrækkeligt stærke til at udelukke en indtræden af det generiske citalopram på markedet, således at disse patenter ikke kan have været afgørende for, at de generiske virksomheder forpligtede sig til ikke at indtræde på markedet. Betalingerne fungerede således som en udløsende faktor for at nå frem til en aftale (»dealclincher«) og var bestemmende i forhold til at overbevise de generiske virksomheder om at indstille deres bestræbelser på at indtræde på markedet.
- 362 For det andet har sagsøgerne ikke bestridt, at de beløb, som de har betalt til de generiske virksomheder, kunne beregnes ved som grundlag at benytte de fortjenester eller den omsætning, som disse sidstnævnte håbede at opnå i de omtvistede aftalers løbetid, såfremt de var indtrådt på markedet, hvilket i denne forbindelse udgør et vigtigt indicium. Sagsøgerne har i retsmødet gjort gældende, at en sådan beregning alene havde kunnet foretages af de generiske virksomheder og ikke af sagsøgerne selv, hvilket intet ændrer ved denne konstatering.
- 363 For det tredje godtgør det bevismateriale, der vedrører perioden forud for indgåelsen af de omtvistede aftaler, at de generiske virksomheder havde udfoldet omfattende bestræbelser for at forberede deres indtræden på markedet, og at de ikke havde til hensigt at opgive disse bestræbelser på grund af Lundbecks patenter. Der bestod ganske vist en usikkerhed om, hvorvidt deres produkter eventuelt ville blive erklæret patentkrænkende af en kompetent retsinstans. Det er dog godtgjort i den anfægtede afgørelse, at de generiske virksomheder havde reelle chancer for at få medhold i tilfælde af en tvist (jf. præmis 122 ovenfor samt 75. og 76. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ved at indgå de omtvistede aftaler udskiftede sagsøgerne følgelig, imod store omvendte betalinger, denne uvished med en vished for, at de generiske virksomheder ikke ville indtræde på markedet (604. betragtning til den anfægtede afgørelse), og fjernede dermed enhver, selv potentiel, konkurrence på markedet i disses løbetid.
- 364 Dernæst finder sagsøgerne, at det ikke i den anfægtede afgørelse er vist, hvorledes forekomsten af en værdioverførsel antyder, at begrænsningerne ikke stemte overens med parternes vurdering af de omhandlede patenter styrke. Ifølge sagsøgerne bygger den anfægtede afgørelse på forekomsten af betalinger fra deres side til de generiske virksomheder til støtte for formodningen om, at der forelå tvivl om gyldigheden af de relevante patenter eller om krænkelsen af disse. Det er forkert at hævde, at »jo højere originalproducenten vurderer sandsynligheden for, at vedkommendes patent er ugyldigt eller ikke er krænkede [...], desto højere er det beløb, som denne er villig til at betale den generiske producent for at undgå en sådan risiko« (640. betragtning til den anfægtede afgørelse). Dermed tilsidesætter den anfægtede afgørelse de gældende bevisregler, som pålægger Kommissionen at modbevise alle andre forklaringer på værdioverførslerne end en konkurrencebegrænsende samordning.
- 365 Sagsøgerne har anført, at en økonomisk formodning som den, Kommissionen har henholdt sig til i den anfægtede afgørelse, kun kan anerkendes, såfremt den hviler på solide empiriske og teoretiske grundlag, og at Kommissionen kun kan påberåbe sig en utilstrækkeligt klar formodning, såfremt den

har bevist, at det drejede sig om den eneste troværdige forklaring. Denne norm bør gælde analogt for den følgeslutning, ifølge hvilken en omvendt betaling, der indgår i en mindelig løsning, indebærer, at parterne betvivlede styrken af det relevante patent.

- 366 Det skal i denne forbindelse fastslås, at Kommissionen i den foreliggende sag – i overensstemmelse med den retspraksis, der er omtalt i præmis 105-112 ovenfor – i den anfægtede afgørelse støttede sig på en helhed af beviser til påvisning af, at det primært var størrelsen af de omvendte betalinger til de generiske virksomheder, der havde tilskyndet disse til at acceptere de begrænsninger, som regulerede deres handlemåde, og ikke forekomsten af Lundbecks procespatenter eller et ønske om at undgå de med en eventuel tvist forbundne omkostninger (jf. bl.a. 255. og 748. betragtning til den anfægtede afgørelse og præmis 355 og 364 ovenfor). Med hensyn til f.eks. Merck (GUK) er det i den anfægtede afgørelse godtgjort, at disse beløb svarede til de fortjenester, som dette selskab regnede med at opnå ved at indtræde på markedet, uden at det behøvede at fortsætte sine bestræbelser og at påtage sig risiciene ved en sådan indtræden (350., 809. og 862. betragtning til den anfægtede afgørelse). Tilsvarende overvejelser fremgår af 398., 460., 1071. og 1157. betragtning til den anfægtede afgørelse hvad angår Arrow, Alpharma og Ranbaxy.
- 367 Desuden har sagsøgerne i deres mundtlige indlæg selv citeret 640. betragtning til den anfægtede afgørelse (præmis 354 ovenfor), hvor Kommissionen har fastslået, at størrelsen af en omvendt betaling ofte er knyttet til risikoen – således som denne opfattes af originalproducenten – for at opnå en dom, der fastslår, at vedkommendes patent er ugyldigt, eller at de generiske produkter ikke er patentkrænkende, såvel som for det tab, der for den pågældende bliver en konsekvens af en indtræden af disse produkter på markedet. Sagsøgerne har heller ikke bestridt, at de omvendte betalinger repræsenterede en modydelse til de tilsagn, som de generiske virksomheder afgav om at afstå fra at indtræde på markedet med det generiske citalopram, som sagsøgerne vurderede krænkede deres patenter, og ej heller, at disse betalinger har kunnet repræsentere en yderligere tilskyndelse for de generiske virksomheder til at indgå de omtvistede aftaler.
- 368 I øvrigt viser de beviser, der er samtidige med de omtvistede aftaler, at sagsøgerne havde til hensigt at bruge »en stor stak amerikanske dollars« for at udelukke de generiske lægemidler fra markedet (131. betragtning til den anfægtede afgørelse), mens de tvivlede på gyldigheden af deres patenter og på deres chancer for at få medhold i tilfælde af en tvist ved en retsinstans (149. betragtning til den anfægtede afgørelse og præmis 126 ovenfor).
- 369 Under alle omstændigheder var Kommissionen ikke forpligtet til uigendriveligt at bevise, at sagsøgerne tvivlede på gyldigheden af deres patenter for at fastslå, at der i den konkrete sag forelå en overtrædelse på grund af formålet, eftersom de i den anfægtede afgørelse indeholdte beviser godtgør, at de generiske virksomheder for deres vedkommende var fortrøstningsfulde med hensyn til deres chancer for at kunne indtræde på markedet inden for et tilstrækkeligt kort tidsrum, enten ved at forsvare sig mod beskyldningerne om patentkrænkelser fra sagsøgerne eller ved at bestride gyldigheden af disses patenter i tilfælde af en tvist (jf. det første anbringende ovenfor). Det, der har betydning, er derfor, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler bestod en uvished med hensyn til de generiske virksomheders mulighed for at indtræde på markedet uden at blive mødt med påbud eller patentkrænkelssøgsmål eller for med succes at bestride gyldigheden af sagsøgernes patenter, og at disse aftaler ved hjælp af store omvendte betalinger havde udskiftet denne uvished med en vished for, at de generiske virksomheder ikke ville indtræde på markedet i de omtvistede aftalers løbetid (præmis 337 og 364 ovenfor).
- 370 Sagsøgerne finder for det tredje, at den anfægtede afgørelse ikke har modbevist de andre forklaringer på værdioverførslerne, og har anført, at de i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen har gjort gældende, at de omhandlede betalinger vidnede om det pres, som de var udsat for fra de generiske virksomheder på grund af asymmetrien mellem de risici, der blev båret af sagsøgerne og af disse virksomheder. Sagsøgerne risikerede således at lide et omfattende og uopretteligt tab som følge af den af de generiske virksomheder begåede patentkrænkelser, hvorimod disse sidstnævnte udsatte sig for en

ubetydelig eller endog ikke-eksisterende risiko. Denne asymmetri forklarer, hvorfor sagsøgerne i de omtvistede aftaler accepterede at påtage sig omvendte betalinger. Dette »afpresningsproblem« skinner igennem i hver af de i klagepunktsmeddelelsen identificerede aftaler.

- 371 I den anfægtede afgørelse, og navnlig i 644. betragtning til denne, anerkendes forekomsten af denne asymmetri i risiciene ved, at det anføres, at den fortjeneste, som en generisk virksomhed ville opnå ved at indtræde på markedet, var lavere eller endog meget lavere end de tab, som originalproducenten sandsynligvis ville lide i tilfælde af en indtræden af de generiske lægemidler på markedet. De erstatninger, som de generiske virksomheder kunne blive dømt til at betale, ville desuden også være meget lavere end de sandsynlige potentielle erstatninger og ville kun repræsentere en brøkdel af det tab, der ville være blevet påført originalproducenten ved de generiske virksomheders ulovlige indtræden. I visse tilfælde skulle de generiske virksomheder således ikke have erstattet nogen af de uoprettelige tab, der var forårsaget af deres ulovlige indtræden. I øvrigt kunne de pris- eller refusionsniveauer, der var fastsat af de offentlige myndigheder, automatisk blive sænket fra tidspunktet for en indtræden af generiske versioner på markedet uafhængigt af, hvorvidt disse krænkede nogen gyldige patenter. De omkostninger, der var forbundet med de talrige patenttvister, var ligeledes ekstremt høje.
- 372 Det var derfor denne asymmetri i risiciene, som de generiske virksomheder havde udnyttet ved at give det indtryk, at de stod i begreb med at sælge deres patentkrænkende produkter, og som havde givet dem den fornødne magt til at afpresse Lundbeck betalingerne. Det anerkendes tillige i såvel den økonomiske faglitteratur som i den anfægtede afgørelse, navnlig i 640. betragtning, at jo højere originalproducenten vurderede det tab, der ville blive påført ved en indtræden af de generiske virksomheder på markedet, desto højere var det beløb, som denne var villig til at betale disse virksomheder for at undgå en sådan risiko.
- 373 Derfor har Kommissionen ifølge sagsøgerne i den anfægtede afgørelse taget fejl, når den har antaget, at alene en generisk virksomheds vurdering af et patents styrke afgør dennes motivation for at lancere et lægemiddel, selv om en sådan vurdering kun repræsenterer et kriterium blandt andre relevante kriterier for beslutningen om at iværksætte lanceringen og kan vise sig ikke at være relevant, når de generiske virksomheder håber at kunne opnå en fortjeneste ved en patentkrænkelse.
- 374 I mangel af en forbindelse mellem betalingerne og den subjektive opfattelse, som parterne i de omtvistede aftaler havde af deres respektive krav angående patenter, underbygger den anfægtede afgørelse følgelig ikke den betragtning, ifølge hvilken betalingen havde ledt de generiske virksomheder til at acceptere restriktioner, som de ikke ville have godtaget alene på grundlag af deres vurdering af patenternes styrke, således at den første årsagsforbindelse, på hvilken den anfægtede afgørelse støttede sin teori, brister, og at den konklusion, ifølge hvilken de omtvistede aftaler overtrådte artikel 101, stk. 1, TEUF, er ugrundet.
- 375 Intervenienten finder ligeledes, at Kommissionen burde have påvist, at der ikke forelå nogen anden legitim forklaring på værdioverførslen under hensyntagen til for det første risikoen for et uopretteligt tab for patentindehaveren i tilfælde af de generiske lægemidlers ulovlige indtræden på markedet, for det andet sandsynligheden for at kunne opnå en fyldestgørende godtgørelse gennem erstatning eller for at kunne opnå foreløbige forholdsregler og for det tredje de omkostninger, der var forbundet med at indbringe talrige begæringer for forskellige retsinstanser, herunder risikoen for at nå frem til forskellige resultater ved forskellige retsinstanser. Kommissionen var derfor forpligtet til at påvise, hvorfor forekomsten af en værdioverførsel omdannede en lovlig mindelig løsning til en horisontal konkurrencebegrænsende aftale.
- 376 Det skal bemærkes, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, i den anfægtede afgørelse har modbevist de andre af sagsøgerne fremførte forklaringer vedrørende forekomsten af omvendte betalinger i de omtvistede aftaler, navnlig dem, der angår »bluff-teorien« og asymmetrien i risiciene.

- 377 Kommissionen har således i den anfægtede afgørelse anerkendt, at det fra et kommercielt synspunkt kunne være interessant for originalproducenten at betale de generiske virksomheder for at undgå deres indtræden på markedet, henset til de beløb, som denne kunne tabe i tilfælde af en sådan indtræden. Desuden ville disse beløb sandsynligvis overstige de fortjenester, som de generiske virksomheder ville have opnået i tilfælde af en sådan indtræden, hvis det antages, at deres produkter ikke var blevet anset for patentkrænkende, eller at det var lykkedes dem at opnå en underkendelse af de pågældende patenter. Kommissionen fandt dog, at forbrugerne i et sådant tilfælde ville blive tabere, eftersom de ville blive frataget muligheden for at betale lavere priser som følge af de generiske lægemidlers indtræden på markedet (640. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 378 Sagsøgerne har i denne forbindelse gjort gældende, at risiciene ved en indtræden på markedet i visse tilfælde er meget ubetydelige eller endog ikke-eksisterende for de generiske virksomheder, som kan undgå at blive meddelt påbud, der forbyder dem denne indtræden, eller at blive dømt til at betale erstatninger i tilfælde af en ulovlig indtræden navnlig gennem kunstige arrangementer såsom flytning af fortjenester mellem særskilte juridiske enheder. Det anerkendes desuden i den anfægtede afgørelse, at de erstatninger, som de generiske virksomheder kan blive dømt til at betale, ofte er langt lavere end de tab, som originalproducenten lider i tilfælde af en ulovlig indtræden på markedet, som følge af den negative prisspiral, som en sådan indtræden fremkalder (93. og 645. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 379 Asymmetrien i de risici, som de generiske virksomheder og originalproducenten udsætter sig for, gør det ganske vist muligt til dels at forklare grundene til, at denne sidstnævnte kan ledes til at yde store omvendte betalinger for at undgå enhver – selv ganske lille – risiko for, at de generiske lægemidler kan indtræde på markedet. Dette er i særlig grad tilfældet, når det patenterede lægemiddel, som Cipramil i det foreliggende tilfælde, udgør originalproducentens flagskibsprodukt, idet det repræsenterer størstedelen af dennes omsætning (26. og 120. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 380 Det skal imidlertid bemærkes, at det forhold, at udøvelse af en konkurrencebegrænsende adfærd kan vise sig at være den mest rentable eller den mindst risikable løsning for en virksomhed, på ingen måde udelukker anvendelsen af artikel 101 TEUF (jf. i denne retning domme af 8.7.2004, Corus UK mod Kommissionen, T-48/00, Sml, EU:T:2004:219, præmis 73, og Dalmine mod Kommissionen, T-50/00, Sml., EU:T:2004:220, præmis 211), navnlig ikke når det drejer sig om at betale reelle eller potentielle konkurrenter for, at de holder sig uden for markedet, og med disse at dele de fortjenester, der opstår ved fraværet af generiske lægemidler på markedet, til skade for forbrugerne som i det foreliggende tilfælde.
- 381 Ifølge sagsøgerne satte asymmetrien i risiciene de generiske virksomheder i stand til at foretage en afpresning (eller et »bluffnummer«), der gav dem mulighed for at opnå store pengebeløb ved at give det indtryk, at de stod i begreb med at indtræde på markedet ved hjælp af ikke-patentkrænkende produkter.
- 382 Dette bekræfter dog kun Kommissionens synspunkt om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler bestod en betydelig uvished om udfaldet af eventuelle patenttvister, og at denne uvished var blevet fjernet ved, at der i stedet for denne var indtrådt en vished for, at de generiske virksomheder ikke ville indtræde på markedet i disse aftalers løbetid.
- 383 Det forhold, at en omvendt betaling kan udgøre det eneste middel til at nå frem til en aftale ved at »udfylde gabet« mellem parterne i denne aftale, betyder i øvrigt ikke, at en sådan betaling udgør et lovligt middel til at nå frem til en sådan aftale, eller at denne aftale undtages fra konkurrenceretens anvendelse, navnlig ikke under omstændigheder, hvor størrelsen af denne betaling synes at være knyttet til de fortjenester, som de generiske virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, hvor aftalen ikke giver grundlag for at løse den underliggende patenttvist mellem parterne,

og hvor denne aftale indeholder begrænsninger, der går ud over anvendelsesområdet for originalproducentens patenter (jf. præmis 355 ovenfor samt 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse).

384 Såfremt sagsøgerne var fuldstændigt overbevist om gyldigheden af deres patenter og om det forhold, at de produkter, som de generiske virksomheder havde til hensigt at markedsføre, krænkede disse, var det endvidere muligt for dem ved de kompetente nationale retsinstanser at opnå påbud for at forhindre en sådan indtræden eller – i tilfælde af de generiske virksomheders ulovlig indtræden – at opnå erstatninger fra disse. Som i tilfældet med Neolab (præmis 351 ovenfor) var det tillige muligt for dem at indgå en mindelig løsning med det reelle formål at bilægge deres underliggende patenttvist, uden at de begrænsninger i de generiske virksomheders forretningsmæssige uafhængighed, der eventuelt var blevet opnået inden for rammerne af en sådan aftale, ville være motiveret af en omvendt betaling.

385 Selv om det som anerkendt af Kommissionen er muligt, at et uopretteligt tab havde kunnet opstå for originalproducenten i tilfælde af de generiske virksomheders ulovlig indtræden på markedet på grund af de irreversible prisfald, som en sådan indtræden ville have fremkaldt, er den nedsættelse af de lovregulerede priser, der følger efter udløbet af et patent på en aktiv lægemiddelbestanddel, et af sagsøgerne kendt kendetegn ved lægemiddelmarkederne og udgør derfor en normal forretningsmæssig risiko, der ikke kan begrunde en indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler. I øvrigt illustrerer sådanne prisfald – som skyldes et lovgivningsindgreb i en sammenhæng, hvor patentet på den aktive lægemiddelbestanddel allerede er udløbet – den afbalancering, som medlemsstaterne har indført mellem på den ene side den beskyttelse, der gives originalproducentens patent, og på den anden side de besparelser for staternes budgetter og for forbrugerne, der opnås ved de generiske lægemidlers indtræden på markedet og ved konkurrencen.

386 At acceptere sagsøgernes standpunkt vedrørende asymmetrien i risiciene ville derfor i sidste ende svare til at fastslå, at disse ved at indgå aftaler såsom de omtvistede aftaler med de generiske virksomheder kunne sikre sig mod en irreversibel prisnedsættelse, som ifølge deres egne udsagn ikke kunne være undgået, selv om sagsøgerne havde fået medhold i forbindelse med patentkrænkelssøgsmål ved de nationale retsinstanser. Ved at indgå sådanne aftaler ville de følgelig kunne opretholde højere priser for deres produkter til skade for forbrugerne og staternes sundhedsbudgetter, selv om et sådant resultat ikke kunne være opnået, såfremt de nationale retsinstanser havde bekræftet gyldigheden af deres patenter, og de generiske virksomheders produkter var blevet anset for patentkrænkende. Et sådant resultat ville være åbenbart i strid med formålene med traktatens konkurrencebestemmelser, der bl.a. tilsigter at beskytte forbrugerne mod uberettigede prisstigninger som følge af en hemmelig aftale mellem konkurrenter (jf. i denne retning dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, Sml., EU:C:2015:184, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis, og af 9.7.2015, InnoLux mod Kommissionen, C-231/14 P, Sml., EU:C:2015:451, præmis 61). Der er ingen grund til at anerkende, at en sådan hemmelig aftale skulle være lovlig i den foreliggende sag under anbringende af, at der var tale om procespatenter, når et forsvar af disse patenter ved de nationale retsinstanser – selv i det for sagsøgerne gunstigste scenarium – ikke kunne have ført til de samme negative resultater for konkurrencen og, i særdeleshed, for forbrugerne.

387 Det skal således bemærkes, at det ikke kan accepteres, at virksomheder forsøger at afbøde virkningen af retsregler, som de betragter som urimeligt ugunstige, ved at indgå aftaler med det formål at afbøde disse ulemper, under påskud af, at disse regler indebærer skævheder til skade for dem (jf. dom af 27.7.2005, Brasserie nationale m.fl. mod Kommissionen, T-49/02 – T-51/02, Sml., EU:T:2005:298, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis).

388 For så vidt som sagsøgerne, støttet af intervenienten, har gjort gældende, at de omtvistede aftaler gjorde det muligt at undgå de betydelige omkostninger, der er forbundet med retssager i forskellige medlemsstater, såvel som risikoen for divergerende afgørelser som følge af sådanne retssager ved talrige retsinstanser, skal det endelig for det første bemærkes, at størstedelen af de omtvistede aftaler ikke indeholdt nogen præcis henvisning til de procesomkostninger, der var blevet undgået, og ej heller

den mindste vurdering af disse. Desuden er sagsøgerne ikke fremkommet med nogen forklaring på den måde, hvorpå størrelserne af de omvendte betalinger var blevet beregnet, undtagen at de fulgte af deres forhandlinger med de generiske virksomheder, hvorimod den anfægtede afgørelse rummer talrige beviser, der dokumenterer, at disse beløb mere eller mindre svarede til de fortjenester, som de generiske virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, eller til de erstatninger, som de kunne have opnået, såfremt de havde fået medhold mod Lundbeck i en retssag (jf. især 398., 460., 809., 862., 1071. og 1157. betragtning til den anfægtede afgørelse).

389 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, er det under alle omstændigheder lidet sandsynligt, at størrelsen af omkostningerne vedrørende eventuelle retssager i de forskellige EØS-lande ville have været højere end størrelsen af de betalinger, som de generiske virksomheder i det foreliggende tilfælde opnåede i medfør af de omtvistede aftaler, som svarede til flere mio. euro. Det forekommer således sjældent, at lægemiddelvirksomheder samtidigt indleder retssager i alle medlemsstaterne. Som illustreret i tilfældet med Lagap i Det Forenede Kongerige (63. betragtning til den anfægtede afgørelse), beslutter de generelt at koncentrere sig om nogle få testsøgsmål snarere end at mangedoble søgsmålene ved forskellige retsinstanser, når de samme spørgsmål gør sig gældende. I tilfældet med Lagap foretrak sagsøgerne dog til sidst at indgå forlig for at undgå et nederlag, der ville blive brugt imod dem ved andre retsinstanser (160. betragtning til den anfægtede afgørelse).

390 Det anerkendes i øvrigt i den anfægtede afgørelse, at der findes andre og i forhold til konkurrenceretten acceptable fremgangsmåder til at bilægge en tvist i mindelighed end dem, der består i som i den konkrete sag at forsinke potentielle konkurrenters indtræden på markedet ved hjælp af omvendte betalinger (præmis 355 ovenfor). Ifølge retspraksis kan patentets særlige genstand ikke fortolkes således, at den tillige garanterer en beskyttelse mod søgsmål, der tilsigter at bestride et patents gyldighed, henset til, at det er i offentlighedens interesse at fjerne enhver hindring for økonomisk aktivitet, der kunne følge af et uretmæssigt tildelt patent (jf. i denne retning Windsurfing-dommen, nævnt i præmis 119 ovenfor, EU:C:1986:75, præmis 92). Selv om sagsøgerne var berettigede til at indgå mindelige aftaler med de generiske virksomheder for at undgå eventuelle procesomkostninger, kunne de ikke på denne måde lade deres egen vurdering af deres patents gyldighed og den patentkrænkende karakter af de generiske virksomheders produkter træde i stedet for en uafhængig domstols vurdering og samtidig betale de generiske virksomheder for, at de efterlevede denne vurdering og forblev uden for markedet i et vist tidsrum.

391 Følgelig var det med rette, at det i den anfægtede afgørelse blev konkluderet, at de omvendte betalinger havde tilskyndet de generiske virksomheder til at acceptere de begrænsninger i deres forretningsmæssige uafhængighed, der var fastsat i de omtvistede aftaler, uden at de øvrige forklaringer, som sagsøgerne har fremført for at begrunde sådanne betalinger, giver grundlag for at rejse tvivl om denne konklusion.

392 Det første led må derfor forkastes.

2. Det andet led

393 Sagsøgerne finder, at det i den anfægtede afgørelse med urette anføres, at de kontraktmæssige begrænsninger, der følger af de omtvistede aftaler, fjernede de andre tilskyndelser til at indtræde på markedet.

394 De har for det første gjort gældende, at de begrænsninger, der falder ind under patenternes anvendelsesområde, hverken formindsker eller fjerner tilskyndelserne til at opretholde selvstændige bestræbelser på at indtræde på markedet. De generiske virksomheder, der mod en værdioverførsel samtykker i at undlade at indtræde på markedet med patentkrænkende lægemidler, kan således fortsætte med at ville opnå en dom til fastslåelse af, at deres lægemidler ikke er patentkrænkende, eller at det angiveligt krænkede patent er ugyldigt. Ydermere er der intet grundlag for at konkludere,

at en betaling for en undladelse af at lancere patentkrænkende lægemidler skulle reducere en generisk virksomheds tilskyndelse til at opretholde sine bestræbelser på at indtræde på markedet ved hjælp af ikke-patentkrænkende lægemidler. Det forhold, at en generisk virksomhed stiller sig tilfreds med den af originalproducenten overførte værdi, og – trods fraværet af enhver ikke-bestridelsesklausul – ikke søger at bestride det relevante patent, antyder blot, at denne virksomhed tvivler på sine chancer for at opnå en annullation af patentet.

395 Sagsøgerne finder derfor, at en retlig formodning om, at en udelukkelse fra markedet mod en betaling begrænser konkurrencen på grund af formålet ved at reducere eller fjerne de generiske virksomheders tilskyndelse til at opretholde selvstændige bestræbelser på at indtræde på markedet, kun kan opstå, når de kontraktmæssige begrænsninger ikke falder ind under det relevante patents anvendelsesområde.

396 Sagsøgerne finder for det andet, at den anfægtede afgørelse ikke rummer en tilstrækkelig begrundelse for sin konklusion om, at værdioverførslerne ubestrideligt reducerer de generiske virksomheders tilskyndelser til at iværksætte søgsmål. Det anerkendes i den anfægtede afgørelse, at udsigten til, nogen tid efter iværksættelsen af et søgsmål mod originalproducenten, at indgå en mindelig løsning om fastsættelse af en omvendt betaling vil kunne tilskynde de generiske virksomheder til at iværksætte et sådant søgsmål (711. betragtning). Denne anerkendelse er i modstrid med den argumentation i den anfægtede afgørelse, ifølge hvilken de omvendte betalinger sandsynligvis kun ville føre til at afholde de generiske virksomheder fra at anlægge sag (966. betragtning). Denne væsentlige inkonsekvens viser, at den anfægtede afgørelse ikke hviler på et stringent økonomisk fundament, og undergraver dens konklusion om, at »omfattende« omvendte betalinger nødvendigvis sker til skade for forbrugerne (646. betragtning).

397 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

398 Hvad angår sagsøgernes argument om, at de omtvistede aftaler ikke rummede nogen klausul, der forhindrede de generiske virksomheder i at bestride gyldigheden af deres patenter, således at disse aftaler ikke havde fjernet enhver tilskyndelse for disse til at indtræde på markedet, skal det indledningsvis konstateres, at et sådant argument er irrelevant, eftersom det i den anfægtede afgørelse alene er fastslået, at de i de omtvistede aftaler fastsatte omvendte betalinger har ansporet eller tilskyndet de generiske virksomheder til at acceptere begrænsninger i deres forretningsmæssige uafhængighed, som de ikke ville have accepteret uden disse betalinger, og ikke at betalingerne har fjernet enhver tilskyndelse i denne henseende (604. og 659.-661. betragtning til den anfægtede afgørelse).

399 Selv om de omtvistede aftaler ikke indeholdt nogen ikke-bestridelsesklausul, havde de generiske virksomheder under alle omstændigheder ingen interesse i at bestride Lundbecks patenter efter at have indgået de omtvistede aftaler, eftersom de omvendte betalinger omtrent svarede til de fortjenester, som de regnede med at opnå i tilfælde af en indtræden på markedet, eller til de erstatninger, som de kunne have opnået, såfremt de havde fået medhold mod Lundbeck i en retssag (jf. præmis 389 ovenfor). Selv hvis det antages, at disse betalinger var lavere end de forventede fortjenester, var der trods alt tale om en sikker og umiddelbar fortjeneste, uden at de behøvede at løbe de risici, som en indtræden på markedet ville have indebåret. De faktiske omstændigheder, således som de faktisk er forløbet i det foreliggende tilfælde, bestyrker i øvrigt denne fortolkning, idet ingen generisk virksomhed i de omtvistede aftalers løbetid bestred Lundbecks patenter eller indtrådte på markedet. Når Merck (GUK) efter udløbet af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige rent faktisk indtrådte på markedet for citalopram i nogle dage i Det Forenede Kongerige, var det fordi dette selskab vurderede, at de af Lundbeck tilbødte vilkår for at forlænge denne aftale ikke var tilstrækkeligt gode, og fordi selskabet ønskede en mere indbringende kompensation til gengæld for en anden forlængelse af denne aftale (299. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 400 For så vidt som sagsøgerne har anført, at de generiske virksomheder kunne være indtrådt på markedet ved hjælp af ikke-patentkrænkende generiske produkter, skal der dernæst henvises til undersøgelsen af det sjette anbringende nedenfor vedrørende undersøgelsen af indholdet og omfanget af de omtvistede aftaler.
- 401 Selv om de i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger potentielt faldt inden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter i den forstand, at de ligeledes kunne være opnået i forbindelse med søgsmål, er det under alle omstændigheder med rette fastslået i den anfægtede afgørelse, at det på det tidspunkt, hvor de omtvistede aftaler blev indgået, alene drejede sig om en mulighed. At have udskiftet denne uvished om den patentkrænkende karakter af de generiske virksomheders produkter og om gyldigheden af sagsøgernes patenter med en vished for, at de generiske virksomheder ikke ville indtræde på markedet i de omtvistede aftalers løbetid, udgør imidlertid i den konkrete sag i sig selv en konkurrencebegrænsning på grund af formålet, eftersom et sådant resultat blev opnået gennem en omvendt betaling (jf. præmis 337 og 364 ovenfor).
- 402 Endelig er det med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke er tilstrækkeligt begrundet i denne henseende. De talrige passager i den anfægtede afgørelse, der angår de omvendte betalinger, og som sagsøgerne selv har omtalt, viser således, at sagsøgerne har forstået Kommissionens synspunkt i denne henseende, selv om de ikke deler dette. I øvrigt er der ingen selvmodsigelse i den anfægtede afgørelse, fordi det i denne på den ene side anerkendes, at udsigten til at kunne opnå omvendte betalinger fra originalproducenten kan anspore de generiske virksomheder til at iværksætte søgsmål, mens de omvendte betalinger, der blev opnået i kraft af de omtvistede aftaler, på den anden side afholdt de generiske virksomheder fra at iværksætte sådanne søgsmål i den konkrete sag. Som Kommissionen i hovedtrækkene har angivet i navnlig 639. og 660. betragtning til den anfægtede afgørelse, er de mindelige løsninger, der indeholder – selv omvendte – betalinger, således ikke altid problematiske i forhold til konkurrenceretten, navnlig ikke når de ikke er ledsaget af nogen begrænsning i de generiske lægemidlers indtræden på markedet, og når de tværtimod tilsigter at tilbyde de generiske virksomheder en compensation for deres indtægtstab, så snart originalproducenten anerkender, at deres generiske produkter ikke krænker noget patent.
- 403 Følgelig skal det konkluderes, at Kommissionen ikke foretog noget urigtigt skøn ved i den anfægtede afgørelse at fastslå, at de i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger, der var opnået til gengæld for store omvendte betalinger, havde reduceret de generiske virksomheders tilskyndelser til at indtræde på markedet.
- 404 Følgelig må det andet led ligeledes forkastes.

3. Det tredje led

- 405 Sagsøgerne finder, at den i afgørelsen anvendte norm, ifølge hvilken de mindelige aftaler på patentområdet, der er kommet i stand gennem en værdioverførsel, har et konkurrencebegrænsende formål, er uanvendelig i praksis.
- 406 De har for det første gjort gældende, at denne norm er grundlæggende inkonsekvent og har en afskrækkende indvirkning på indgåelsen af aftaler, der indebærer en hurtig indtræden på markedet, og som er til fordel for forbrugerne, eftersom den fører til forskellige resultater, alt efter om værdioverførslen antager form af en kontant betaling eller af en hurtig indtræden på markedet.
- 407 De finder for det andet, at en aftale ikke »udelukkende« kan baseres på parternes vurdering af patentets styrke, og at den af Kommissionen anvendte norm i praksis forbyder enhver omvendt betaling. Ingen mindelig løsning kan baseres »udelukkende« på parternes vurdering af patentets styrke af den enkle grund, at et patents »styrke« ikke er et præcist begreb. Dersom det blev krævet, at mindelige løsninger »udelukkende« skulle baseres på parternes vurdering af patentets styrke, ville

dette svare til at pålægge parterne at anlægge sag. Afgørelsen overlader ikke parterne nogen handlefrihed til at benytte en omvendt betaling for at afholde en generisk virksomhed fra at krænge en originalproducents patenter.

408 Sagsøgerne er for det tredje af den opfattelse, at det retlige kriterium, der er baseret på størrelsen af det betalte beløb, er uanvendeligt i praksis, eftersom der ikke i den anfægtede afgørelse er opstillet nogen klar tærskel, der gør det muligt at afgøre, hvorvidt en betaling er acceptabel eller konkurrencebegrænsende.

409 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

410 For det første er sagsøgernes argument om, at den anfægtede afgørelse har en afskrækkende indvirkning på indgåelsen af mindelige aftaler, der indebærer en hurtig indtræden for de generiske lægemidler på markedet, åbenbart ugrundet, eftersom Kommissionen tværtimod har fastslået, at de omtvistede aftaler var problematiske i forhold til konkurrenceretten, fordi de havde til formål at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet, og ikke at lette en sådan indtræden. Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen tillige har taget hensyn til det forhold, at de omtvistede aftaler ikke indeholdt noget tilsagn fra Lundbecks side om at afstå fra at iværksætte patentkrænkelsessøgsmål mod de generiske virksomheder i tilfælde af, at disse efter aftalernes udløb indtrådte på markedet med generisk citalopram (662. betragtning til den anfægtede afgørelse).

411 Det anerkendes i øvrigt i afgørelsen, at mindelige løsninger i visse tilfælde ikke er problematiske, selv ikke når de indeholder omvendte betalinger, såfremt de i øvrigt indebærer en umiddelbar indtræden for de generiske lægemidler på markedet (jf. eksemplet med Neolab, der er nævnt i præmis 351 ovenfor). Det forhold, at Kommissionen forskelsbehandlere de aftaler, der var ledsaget af en omvendt betaling, og de aftaler, der ikke fastsatte en sådan betaling, kan fuldt ud begrundes, henset til den tilskyndende virkning, som en sådan betaling har på de generiske virksomheder med henblik på at acceptere begrænsninger, som de ikke ville have accepteret uden denne betaling (jf. præmis 350 ff. ovenfor). I øvrigt er en aftale, der muliggør en hurtigere indtræden på markedet, åbenbart ikke problematisk i henseende til konkurrenceretten, således at en sådan modydelse til andre tilsagn, som er indeholdt i en mindelig aftale, ikke kan sammenlignes med en omvendt betaling, der tilsigter at forsinke en sådan indtræden.

412 For det andet skal det bemærkes, at det ikke i den anfægtede afgørelse fastslås, at en aftale udelukkende skal være baseret på parterne i denne aftales vurdering af et patents styrke for at falde uden for anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF (præmis 361 ovenfor). Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse har til følge at reducere enhver tilskyndelse til at indgå mindelige løsninger på patentområdet, hvilket således vil føre til en lavine af tvister i hele EØS. Kommissionen har således udelukkende anfægtet aftaler, der som i den konkrete sag indgås i form af mindelige løsninger, og som ikke reelt har til formål at løse den underliggende patenttvist mellem parterne i denne aftale, og som indebærer omvendte betalinger til gengæld for de generiske virksomheders tilsagn om at holde sig uden for markedet. Selv om det er rigtigt, at Kommissionen har fastslået, at sådanne aftaler var konkurrencebegrænsende, består der desuden ingen forpligtelse for originalproducenten til at anlægge søgsmål ved alle retsinstanser i EØS for at beskytte sine patenter, eftersom det altid er muligt f.eks. at indgå mindelige løsninger, der ikke indeholder nogen omvendt betaling, eller at indgå mindelige løsninger, der – skønt de indebærer sådanne betalinger – ikke er ledsaget af nogen begrænsning i de generiske lægemidlers indtræden på markedet (jf. eksemplet med Neolab, der er nævnt i præmis 351 ovenfor).

413 Endelig bygger sagsøgernes argument om, at den anfægtede afgørelse ikke overlader dem nogen handlefrihed til at benytte omvendte betalinger for at afholde de generiske virksomheder fra at krænge deres patenter, atter på den fejlagtige antagelse, at de generiske virksomheders produkter krænkede deres patenter, selv om dette ikke var blevet fastslået på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler.

- 414 For det tredje har Kommissionen i den anfægtede afgørelse redegjort for, at de omvendte betalinger var særligt problematiske i den foreliggende sag, idet de i de omtvistede aftaler fastsatte beløb mere eller mindre svarede til de fortjenester, som de generiske virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, eller til de erstatninger, som de kunne have opnået, såfremt de havde fået medhold mod Lundbeck i en retssag (præmis 389 ovenfor). I et sådant tilfælde er enhver tilskyndelse for de generiske virksomheder til at indtræde på markedet således betydeligt reduceret eller endog fjernet. Det, der har betydning, er derfor, at størrelserne af de omvendte betalinger, der var fastsat i hver af de omtvistede aftaler, i den foreliggende sag var tilstrækkeligt høje til at give de generiske virksomheder grundlag for at acceptere begrænsningerne i deres selvbestemmelse og til at reducere de tilskyndelser, som de havde til at indtræde på markedet med deres generiske produkter (jf. bl.a. 644. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 415 Kommissionen støttede sig ganske vist på en helhed af faktorer for at påvise, at der i den foreliggende sag forelå en konkurrencebegrænsning på grund af formålet (jf. præmis 355 ovenfor samt 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse). Sagsøgerne kan dog ikke kritisere Kommissionen for ikke i den anfægtede afgørelse i tilstrækkelig grad at have klarlagt, hvilken betydning den tillagde det forhold, at de omvendte betalinger svarede til de generiske virksomheders forventede fortjenester. Under alle omstændigheder skal det, som Kommissionen har gjort det, fremhæves, at denne institution ikke er forpligtet til i sine afgørelser at fastsætte generelt anvendelige retlige normer, men udelukkende til i hvert konkret tilfælde at afgøre, hvorvidt de aftaler, som den undersøger, er forenelige med traktatens konkurrenceregler, ved at begrunde disse afgørelser på en i denne forbindelse tilstrækkeligt klar og overbevisende måde. På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at Kommissionen i den foreliggende sag har opfyldt disse krav.
- 416 Følgelig skal det tredje led samt det andet anbringende i sin helhed forkastes.

D – Det tredje anbringende om, at der blev begået en retlig fejl ved anvendelsen af principperne om det konkurrencebegrænsende formål

- 417 Sagsøgerne finder, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en retlig fejl, eftersom det heri konkluderes, at de omtvistede aftaler har et konkurrencebegrænsende formål i henhold til de faste principper for fortolkning af artikel 101, stk. 1, TEUF. Navnlig er der i den anfægtede afgørelse taget fejl derved, at der for det første er foretaget en sidestilling af disse aftaler med de aftaler, der var tale om i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), såvel som i andre klassiske sager vedrørende markedsopdelinger, der ikke angik håndhævelse af patenter, at det for det andet er lagt til grund, at en værdioverførsel i sig selv kunne gøre en mindelig aftale på patentområdet konkurrencebegrænsende på grund af formålet, at det for det tredje ikke er anerkendt, at det med de omtvistede aftaler forfulgte formål, nemlig at få respekteret Lundbecks patenter, var til hinder for fastslåelsen af, at der forelå en konkurrencebegrænsning på grund af formålet, og at det for det fjerde ikke er erkendt, at den situation, der ville have gjort sig gældende uden de omtvistede aftaler (herefter »det kontrafaktiske scenarium«), udelukkede tilstedeværelsen af enhver konkurrencebegrænsning på grund af formålet i den foreliggende sag.

1. Det første led

- 418 Sagsøgerne finder, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse har taget fejl, når den har sidestillet de omtvistede aftaler med aftaler om markedsopdelinger såsom de aftaler, der var tale om i dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643).

- 419 I denne forbindelse har sagsøgerne for det første gjort gældende, at de aftaler, der var tale om i dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), i modsætning til, hvad der gør sig gældende i den foreliggende sag, ikke tilsigtede at beskytte et patent, der tillagde sin indehaver en ret til at forhindre patentkrænkende produkters indtræden på markedet og det uoprettelige tab, der ville være blevet resultatet af en sådan indtræden.
- 420 For det andet, og i modsætning til, hvad der gør sig gældende i den foreliggende sag, ville de virksomheder, der trak sig ud fra det relevante marked i henhold til de aftaler, der var tale om i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), ganske afgjort have konkurreret med de virksomheder, der forblev på dette marked, såfremt disse aftaler ikke var blevet indgået.
- 421 For det tredje, og i modsætning til, hvad der er blevet argumenteret for i den foreliggende sag, blev de aftaler, der var tale om i dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), anset for konkurrencebegrænsende, herunder uden at der forelå betaling. Det forhold, at der i den nævnte sag var tale om kompensationsbetalinger, var ikke altafgørende for fastslåelsen af, at disse aftaler havde til formål at begrænse konkurrencen.
- 422 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 423 Det skal for det første bemærkes, at den analogi, som Kommissionen i 657. og 658. betragtning til den anfægtede afgørelse har foretaget mellem de aftaler, der var tale om i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), og de omtvistede aftaler, ikke er behæftet med nogen retlig fejl.
- 424 Som det fremgår af bl.a. præmis 8 i den nævnte dom, havde de virksomheder, der var aktive på markedet for forarbejdning af oksekød i Irland, i denne sag således skabt en mekanisme, i kraft af hvilken visse virksomheder forpligtede sig til at forblive uden for det nævnte marked i to år til gengæld for betalinger fra de virksomheder, der blev på dette marked. En lignende dynamik opstod i den foreliggende sag ved indgåelsen af de omtvistede aftaler, i kraft af hvilke Lundbeck, der var den største eller endog den eneste virksomhed, der var til stede på markedet i de af disse aftaler berørte lande, betalte de generiske virksomheder, der var potentielle konkurrenter, for at disse i en given periode forblev uden for markedet.
- 425 Det følger heraf, at der såvel i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), som i nærværende sag var tale om aftaler, der havde begrænset konkurrerende erhvervsdrivendes mulighed for selvstændigt at bestemme den politik, som de ønskede at forfølge på markedet, ved at forhindre den normale konkurrenceproces i at gå sin gang (jf. i denne retning dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor, EU:C:2008:643, præmis 33-35).
- 426 Hvad angår sagsøgernes argument om, at de omtvistede aftaler i den foreliggende sag – til forskel fra, hvad der var tilfældet i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643) – blev indgået i en sammenhæng, hvor sagsøgerne besad patenter, der gjorde det muligt at forhindre de patentkrænkende produkters indtræden på markedet, skal det indledningsvis bemærkes, at tilstedeværelsen af Lundbecks nye procespatenter ikke i den foreliggende sag var til hinder for, at de generiske virksomheder kunne anses for potentielle konkurrenter til dette selskab, således som dette fremgår af undersøgelsen af det første anbringende. Artikel 101 TEUF beskytter imidlertid den potentielle konkurrence lige så vel som den aktuelle konkurrence (jf. præmis 99 ovenfor).
- 427 Det skal desuden bemærkes, at en aftale ifølge retspraksis ikke er immun over for konkurrenceretten alene af den grund, at den vedrører et patent, eller at den tilsigter i mindelighed at løse en patenttvist (jf. i denne retning dom af 27.9.1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, Sml., EU:C:1988:448,

præmis 15). En aftale kan i øvrigt antages at have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål (jf. dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor, EU:C:2008:643, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

428 Selv om det er rigtigt, at de omhandlede virksomheder i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), var aktuelle konkurrenter, eftersom der var tale om at få virksomheder, der allerede var til stede på det pågældende marked, til at trække sig ud fra dette, hvorimod Lundbeck og sagsøgerne i den foreliggende sag alene var potentielle konkurrenter, forholder det sig for det andet ikke desto mindre således, at Domstolen ikke i nævnte dom krævede af Kommissionen, at den påviste, at virksomhederne ville være forblevet på markedet, såfremt aftalerne ikke havde foreligget. Hvad angår en konkurrencebegrænsning på grund af formålet er en analyse af aftalernes virkninger således overflødig (jf. præmis 342 ovenfor). Domstolen begrænsede sig derfor i nævnte sag til at fastslå, at de omhandlede aftaler tilsigtede at iværksætte en fælles politik, som havde til formål at tilgodese, at visse af virksomhederne forlod markedet, og som følge heraf reducere den overkapacitet, som påvirkede deres rentabilitet ved at forhindre dem i at opnå stordriftsfordele. Domstolen fastslog herefter, at denne type aftaler åbenbart var i modstrid med den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, som han vil føre på markedet, idet den påpegede, at artikel 101, stk. 1, TEUF opstiller et forbud mod enhver form for koordinering, der bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde (dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor, EU:C:2008:643, præmis 33 og 34).

429 I den foreliggende sag foretrak parterne i de omtvistede aftaler imidlertid at erstatte de risici, der er uløseligt forbundet med de normale konkurrencevilkår, og den tilstand af uvished, der omgav gyldigheden af Lundbecks procespatenter, såvel som spørgsmålet om, hvorvidt de produkter, som de generiske virksomheder havde til hensigt at markedsføre, krænkede disse patenter, med en vished for, at disse virksomheder ikke ville indtræde på markedet i disse aftalers løbetid, imod store omvendte betalinger, der omtrent svarede til de fortjenester, som de ville have opnået, såfremt de var indtrådt på markedet. Det har derfor kun mindre at sige, hvorvidt virksomhederne med sikkerhed ville være indtrådt på markedet i de omtvistede aftalers løbetid, eftersom disse aftaler netop fjernede denne mulighed ved at erstatte den med en vished for, at disse virksomheder ikke ville indtræde herpå med deres produkter i denne periode. Ved at agere således kunne parterne i de omtvistede aftaler imidlertid dele en del af de fortjenester, som Lundbeck fortsatte med at opnå, til skade for forbrugerne, som fortsatte med at betale højere priser end dem, som de ville have betalt i tilfælde af de generiske lægemidlers indtræden på markedet (jf. 644.-646. betragtning til den anfægtede afgørelse).

430 For det tredje skal det argument fra sagsøgerne, hvorefter aftalerne omhandlet i den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643) – til forskel fra de omtvistede aftaler – ville have været konkurrencebegrænsende selv uden de betalinger, som fandt sted i henhold til disse aftaler, ligeledes forkastes. Det skal således, som Kommissionen har gjort det, bemærkes, at betalingerne i disse to sager spillede en afgørende rolle derved, at de tilskyndede virksomhederne til at trække sig ud fra markedet. I den sag, der gav anledning til dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), er det således lidet sandsynligt, at de udgående virksomheder ville have accepteret at trække sig ud fra markedet uden de betalinger, der blev foretaget af de tilbageblivende virksomheder. På tilsvarende vis fremgår det af sagsakterne i den foreliggende sag, at de generiske virksomheder ikke uden omvendte betalinger ville have accepteret ensidigt at holde sig uden for markedet efter at have gennemført store tiltag og investeringer.

431 Kommissionen har ganske vist anerkendt, at indgåelsen af en mindelig løsning på patentområdet i visse tilfælde ikke var konkurrencebegrænsende, navnlig når denne hvilede på hver af aftaleparternes vurdering af patenternes styrke, eller når den mindelige løsning indebar en omvendt betaling uden af den grund at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet (638. og 639. betragtning til den anfægtede afgørelse). I den foreliggende sag fandt Kommissionen imidlertid med rette, at de

omvendte betalinger havde spillet en afgørende rolle derved, at de havde gjort det muligt for Lundbeck at opnå nogle tilsagn fra de generiske virksomheder, som dette selskab ikke kunne have opnået uden disse betalinger, og ved dermed at forsinke deres indtræden på markedet.

432 Som svar på et spørgsmål fra Retten vedrørende følgevirkningerne af dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor (EU:C:2014:2204), har sagsøgerne gjort gældende, at denne dom bestyrkede deres synspunkt om, at Kommissionen fejlagtigt havde kvalificeret de omtvistede aftaler som havende konkurrencebegrænsende formål. For det første bemærkede Domstolen således, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skulle fortolkes indskrænkende. For det andet kunne det kun fastslås, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, såfremt aftalen i sig selv frembød en tilstrækkelig grad af skadelighed. Spørgsmålet om, hvorvidt en mindelig løsning kan anses for at være i overensstemmelse med konkurrenceretten, nødvendiggør imidlertid ifølge den anfægtede afgørelse en grundig analyse af den individuelle aftale under hensyntagen til den faktuelle, økonomiske og retlige sammenhæng. Det fremgår tillige af et internt notat fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at Kommissionen ikke havde fundet, at omfanget af betalingerne i Lundbecks tilfælde udgjorde et klart eksempel på en virksomhed, der betaler sine konkurrenter for, at de forbliver uden for markedet. Sagsøgerne er derfor af den opfattelse, at Kommissionen ved sin fremgangsmåde reelt har søgt at undgå den faktuelle analyse og den bevisbyrde, der påhviler denne institution med hensyn til at påvise, at der foreligger en konkurrencebegrænsning baseret på de virkninger, der affødes af en aftale. For det tredje kan der ikke ses bort fra den sammenhæng, inden for hvilken de omtvistede aftaler blev indgået, det vil navnlig sige forekomsten af gyldige procespatenter, aftalernes begrænsede løbetid, de specifikke retsfor skrifter i EØS, og at der ikke inden for et tilstrækkeligt kort tidsrum ville have foreligget disponible ikke-patentkrænkende produkter. For det fjerde er de gjorde erfaringer vigtige for at fastslå, hvorvidt en adfærd har til formål at begrænse konkurrencen. Disse erfaringer skal forstås som det, der traditionelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet bekræftet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis. Imidlertid foreligger der ingen erfaringer af denne art i den foreliggende sag.

433 Kommissionen har for sin del redegjort for, at den har anvendt den faste retspraksis på området, således som gengivet af Domstolen i sin dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor (EU:C:2014:2204).

434 Det skal bemærkes, at Domstolen ikke med dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor (EU:C:2014:2204), rejste tvivl om grundprincipperne vedrørende begrebet konkurrencebegrænsende formål, således som de følger af tidligere retspraksis. Domstolen forkastede ganske vist i sin dom den analyse, som Retten havde foretaget i dom af 29. november 2012, CB mod Kommissionen (T-491/07, EU:T:2012:633), og hvori det var blevet fastslået, at begrebet konkurrencebegrænsende formål ikke skulle fortolkes indskrænkende. Domstolen anførte, at idet det ellers risikeredes, at Kommissionen fritoges for sin pligt til at bevise den konkrete virkning for markedet af aftaler, med hensyn til hvilke det slet ikke var godtgjort, at de efter deres art kunne være skadelige for de normale konkurrencevilkår, kunne begrebet konkurrencebegrænsende formål kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der var tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til, at det måtte fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke var nødvendig (dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 58).

435 Det fremgår imidlertid af den samlede opbygning af den anfægtede afgørelse, og især af 802. og 1338. betragtning hertil, at de omtvistede aftaler var sammenlignelige med aftaler om udelukkelse fra markedet, som figurerer blandt de alvorligste konkurrencebegrænsninger. Udelukkelsen af konkurrenter fra markedet udgør således en ekstrem form for markedsopdeling og begrænsning af produktionen. Sagsøgerne kan ikke kritisere Kommissionen for ikke i den foreliggende sag at have taget hensyn til tilstedeværelsen af deres procespatenter eller til de for EØS specifikke retsfor skrifter som relevante baggrundselementer i denne forbindelse. Det fremgår således af 666.-671. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen tog hensyn til sagsøgernes procespatenter, men fandt, at disse, selv om de blev anset for gyldige, ikke gav grundlag for at udelukke enhver konkurrence

vedrørende den aktive lægemiddelbestanddel citalopram. Desuden tog Kommissionen ligeledes hensyn til det forhold, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler bestod en uvished om spørgsmålet om gyldigheden af sagsøgernes patenter, navnlig af patentet på krystallisering, og at ingen retsinstans i EØS på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde truffet afgørelse om dette spørgsmål.

436 Følgelig må det lægges til grund, at Kommissionen korrekt har anvendt retspraksis således som gengivet i præmis 339-345 ovenfor, som består i at afgøre, hvorvidt en aftale efter sin art kan anses for at begrænse konkurrencen på tilstrækkeligt alvorlig vis til i det foreliggende tilfælde at kunne kvalificeres som en konkurrencebegrænsning på grund af formålet (jf. navnlig 651. betragtning til den anfægtede afgørelse).

437 Følgelig var Kommissionen desuden ikke forpligtet til at undersøge de konkrete virkninger af de omtvistede aftaler på konkurrencen, og bl.a. ikke spørgsmålet om, hvorvidt de generiske virksomheder i fraværet af disse aftaler ville være indtrådt på markedet uden at krænke det ene eller det andet af Lundbecks patenter, for at kunne påvise, at der forelå en konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, eftersom disse virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over reelle og konkrete muligheder i denne henseende og var potentielle konkurrenter til Lundbeck (jf. det første anbringende ovenfor).

438 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, kræves det i øvrigt ikke, at den samme type af aftaler allerede er blevet påtalt af Kommissionen, for at disse kan anses for en konkurrencebegrænsning på grund af formålet. Erfaringernes rolle, som Domstolen har omtalt i præmis 51 i dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor (EU:C:2014:2204), angår ikke en aftales specifikke kategori inden for en særlig sektor, men henviser til det forhold, at det ligger fast, at visse former for hemmelige aftaler generelt og på baggrund af de gjorde erfaringer kan have så negative virkninger på konkurrencen, at det ikke er nødvendigt at påvise, at de har virkninger i det pågældende specifikke tilfælde. Den omstændighed, at Kommissionen ikke tidligere har vurderet, at en aftale af en bestemt type på grund af sit formål var konkurrencebegrænsende, er følgelig ikke i sig selv til hinder for, at den kan gøre det i fremtiden efter en individuel og indgående analyse af de omtvistede foranstaltninger ud fra deres indhold, deres formål og deres sammenhæng (jf. i denne retning dom CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, EU:C:2014:2204, præmis 51, samt generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen, C-67/13 P, Sml., EU:C:2014:1958, punkt 142, og generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, Sml., EU:C:2015:427, punkt 74).

439 Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har godtgjort, at de omtvistede aftaler kunne anses for at være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen grundet deres indhold og deres formål, anskuet i deres økonomiske og retlige sammenhæng (jf. præmis 343 ovenfor).

440 Det første led skal derfor forkastes.

2. Det andet led

441 Sagsøgerne finder, at Kommissionen begik en retlig fejl, da den i den anfægtede afgørelse konkluderede, at en værdioverførsel i sig selv er tilstrækkelig til at gøre en mindelig aftale på patentområdet konkurrencebegrænsende på grund af formålet.

442 De har bemærket, at det i den anfægtede afgørelse er fastslået, at »de midler, som patentindehaverne benytter for at forsvare deres rettigheder, er af betydning« (641. betragtning), hvilket betyder, at »midlerne« i sig selv kan gøre en aftale konkurrencebegrænsende på grund af formålet. Det fremgår imidlertid ikke af nogen tidligere sag, at en ydre tilskyndelsesforanstaltning, det være sig i form af

økonomiske fordele eller et fysisk eller psykologisk pres, i sig selv er egnet til at gøre en ellers lovlig aftale konkurrencebegrænsende. Når tilstedeværelsen af en ydre tilskyndelse ikke kan begrunde en i øvrigt konkurrencebegrænsende aftale, kan den desuden heller ikke gøre en i øvrigt lovlig aftale konkurrencebegrænsende. Endelig bekræfter Domstolens praksis, at en aftales konkurrencebegrænsende formål skal godtgøres uafhængigt af enhver overvejelse om parternes økonomiske tilskyndelser. Der tages derfor fejl i den anfægtede afgørelse derved, at der deri tillægges betalingen en afgørende betydning på trods af, at denne ikke er omfattet af konkurrenceretten.

443 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

444 For så vidt som sagsøgerne med dette led har anfægtet den vurdering, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse har foretaget af de omvendte betalinger, skal der i denne henseende henvises til gennemgangen af dette spørgsmål i forbindelse med det andet anbringende (jf. præmis 346-417 ovenfor).

445 Det skal desuden tilføjes, at den retspraksis, som sagsøgerne har påberåbt sig, ifølge hvilken det for så vidt angår spørgsmålet, om overtrædelsen foreligger, er uden betydning, hvorvidt det havde kommerciel interesse for de parter, der indgik denne aftale, at indgå aftalen (jf. i denne retning dom af 25.1.2007, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, C-403/04 P og C-405/04 P, Sml, EU:C:2007:52, præmis 44 og 45 og den deri nævnte retspraksis), udelukkende betyder, at parterne i en aftale ikke kan gøre gældende, at denne aftale udgjorde den mest rentable løsning for at undgå det i artikel 101 TEUF fastsatte forbud (jf. præmis 381 ovenfor). Den er derimod ikke til hinder for, at Kommissionen tager hensyn til en aftales indhold såvel som til dens formål og den sammenhæng, inden for hvilken denne er blevet indgået, såsom, i den konkrete sag, forekomsten af store omvendte betalinger, for at påvise, at der foreligger en konkurrencebegrænsning på grund af formålet.

446 Følgelig skal det andet led ligeledes forkastes.

3. Det tredje led

447 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en retlig fejl, for det første derved, at det deri er blevet undladt at anerkende, at de omtvistede aftaler var nødvendige for at opnå et lovligt formål, dvs. beskyttelsen og håndhævelsen af et patent, og for det andet derved, at der i det specifikke tilfælde er sket en fejlagtig anvendelse af retspraksis om de »andre lovlige formål«.

448 Sagsøgerne har henvist til Unionens retsinstansers faste praksis, ifølge hvilken en begrænsning i parternes handlefrihed ikke systematisk begrænser konkurrencen, særligt ikke når denne begrænsning er nødvendig for varetagelsen af et overordnet formål, som er konkurrencemæssigt neutralt eller fremmer konkurrencen. En beskyttelse af den investering, som en indehaver af en intellektuel ejendomsrettighed har foretaget, kan ifølge sagsøgerne udgøre et sådant lovligt formål.

449 I den foreliggende sag forfulgte de omtvistede aftaler det lovlige formål at beskytte og få overholdt Lundbecks procespatenter og således sikre Lundbecks investering ved at forhindre det uoprettelige tab, der ville være blevet forvoldt ved lanceringen af generiske lægemidler. De omtvistede aftaler gav i øvrigt de generiske virksomheder den fornødne tid til at tage stilling til, om Lundbecks patenter blev krænket, uden at skulle afholde udgifter eller andre omkostninger eller afvente de sagsbehandlingstider, der er forbundet med en retssag. Desuden var de omtvistede aftalers rækkevidde og løbetid forholdsmæssige, idet disse aftaler havde som eneste formål at forhindre de generiske virksomheder i at markedsføre citalopram, der krænkede Lundbecks patenter, og idet deres løbetid i sidste ende var knyttet til udfaldet af Lagap-tvisten i Det Forenede Kongerige, der skulle give mulighed for at behandle de underliggende tvister og at fastslå, hvorvidt Lundbeck fortsat ville være motiveret for at håndhæve sine procespatenter.

450 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

451 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af retspraksis, at hvis en bestemt transaktion eller aktivitet ikke er omfattet af forbuddet fastsat i artikel 101, stk. 1, TEUF, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå, er en begrænsning af den kommercielle selvstændighed for en eller flere af deltagerne i denne transaktion eller denne aktivitet heller ikke omfattet af nævnte forbud, hvis denne begrænsning er objektivt nødvendig for gennemførelsen af nævnte transaktion eller aktivitet og står i rimeligt forhold til formålene med disse (jf. dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, Sml., EU:C:2014:2201, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis).

452 Når det ikke er muligt at adskille en sådan begrænsning fra hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten, uden at det er til skade for forekomsten heraf eller genstanden herfor, skal denne begrænsnings forenelighed med artikel 101 TEUF undersøges sammen med foreneligheden af den hovedtransaktion eller hovedaktivitet, som den er accessorisk til, og dette selv om en sådan begrænsning isoleret set i første omgang kan synes at henhøre under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom MasterCard m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 452 ovenfor, EU:C:2014:2201, præmis 90).

453 Når det skal undersøges, om en konkurrencebegrænsning, fordi den er accessorisk til en hovedtransaktion, der slet ikke er konkurrencebegrænsende, ikke er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, skal det undersøges, om gennemførelsen af denne transaktion ville være umulig uden den pågældende begrænsning. Det forhold, at nævnte transaktion blot bliver vanskeligere at gennemføre eller mindre profitabel uden den pågældende begrænsning, kan ikke anses for at gøre denne begrænsning »objektivt nødvendig«, således som det kræves, for at den kan kvalificeres som accessorisk. En sådan fortolkning svarer til at udstrække dette begreb til at omfatte begrænsninger, der ikke er strengt nødvendige for gennemførelsen af hovedtransaktionen. Et sådant resultat er til skade for den effektive virkning af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom MasterCard m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 452 ovenfor, EU:C:2014:2201, præmis 91).

454 Betingelsen om, at begrænsningen skal være nødvendig, indebærer derfor, at der er to aspekter, der skal undersøges. Det skal nemlig undersøges, dels om begrænsningen er objektivt nødvendig for gennemførelsen af hovedtransaktionen, dels om begrænsningen står i rimeligt forhold til transaktionen (jf. dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).

455 Det skal i øvrigt fremhæves, at da det ikke kan antages, at der i EU-konkurrenceretten indgår en »rule of reason«, vil det være forkert som led i kvalificeringen af de accessoriske begrænsninger at fortolke betingelsen om objektiv nødvendighed som noget, der indebærer en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger (jf. i denne retning dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis).

456 Sagsøgerne har i den foreliggende sag gjort gældende, at begrænsningerne i de generiske virksomheders forretningsmæssige uafhængighed var accessorisk til opnåelsen af et overordnet formål, som bestod i at beskytte deres intellektuelle ejendomsrettigheder.

457 Et sådant argument kan ikke tiltrædes.

458 For det første har sagsøgerne således ikke godtgjort, at de begrænsninger, der blev aftalt i medfør af de omtvistede aftaler, var objektivt nødvendige for at beskytte deres intellektuelle ejendomsrettigheder i den i den ovennævnte retspraksis forudsatte betydning. Dels kunne de have beskyttet disse rettigheder ved i tilfælde af en krænkelse af deres patenter at iværksætte søgsmål ved de kompetente nationale retsinstanser. Dels var der – som angivet af Kommissionen i 638. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse – talrige måder til mindeligt at løse en patenttvist uden at aftale begrænsninger vedrørende

de generiske lægemidlers indtræden på markedet, imod omvendte betalinger, der omtrent svarede til de fortjenester, som disse virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet (jf. præmis 335 og 412 ovenfor). Følgelig har sagsøgerne ikke godtgjort, at disse begrænsninger var objektivt nødvendige for opnåelsen af det påståede formål, der bestod i at få overholdt deres intellektuelle ejendomsrettigheder.

459 Det skal for det andet bemærkes, at en aftale ifølge retspraksis ikke er immun over for konkurrenceretten alene af den grund, at den vedrører et patent, eller at den tilsigter i mindelighed at løse en patenttvist, og at den kan antages at have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrænse konkurrencen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål (jf. præmis 428 ovenfor og den deri nævnte retspraksis). Det forhold, at det fra et kommercielt synspunkt har kunnet dreje sig om den mest rentable eller den mindst risikable løsning, udelukker på ingen måde anvendelsen af artikel 101 TEUF (præmis 381 ovenfor).

460 Hvis det for det tredje lægges til grund, at de begrænsninger, der blev aftalt i medfør af de omtvistede aftaler, kan anses for at være objektivt nødvendige for det af sagsøgerne påståede overordnede formål, der bestod i at få overholdt deres intellektuelle ejendomsrettigheder, forholder det sig under alle omstændigheder ikke desto mindre således, at de ikke står i noget rimeligt forhold til opnåelsen af dette formål. I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, løste de omtvistede aftaler således ingen patenttvist, eftersom de alene fastsatte, at de generiske virksomheder i en vis periode og imod betaling skulle forblive uden for markedet for citalopram, og det endda uden at fastsætte, at de efter udløbet af denne periode ville kunne indtræde på dette marked uden at skulle stilles over for patentkrænkessøgsmål fra Lundbecks side. Desuden gik rækkevidden af de i disse aftaler indeholdte begrænsninger ofte ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter (jf. det sjette anbringende nedenfor). Endelig er det med urette, at sagsøgerne har hævdet, at Lagap-tvisten i Det Forenede Kongerige fungerede som en nøglesag, der ville gøre det muligt at bilægge tvisterne med de generiske virksomheder, idet GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, Arrow UK-aftalen, den danske Arrow-aftale, Alpharma-aftalen og Ranbaxy-aftalen – som anført af Kommissionen i 683. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse – alle blev indgået, inden Lundbeck den 14. oktober 2002 iværksatte et patentkrænkessøgsmål mod Lagap i Det Forenede Kongerige. Hvad angår den eneste senere indgåede aftale, dvs. GUK-aftalen for EØS, var tvisten med Lagap ikke reelt relevant, eftersom den i Lagap-sagen omhandlede aktive lægemiddelbestanddel, som var baseret på Matrix II-processen, var forskellig fra Natcos aktive lægemiddelbestanddel, ud fra hvilken det generiske citalopram, som Merck (GUK) påtænkte at markedsføre, var fremstillet (687. betragtning til den anfægtede afgørelse).

461 Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at de i de omtvistede aftaler aftalte begrænsninger var objektivt nødvendige og forholdsmæssige i henseende til at beskytte deres intellektuelle ejendomsrettigheder.

462 Sagsøgerne finder dernæst, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse i den konkrete sag har foretaget en fejlagtig anvendelse af retspraksis om de andre lovlige formål. Kommissionen har således heri erklæret, at det forhold, at en aftale i øvrigt kan forfølge andre og fuldt ud lovlige formål, ikke er til hinder for muligheden for at fastslå, at der foreligger en konkurrencebegrænsning på grund af formålet. De sager, som Kommissionen har nævnt til støtte for dette udsagn, vedrører dog situationer, hvor det lovlige formål kunne være opnået uden at begrænse konkurrencen, hvorimod de omtvistede aftaler var nødvendige i den konkrete sag for at sikre overholdelsen af Lundbecks patenter.

463 Intervenienten har støttet sagsøgernes argumenter og finder ligeledes, at Kommissionen har gjort fejlagtig brug af det retlige kriterium om anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF. Ifølge intervenienten er Domstolens praksis baseret på et kriterium om »objektiv nødvendighed« i forhold til at fastslå, hvorvidt artikel 101 TEUF kan finde anvendelse. Følgelig burde Kommissionen have undersøgt, om en mindelig løsning var blevet indgået i god tro for at løse en reel patenttvist, og om de aftalte begrænsninger var nødvendige og forholdsmæssige i henseende til dette lovlige formål.

464 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det i modsætning til, hvad sagsøgerne såvel som intervenienten har gjort gældende, var uden at begå nogen retlig fejl, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde anvendte retspraksis om de andre lovlige formål (jf. præmis 428 ovenfor og den deri nævnte retspraksis), og at den i 653. betragtning til den anfægtede afgørelse forkastede sagsøgernes argumenter i denne henseende, idet disse argumenter ligeledes hviler på den fejlagtige antagelse, at det af sagsøgerne påberåbte lovlige formål, der bestod i at beskytte deres intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke kunne være opnået uden at begrænse konkurrencen (jf. præmis 459-462 ovenfor).

465 Følgelig skal det tredje led forkastes.

4. Det fjerde led

466 Sagsøgerne finder, at afgørelsen er behæftet med en retlig fejl derved, at det ikke deri anerkendes, at det kontrafaktiske scenarium i det foreliggende tilfælde udelukker muligheden for at fastslå en konkurrencebegrænsning på grund af formålet.

467 De har gjort gældende, at der i den anfægtede afgørelse er set bort fra det forhold, at de generiske virksomheder selv uden de omtvistede aftaler ikke ville have solgt ikke-patentkrænkende citalopram. Det følger imidlertid af fast retspraksis, at det generelle kriterium til vurdering af, om en aftale har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, består i at undersøge, hvordan konkurrenceforholdene på det relevante marked ville have været uden den pågældende aftale. Den mindste tvivl om, at der ville have foreligget en konkurrence i fraværet af en aftale, er derfor tilstrækkelig til at udelukke enhver overtrædelse af artikel 101 TEUF. Endvidere er fjernelsen af en uvished uløseligt forbundet med enhver mindelig løsning, og det anerkendes i den anfægtede afgørelse, at de mindelige løsninger, der forsinker en indtræden på markedet, i visse tilfælde ikke kan overtræde artikel 101 TEUF.

468 De realistiske udsigter til at indtræde på et eller flere markeder i EØS i den af de omtvistede aftaler omfattede periode, som der henvises til i den anfægtede afgørelse, er ugrundede og er under alle omstændigheder kun udsigter, hvilket i det mindste indebærer, at det ikke var sikkert, at de generiske virksomheder, såfremt disse aftaler ikke havde foreligget, ville have solgt ikke-patentkrænkende citalopram. Ifølge sagsøgerne rådede de generiske virksomheder således ikke over nogen markedsføringstilladelse, og hvis det antages, at de havde kunnet lancere deres patentkrænkende generiske produkter, ville de være blevet mødt med påbud, som der ville være blevet fremsat begæring om af sagsøgerne. Disse virksomheder kunne desuden have valgt at holde sig uden for markedet eller at trække sig ud fra dette for at undgå en tvist med Lundbeck. I øvrigt ville flere generiske virksomheder aktivt være fortsat med at forberede deres indtræden på markedet, bl.a. ved at videreføre deres forskning i ikke-patentkrænkende citalopram, og de omtvistede aftaler ville heller ikke have forhindret dem i at bestride gyldigheden af Lundbecks patenter.

469 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

470 For så vidt som sagsøgerne med deres argumenter synes at ville anfægte konklusionen om, at de generiske virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler var potentielle konkurrenter til Lundbeck, og idet disse argumenter allerede er blevet modbevist inden for rammerne af det første anbringende ovenfor, skal der for det første henvises til den gennemgang, der er foretaget i denne forbindelse.

471 Der skal desuden erindres om, at artikel 101 TEUF tilsigter at beskytte den potentielle konkurrence på lige fod med den aktuelle konkurrence mellem virksomhederne på markedet (jf. præmis 99 ovenfor). Det er derfor forgæves, at sagsøgerne atter har anført, at der ikke bestod nogen vished for, at

virksomhederne rent faktisk ville være indtrådt på markedet i de omtvistede aftalers løbetid, eftersom der med en sådan argumentation sker en misfortolkning af sondringen mellem aktuel konkurrence og potentiel konkurrence.

472 For så vidt som sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen burde have undersøgt det kontrafaktiske scenarium i det foreliggende tilfælde, skal det for det andet bemærkes, at Kommissionen, idet der var tale om konkurrencebegrænsninger på grund af formålet, alene var forpligtet til at påvise, at de omtvistede aftaler frembød en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen i betragtning af indholdet af deres bestemmelser, formålene med aftalerne, såvel som den økonomiske og retlige sammenhæng, som de indgik i, uden af den grund at være forpligtet til at undersøge virkningerne heraf (præmis 342 ovenfor).

473 Ud over, at en undersøgelse af et hypotetisk kontrafaktisk scenarium er vanskelig at gennemføre derved, at den stiller krav om, at Kommissionen rekonstruerer de begivenheder, der ville være indtruffet uden de omtvistede aftaler, mens disse netop havde til formål at forsinke de generiske virksomheders indtræden på markedet (jf. præmis 138 og 139 ovenfor), minder en sådan undersøgelse mere om en undersøgelse af de omtvistede aftalers virkninger på markedet end om en objektiv undersøgelse af den tilstrækkeligt skadelige karakter af disse på konkurrencen. En sådan undersøgelse af virkningerne er imidlertid ikke påkrævet i forbindelse med en analyse, der bygger på spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål (præmis 342 ovenfor).

474 Selv hvis det antages, at visse generiske virksomheder – på grund af patentkrænkelssøgsmål iværksat af Lundbeck eller på grund af det umulige i at opnå en markedsføringstilladelse inden for en tilstrækkeligt kort frist – ikke var indtrådt på markedet i de omtvistede aftalers løbetid, er det, der har betydning, derfor, at disse virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler med Lundbeck rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, således at de udøvede et konkurrencepres på dette selskab. Dette konkurrencepres blev imidlertid fjernet i de omtvistede aftalers løbetid, hvilket i sig selv udgør en konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

475 Selv om det er rigtigt, at mindelige løsninger ofte har til formål at reducere den uvished, der er uløseligt forbundet med fortsættelsen af en tvist, er sådanne løsninger ikke immune over for anvendelsen af konkurrenceretten (jf. præmis 428 ovenfor). Som fastslået af Kommissionen i den anfægtede afgørelse, er de ydermere særligt problematiske, når de som i den konkrete sag har til formål at betale potentielle konkurrenter for, at de forbliver uden for markedet i en bestemt periode uden af den grund at løse den mindste underliggende patenttvist.

476 Det var følgelig med rette, at Kommissionen fastslog, at de omtvistede aftaler mindede om aftaler om udelukkelse fra markedet mellem konkurrenter, og at de kunne have negative virkninger for konkurrencen, uden at det med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF var nødvendigt at påvise, at disse aftaler havde haft sådanne virkninger.

477 Følgelig skal det fjerde led ligeledes forkastes, ligesom det tredje anbringende i sin helhed.

E – Det fjerde anbringende om, at der blev begået en retlig fejl, og at der ikke blev givet en fyldestgørende begrundelse ved afvisningen af kriteriet om patentets anvendelsesområde som den afgørende norm for vurderingen inden for rammerne af artikel 101, stk. 1, TEUF af aftalerne om en mindelig løsning på patentområdet

478 Sagsøgerne finder, at Kommissionen med urette har nægtet at anerkende, at de aftaler, der rummer begrænsninger, som svarer til dem, der er uløseligt forbundet med udøvelsen af de rettigheder, som et patent tillægger sin indehaver, ikke er omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF, og at Kommissionen med urette har foreslået, at de aftaler, der indebærer begrænsninger, som går ud over anvendelsesområdet

for dette patent, sandsynligvis er omfattet af denne bestemmelse. Ifølge sagsøgerne er den anfægtede afgørelse for det første behæftet med en retlig fejl derved, at den udelukker kriteriet om patentets anvendelsesområde som relevant kontrolnorm ved vurderingen inden for rammerne af artikel 101, stk. 1, TEUF af aftalerne om en mindelig løsning på patentområdet, og for det andet er den argumentation, som Kommissionen har fremført i den anfægtede afgørelse for at afvise dette kriterium, kryptisk, absurd og modsiges af den nøgleargumentation, der ligger til grund for resten af den anfægtede afgørelse.

1. Det første led

- 479 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at de kontraktmæssige begrænsninger, der tidsmæssigt, geografisk og materielt er omfattet af patentindehaverens rettigheder, ikke overtræder konkurrenceretten, fordi disse begrænsninger svarer til dem, der er uløseligt forbundet med det underliggende patent, og det uafhængigt af, hvorvidt den mindelige løsning i øvrigt indebærer en værdioverførsel fra originalproducenten til den generiske producent.
- 480 Et sådant vilkår er i overensstemmelse med princippet om, at patenter formodes at være gyldige, indtil de udtrykkeligt erklæres ugyldige. I dom *Windsurfing*, nævnt i præmis 119 ovenfor (EU:C:1986:75), anerkendte Domstolen, at enhver klausul, der angik de produkter, som var omfattet af et patent, kunne begrundes i beskyttelsen af en intellektuel ejendomsrettighed. Patentets rækkevidde er derfor relevant for bedømmelsen af en overtrædelse af artikel 101 TEUF.
- 481 Sagsøgerne finder for det andet, at enhver mindelig løsning skal være knyttet til en tvist »i god tro« mellem aftaleparterne vedrørende gyldigheden eller krænkelsen af et patent. Sådanne aftaler er i sig selv lovlige og nyttige og kan kun underkastes en »antitrustkontrol«, hvis den underliggende tvist var fiktiv.
- 482 På området for mindelige løsninger vedrørende patenter og generiske lægemidler skal en tvist imidlertid kvalificeres som ægte, når det for det første ikke er godtgjort, at indehaveren af et patent vidste eller var ganske overbevist om, at dette patent var ugyldigt, og denne indehaver for det andet rådede over et tilstrækkeligt bevismateriale til at hævde, at de generiske lægemidler krænkede dennes patent. Såfremt indehaveren af et patent alene nærer tvivl om gyldigheden af dette patent, er denne tvivl – som er et udtryk for den uvished, der er uløseligt forbundet med udfaldet af enhver tvist – ikke tilstrækkelig til at påvirke den ægte karakter af denne tvist og til at gøre en aftale om en mindelig løsning ulovlig. Erklæringer som den, der er citeret flere gange i den anfægtede afgørelse, og som er afgivet mere end halvandet år efter indgåelsen af de omtvistede aftaler, og som antyder, at en ansat ved Lundbeck havde vurderet risikoen for, at patentet på krystallisering ville blive annulleret af retsinstanser i Det Forenede Kongerige, til 60%, kan følgelig under ingen omstændigheder anvendes til at påvise, at Lundbeck troede, at patentet på krystallisering var ugyldigt, eller at dette selskab ikke havde nogen chance for at opnå en håndhævelse af dette patent ved en retsinstans.
- 483 Sagsøgerne finder derfor for det tredje, at kriteriet om patentets anvendelsesområde udgør den eneste hensigtsmæssige norm. For det første gør et sådant kriterium det muligt at etablere en rimelig ligevægt mellem konkurrenceretten og patentretten. Dernæst tilgodeser det Kommissionens bekymringer angående mindelige løsninger på patentområdet, eftersom en generisk virksomhed, der indgår en sådan aftale, bl.a. kan indtræde på markedet på en måde, som ikke krænker det pågældende patents materielle, tidsmæssige eller geografiske rækkevidde. Endelig er det ikke behæftet med de mangler, som gør det kriterium, der er anvendt i den anfægtede afgørelse, mangelfuldt.
- 484 For det fjerde overtræder ingen af de omtvistede aftaler ifølge sagsøgerne artikel 101 TEUF, fordi de alle for det første opfylder betingelsen om forbliven inden for patentets anvendelsesområde, eftersom de kontraktmæssige begrænsninger var begrænset til de patentkrænkende lægemidler og ikke overskred den geografiske og tidsmæssige rækkevidde af Lundbecks procespatenter, og for det andet

opfylder betingelsen om den ægte tvist, idet intet bevis antyder, at Lundbeck var af den opfattelse, at dets patenter var ugyldige, og idet selskabet ydermere rådede over videnskabelige oplysninger, der godtgjorde, at de generiske virksomheder krænkede dets procespatenter.

485 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

486 Det skal indledningsvis bemærkes, at det følger af retspraksis, at artikel 101, stk. 1, TEUF ikke sonderer mellem aftaler, som har til formål at bringe en tvist til ophør, og aftaler, som forfølger andre mål (dom Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, nævnt i præmis 428 ovenfor, EU:C:1988:448, præmis 15). Selv om de ved en medlemsstats lovgivning indrømmede rettigheder på området for industriel ejendomsret ikke berøres i deres eksistens af artikel 101 TEUF, kan betingelserne for deres udøvelse imidlertid være omfattet af de i denne artikel fastsatte forbud. Dette kan være tilfældet, hver gang udøvelsen af en sådan rettighed fremstår som målet med, midlet til eller følgen af et kartel (dom Centrafarm og de Peijper, nævnt i præmis 117 ovenfor, EU:C:1974:114, præmis 39 og 40).

487 Selv om det er rigtigt, at den særlige genstand for industriel ejendomsret navnlig er at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderens for hans kreative anstrengelser – med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning (dom Centrafarm og de Peijper, nævnt i præmis 117 ovenfor, EU:C:1974:114, præmis 9), kan denne genstand følgelig ikke fortolkes således, at den tillige sikrer en beskyttelse mod søgsmål, der tilsigter at bestride et patents gyldighed, henset til, at det er i offentlighedens interesse at fjerne enhver hindring for økonomisk aktivitet, der kunne følge af et uretmæssigt tildelt patent (Windsurfing-dommen, nævnt i præmis 119 ovenfor, EU:C:1986:75, præmis 92).

488 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at de overvejelser, der blev udtrykt i præmis 92 i dom Windsurfing, nævnt i præmis 119 ovenfor (EU:C:1986:75), i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, ikke udelukkende kan gælde for de klausuler, der åbenbart falder uden for patentets anvendelsesområde. I samme doms præmis 46 fastslog Domstolen således, at selv hvis det forudsattes, at det tyske patent dækkede både sejl og bræt – hvilket ville have indebåret, at den klausul, der var tale om, var faldet inden for patentets anvendelsesområde – betød dette ikke, at en sådan klausul var forenelig med artikel 101 TEUF.

489 Det følger desuden af retspraksis, at selv om Kommissionen ikke kan afholde sig fra ethvert initiativ, når et patents rækkevidde er relevant for vurderingen af en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, tilkommer det ikke denne at fastlægge et patents rækkevidde (dom Windsurfing, nævnt i præmis 119 ovenfor, EU:C:1986:75, præmis 26).

490 I betragtning af denne retspraksis såvel som de formål, der er uløseligt forbundet med artikel 101 TEUF, og som bl.a. kræver, at enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet (jf. i denne retning dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor, EU:C:2008:643, præmis 33 og 34), for at beskytte forbrugerne mod uberettigede prisstigninger som følge af en hemmelig aftale mellem konkurrenter (jf. præmis 387 ovenfor), var det med føje, at Kommissionen i den konkrete sag afviste at anvende kriteriet om patentets anvendelsesområde med henblik på at vurdere de omtvistede aftaler på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF.

491 Som anført af Kommissionen i 698. betragtning til den anfægtede afgørelse, er dette kriterium således i flere henseender problematisk i forhold til konkurrenceretten. For det første fører det til at formode, at et generisk lægemiddel krænker originalproducentens patent, og det giver således mulighed for på dette grundlag at udelukke det generiske lægemiddel, selv om det er et uafklaret spørgsmål, om det generiske lægemiddel er patentkrænkende eller ej. For det andet bygger det på den formodning, ifølge hvilken ethvert patent, der påberåbes i forbindelse med en mindelig løsning, vil blive anset for gyldigt i tilfælde af bestridelse af dets gyldighed, på trods af, at der ikke er noget grundlag herfor i lovgivningen eller i praksis (præmis 122 ovenfor). Kriteriet om patentets anvendelsesområde hviler derfor på

sagsøgernes subjektive vurdering af deres patenter anvendelsesområde og af disses gyldighed, hvorimod en national retsinstans eller en kompetent myndighed kunne have haft et anderledes synspunkt.

- 492 Da Supreme Court of the United States bragte en intens debat om dette emne til ophør, fulgte den i øvrigt den samme fremgangsmåde ved at afvise det af visse lavere retsinstanser anvendte kriterium om patentets anvendelsesområde med sin Actavis-dom, der er omtalt i præmis 354 ovenfor, hvor den fastslog, at det forhold, at en aftale faldt ind under et patents anvendelsesområde, ikke bevirkede, at denne aftale var immun over for et »antitrust«-søgsmål.
- 493 Spørgsmålet om, hvorvidt en begrænsning er omfattet af et patents anvendelsesområde eller ej, er således en konklusion, som følger af en undersøgelse af dette patents rækkevidde og gyldighed, og ikke, som foreslået af sagsøgerne, udgangspunktet for en sådan undersøgelse (jf. præmis 354 ovenfor angående Actavis-dommen).
- 494 Når sagsøgerne forsøger at gøre gældende, at de produkter, som de generiske virksomheder havde til hensigt at markedsføre, krænkede deres patenter eller faldt inden for disses materielle, tidsmæssige og geografiske anvendelsesområde, er der således reelt alene tale om spekulationer, der bygger på deres egne subjektive vurderinger, eftersom de ikke har bestridt det forhold, at ingen national retsinstans eller kompetent myndighed på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde fastslået, at disse produkter krænkede det ene eller det andet af deres procespatenter (præmis 145 ovenfor). Som fremhævet af Kommissionen var patentet på krystallisering desuden end ikke endnu blevet udstedt på det tidspunkt, hvor størstedelen af de omtvistede aftaler var blevet indgået (præmis 127 ovenfor), således at anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter var usikkert, ligesom rækkevidden af de begrænsninger, der var indeholdt i disse aftaler.
- 495 Det forhold, at visse i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger af Kommissionen blev anset for potentielt at befinde sig inden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, betyder i øvrigt blot, at sagsøgerne kunne have opnået sammenlignelige begrænsninger ved hjælp af retsafgørelser truffet til håndhævelse af deres patenter, forudsat at de havde fået medhold ved de kompetente nationale retsinstanser. I denne henseende bemærkes, at selv om de omtvistede aftaler tillige indeholdt begrænsninger, som potentielt faldt ind under anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter, gik disse aftaler ud over den særlige genstand for deres intellektuelle ejendomsrettigheder, som ganske vist indbefattede retten til at modsætte sig patentkrænkelser, men ikke retten til at indgå aftaler, hvormed reelle eller potentielle konkurrenter på markedet blev betalt for ikke at indtræde på markedet (jf. præmis 488 ovenfor og 698. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 496 Sagsøgerne har ikke desto mindre gjort gældende, at der i den konkrete sag forelå reelle patenttvister mellem parterne i de omtvistede aftaler, således at de kunne løse sådanne tvister i mindelighed uden at overtræde artikel 101 TEUF.
- 497 Det er dog tvivlsomt, om de omtvistede aftaler gav grundlag for reelt at afslutte de underliggende patenttvister mellem sagsøgerne og de generiske virksomheder, eftersom disse aftaler ikke indebar nogen umiddelbar indtræden af de generiske lægemidler på markedet ved aftalernes udløb, ledsaget af et afkald fra sagsøgernes side på deres patentkrav (jf. præmis 355 ovenfor og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 498 Selv hvis det forudsættes, at de omtvistede aftaler gav grundlag for at løse en tvist i mindelighed mellem parterne, er det i øvrigt tilstrækkeligt at bemærke, at artikel 101, stk. 1, TEUF ikke sonderer mellem aftaler, som har til formål at bringe en tvist til ophør, og aftaler, som forfølger andre mål (jf. i denne retning dom Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, nævnt i præmis 428 ovenfor, EU:C:1988:448, præmis 15). Eftersom disse aftalers konkurrencebegrænsende formål er tilstrækkeligt dokumenteret, idet der var tale om aftaler om udelukkelse af potentielle konkurrenter fra markedet imod betaling, forholder det sig således, at hvis det antages, at disse aftaler tillige kunne være til fordel for

konkurrencen og forbrugerne, skulle sådanne virkninger imidlertid påvises af sagsøgerne og undersøges på grundlag af artikel 101, stk. 3, TEUF (jf. undersøgelsen af det syvende anbringende nedenfor), og ikke vurderes af Kommissionen inden for rammerne af samme artikels stk. 1 (jf. i denne retning dom *Brasserie nationale* m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 388 ovenfor, EU:T:2005:298, præmis 85).

499 Det er følgelig med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at det af Kommissionen anvendte retlige kriterium savner grundlag i retspraksis, eller at udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder kun under særlige omstændigheder kan være omfattet af det i artikel 101, stk. 1, TEUF fastsatte forbud. Kommissionen begik ingen retlig fejl, da den afviste kriteriet om patentets anvendelsesområde som relevant kriterium ved undersøgelsen på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF af de omtvistede aftaler. Som anført af Kommissionen var det relevante kriterium i den konkrete sag begrebet konkurrencebegrænsende formål, således som det er blevet udviklet i Unionens retsinstansers praksis (præmis 339-345 ovenfor).

500 Følgelig var Kommissionen i det foreliggende tilfælde berettiget til at støtte sig på en helhed af faktorer som baggrundselementer – såsom forekomsten af en omvendt betaling, størrelsen af denne betaling og det forhold, at betalingen syntes at svare til de fortjenester, som de generiske virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, samt fraværet af en klausul, der gjorde det muligt at lette de generiske lægemidlers indtræden på markedet ved udløbet af de omtvistede aftaler, og tilstedeværelsen af begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter – for at fastslå, at disse aftaler havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 101 TEUF (jf. 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse).

501 Det første led skal derfor forkastes.

2. Det andet led

502 Sagsøgerne har for det første anført, at begrundelsen for afvisningen af kriteriet om patentets anvendelsesområde alene fremgår af 698. betragtning til den anfægtede afgørelse, som ydermere er behæftet med et absurd ræsonnement, eftersom dette kriterium ifølge sagsøgerne ikke tilskynder de generiske virksomheder til at opgive alle deres bestræbelser på at indtræde på markederne, men udelukkende deres bestræbelser på at sælge patentkrænkende produkter.

503 Endvidere indebærer retten til at modsætte sig patentkrænkelser også, at patentindehaveren kan modsætte sig patentkrænkelser ved at løse en tvist i mindelighed. I modsætning til, hvad der antydes i den anfægtede afgørelse, følger en sådan ret ligeledes af et patents særlige genstand. Dom *Windsurfing*, nævnt i præmis 119 ovenfor (EU:C:1986:75), der er nævnt i den anfægtede afgørelse, kan alene påberåbes for at gøre gældende, at Lundbeck ikke er berettiget til at afgøre en konflikt mellem to tredjepartsproducenters produkter, hvilket ikke svarer til den foreliggende sag. Det i den anfægtede afgørelse fremførte argument om, at mindelige løsninger kun er tilladt, hvis de er baseret på parternes subjektive vurdering af patentets styrke, modsiger i øvrigt det udsagn, ifølge hvilket indehaverne af et patent ikke skulle være i stand til selv at bedømme, hvorvidt de generiske lægemidler krænker deres patent. Det forklares heller ikke i den anfægtede afgørelse, hvorfor dette kriterium om patentets anvendelsesområde, som eksisterer i Amerikas Forenede Staters ret, ikke skulle kunne overføres til EU-retten.

504 Sagsøgerne finder for det andet, at Kommissionens afvisning af kriteriet om patentets anvendelsesområde ikke er sammenhængende med det nøgleræsonnement i den anfægtede afgørelse, som Kommissionen har bygget sin vurdering af de omtvistede aftaler op om. Kommissionen har således støttet sin konklusion om, at disse aftaler havde til formål at begrænse konkurrencen, på den hævde, at de indeholdt begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, idet de tilsigtede at forhindre en indtræden af ethvert generisk citalopram på markedet uafhængigt af,

hvorvidt dette citalopram var eller ikke var patentkrænkende. Andre steder har Kommissionen imidlertid erklæret, at de omvendte betalinger i sig selv indikerer, at de omtvistede aftaler havde til formål at pålægge de generiske virksomheder at holde sig uden for markedet for generisk citalopram i hele disse aftalers løbetid, uafhængigt af, hvorvidt de lægemidler, som disse virksomheder kunne have solgt, var eller ikke var patentkrænkende.

505 Dette viser, at kriteriet om patentets anvendelsesområde har spillet en væsentlig rolle i Kommissionens analyse, hvilket går imod dennes udsagn, ifølge hvilket spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede aftaler forblev inden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, ikke grundlæggende ville have ændret Kommissionens retlige analyse af disse begrænsninger.

506 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

507 Der skal for det første erindres om, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296 TEUF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (jf. dom af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen, C-521/09 P, Sml., EU:C:2011:620, præmis 147 og den deri nævnte retspraksis).

508 I forbindelse med individuelle afgørelser fremgår det således af fast retspraksis, at forpligtelsen til at begrunde en sådan afgørelse har til formål, ud over at gøre det muligt at udøve en retslig kontrol, at give den berørte part oplysninger, der er tilstrækkelige til at afgøre, om afgørelsen muligvis er behæftet med en sådan mangel, at dens gyldighed kan anfægtes. Det skal dog bemærkes, at det begrundelseskrav, der følger af artikel 296 TEUF, udgør en væsentlig formforskrift, som skal adskilles fra spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen er materielt rigtig, hvilket henhører under realiteten for så vidt angår den anfægtede retsakts lovlighed (dom Elf Aquitaine mod Kommissionen, nævnt i præmis 508 ovenfor, EU:C:2011:620, præmis 146 og 148 og den deri nævnte retspraksis).

509 Hvad angår begrundelsen i den anfægtede afgørelse for afvisningen af kriteriet om patentets rækkevidde må det i den foreliggende sag fastslås, at Kommissionen i 698. betragtning til den anfægtede afgørelse eksplicit besvarede sagsøgernes argumenter på dette punkt. Kommissionen redegjorde heri navnlig for grundene til, at dette kriterium ikke gav mulighed for at imødegå de bekymringer, som de omtvistede aftaler gav anledning til i henseende til konkurrenceretten (jf. præmis 492 ovenfor). Det fremgår desuden af hele den anfægtede afgørelses opbygning, at Kommissionen i medfør af artikel 101, stk. 1, TEUF anvendte begrebet konkurrencebegrænsende formål på de omtvistede aftaler, idet den tog hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, inden for hvilken disse aftaler var blevet indgået, og idet den i denne forbindelse tog hensyn til en række faktorer (jf. præmis 355 ovenfor), hvorved den som følge heraf nødvendigvis forkastede kriteriet om patentets rækkevidde som relevant retligt kriterium ved undersøgelsen af disse aftaler på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF.

510 Sagsøgerne kan derfor ikke kritisere Kommissionen for ikke i den anfægtede afgørelse at have givet en tilstrækkelig begrundelse for afvisningen af kriteriet om patentets anvendelsesområde, og ej heller for ikke at have taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt patentindehavere har ret til at modsætte sig patentkrænkelser ved at løse deres tvister i mindelighed, idet et sådant spørgsmål henhører under den realitetsbehandling af den anfægtede afgørelse, som er blevet foretaget i forbindelse med analysen af det andet og det tredje anbringende ovenfor.

511 Det er desuden forgæves, at sagsøgerne har anført, at Kommissionen burde have begrundet sin anfægtede afgørelse ved at henvise til de retlige kriterier, der er gældende i Amerikas Forenede Staters ret. Det er således allerede blevet fastslået, at en vurdering efter et tredjeland's ret ikke kan være bestemmende for den, der lægges til grund i EU-retten, og at en tilsidesættelse af en sådan ret ikke i

sig selv udgør en fejl, der gør en afgørelse, som er vedtaget på grundlag af EU-retten, retsstridig (jf. i denne retning dom af 30.9.2003, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, T-191/98 og T-212/98 – T-214/98, Sml., EU:T:2003:245, præmis 1406 og 1407 og den deri nævnte retspraksis).

- 512 Det er under alle omstændigheder tilstrækkeligt at fastslå, at den dom, der indeholder flertalsholdningen ved Supreme Court of the United States i den sag, der gav anledning til den i præmis 354 ovenfor anførte *Actavis-dom* – og ikke den afgivne dissens fra dommer Roberts – klart fastslår, at det forhold, at en aftale er omfattet af et patents anvendelsesområde, ikke bevirker, at denne aftale er immun over for et »antitrustsøgsmål«, hvormed denne dom afviser kriteriet om patentets anvendelsesområde som relevant norm med henblik på at undersøge den konkurrencebegrænsende karakter af mindelige aftaler på patentområdet, der som de omtvistede aftaler i den foreliggende sag indeholder omvendte betalinger, kaldet »pay for delay«.
- 513 Som anført af sagsøgerne i retsmødet, er den lovgivningsmæssige sammenhæng, der gør sig gældende i De Forenede Stater, ganske vist forskellig fra den, der foreligger i de forskellige EU-medlemsstater. Det var derfor med rette, at Kommissionen ikke med henblik på at undersøge de omtvistede aftaler på grundlag af artikel 101 TEUF foretog en nærmere undersøgelse af de argumenter fra sagsøgerne, der angik anvendelsen af det kriterium om patentets anvendelsesområde, som var blevet anvendt af visse lavere retsinstanser i De Forenede Stater inden den i præmis 354 ovenfor anførte *Actavis-dom*.
- 514 Det er for det andet med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er selvmodsigende derved, at den på den ene side anerkender, at de omtvistede aftaler var konkurrencebegrænsende, uanset om de indeholdt eller ikke indeholdt begrænsninger, der gik ud over deres patenters anvendelsesområde, og at den på den anden side anerkender, at disse aftaler indeholdt begrænsninger, der gik ud over deres patenters anvendelsesområde, for så vidt som de tilsigtede at forhindre de generiske virksomheders salg af enhver type generisk citalopram.
- 515 Kommissionen redegjorde således i bl.a. 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse for, at det forhold, at Lundbeck ikke kunne have opnået de samme begrænsninger i de generiske lægemidlers indtræden på markedet under henvisning til sine procespatenter, udgjorde et vigtigt indicium, blandt andre, for, at de omtvistede aftaler var i modstrid med artikel 101, stk. 1, TEUF. Spørgsmålet om, hvorvidt de i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger faldt uden for anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter, blev med andre ord anset for en relevant, men ikke afgørende faktor med henblik på at påvise, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i denne bestemmelse, hvilket tillige fremgår klart af 641. betragtning til den anfægtede afgørelse (præmis 336, 337 og 355 ovenfor). Der er derfor ingen selvmodsigelse i den anfægtede afgørelse på dette punkt.
- 516 Det fjerde anbringende skal derfor forkastes.

F – Det femte anbringende om, at der blev foretaget en åbenbart urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder, at der skete en tilsidesættelse af pligten til at udvise omhu, og at der ikke blev givet en fyldestgørende begrundelse derved, at Lundbecks handlinger blev kvalificeret som en overordnet strategi rettet imod de generiske lægemidlers indtræden og som relevante for vurderingen af de omtvistede aftaler på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF

- 517 Den anfægtede afgørelse er ifølge sagsøgerne utilstrækkeligt begrundet, behæftet med åbenbart urigtige vurderinger af de faktiske omstændigheder og tilsidesætter den pligt til at udvise omhu, som Kommissionen er underlagt, derved, at der i afgørelsen fokuseres på nogle udvalgte erklæringer og ses bort fra væsentlige faktiske omstændigheder for at konkludere, at sagsøgerne forfulgte en »overordnet modstandsstrategi« imod de generiske versioner af citalopram, og at den har støttet sig på denne påståede strategi ved vurderingen af de omtvistede aftaler på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF.

- 518 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at deres overordnede strategi bestod i ensidige handlinger, der ikke havde nogen tilknytning til de omtvistede aftaler, og som under alle omstændigheder ikke var ulovlige. Sagsøgerne finder, at Kommissionen har begået et vist antal alvorlige fejl ved i den anfægtede afgørelse at anføre, at de havde forfulgt flere politikker, som indgik i en påstået overordnet strategi imod de generiske lægemidlers indtræden på markedet for citalopram, nemlig for det første etableringen af en fordelagtig periode for lanceringen af escitalopram, for det andet indleveringen af procespatenter til fremstilling af citalopram, for det tredje interventionen i procedurerne for markedsføringstilladelse for de generiske versioner af citalopram, for det fjerde fjernelsen af den konkurrencetrussel, som de fremtidige producenter af den aktive lægemiddelbestanddel citalopram repræsenterede, og for det femte tilskyndelsen af de generiske virksomheder til at indstille deres bestræbelser på at indtræde på markedet for citalopram.
- 519 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at der ikke i den anfægtede afgørelse er redegjort for, i hvilken henseende deres handlinger er relevante for fastslåelsen af, at der forelå en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF. Ifølge sagsøgerne kan parternes hensigt ikke gøre i øvrigt lovlige aftaler uforenelige med konkurrenceretten. Disse parter subjektive hensigt er accessorisk til hovedspørgsmålet om, hvorvidt en begrænsning af konkurrencen fremgår af de objektive formål, der forfølges med disse aftaler, i lyset af den sammenhæng, hvori de indgår. I den anfægtede afgørelse fokuseres der imidlertid med urette på Lundbecks ensidige adfærd, og i afgørelsen redegøres der ikke for, i hvilken henseende de generiske virksomheder delte Lundbecks påståede hensigt, eller hvorvidt de havde kendskab til denne hensigt. Følgelig kan Kommissionen ikke påberåbe sig denne adfærd for at påvise, at der forelå samstemmende viljer mellem Lundbeck og de generiske virksomheder, som havde til formål at hæmme konkurrencen fra den generiske version af citalopram.
- 520 Sagsøgerne finder for det tredje, at Kommissionen har tilsidesat sin pligt til at udvise omhu, som pålægger den omhyggeligt og upartisk at undersøge alle de relevante forhold i hvert konkret tilfælde, idet den har forsømt at tage hensyn til alle de øvrige faktiske omstændigheder, der indikerede, at formålet med deres handlinger var at gennemføre lovlige målsætninger såsom anvendelsen af et gyldigt patent for at modsætte sig en patentkrænkende indtræden, lanceringen af et innovativt produkt til gavn for forbrugerne samt underretningen af sundhedsmyndighederne om forekomsten af potentielle risici for sikkerheden eller opnåelsen af en supplerende produktionskapacitet.
- 521 Sagsøgerne er for det fjerde af den opfattelse, at det var med urette, at den anfægtede afgørelse kvalificerede visse af deres handlinger som ulovlige, såsom skiftet i deres kommercielle bestræbelser hen imod et nyt og mere effektivt produkt, Cipralex, deres indlevering af flere patentansøgninger, som dækkede processer, der gjorde det muligt at fremstille citalopram, deres interventioner i procedurerne for udstedelse af markedsføringstilladelse, eller deres transaktioner med producenterne af den aktive lægemiddelbestanddel. Sagsøgerne finder desuden, at det i den anfægtede afgørelse med urette antydes, at de i løbet af Lagap-tvisten anerkendte, at de generiske produkter, der var baseret på den af Matrix anvendte proces, ikke var patentkrænkende, selv om den markedsføringstilladelse, der var baseret på Matrix II-processen og indebar en supplerende rensningsetape, først blev udstedt i Det Forenede Kongerige den 4. juni 2003. Lundbeck har i øvrigt aldrig anerkendt, at Matrix gjorde brug af en proces, der blev anvendt i industriel målestok, og som var både kommercielt holdbar og ikke-patentkrænkende.
- 522 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 523 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen var fuldt ud berettiget til at tage hensyn til sagsøgernes hensigt på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler, eftersom det anerkendes i retspraksis, at parternes hensigt kan udgøre et relevant forhold med henblik på at godtgøre forekomsten af et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF (præmis 345 ovenfor).

- 524 For så vidt som sagsøgerne har gjort gældende, at deres strategi ikke var ulovlig, idet den navnlig bestod i at udvikle et nyt patenteret produkt, escitalopram, i at få registreret procespatenter på citalopram eller i at forsvare disse procespatenter ved at intervenere i de generiske virksomheders procedurer for udstedelse af markedsføringstilladelse, skal det dernæst konstateres, at det ikke er fastslået i den anfægtede afgørelse, at sådanne handlinger i sig selv var ulovlige. Kommissionen tog udelukkende hensyn til disse forhold i deres egenskab af relevante faktuelle forhold, der gjorde det muligt at placere de omtvistede aftaler i deres bredere sammenhæng, og som viste, at sagsøgerne tilsigtede at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet for at finde en fordelagtig åbning for lanceringen af escitalopram (123. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse), med alle mulige – lovlige og ulovlige – midler. Disse argumenter er derfor i høj grad irrelevante.
- 525 For så vidt som sagsøgernes argumenter tillige kan fortolkes som tagende sigte mod at anfægte de faktuelle bedømmelser, som Kommissionen har foretaget i den anfægtede afgørelse, ved at gøre gældende, at der i denne henseende er foretaget en urigtig gengivelse af bevismaterialet, skal der ikke desto mindre gøres følgende bemærkninger.
- 526 Hvad for det første angår sagsøgernes udsagn om, at deres procespatenter formodedes at være gyldige, og at ingen retsinstans på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde fastslået, at der ikke forelå nogen patentkrænkelser fra de generiske virksomheders side, skal det påpeges, at Kommissionen på ingen måde har fastslået i den anfægtede afgørelse, at sagsøgernes procespatenter ikke var gyldige, eller at sagsøgerne ikke havde nogen chance for at modsætte sig de generiske virksomheders indtræden på markedet i tilfælde af, at disse indtrådte med risiko, men at der bestod en uvished i denne henseende, hvilken uvished blev betydeligt reduceret eller fjernet med de omtvistede aftaler (præmis 337, 364 og 430 ovenfor).
- 527 Lundbecks interne vurderinger af mulighederne for at få patentet på krystallisering underkendt er desuden hovedsageligt blevet brugt af Kommissionen i den anfægtede afgørelse til at påvise, at Lundbeck og de generiske virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler var potentielle konkurrenter (jf. præmis 96 ovenfor og 627. betragtning til den anfægtede afgørelse). Uanset den sammenhæng, inden for hvilken denne erklæring blev afgivet, eller dens ophavsmands identitet, fremgår det klart heraf, at der som fastslået af Kommissionen i den anfægtede afgørelse bestod en uvished med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Lundbecks patenter ville have gjort det muligt at blokere enhver indtræden af de generiske virksomheder på markedet, og at disse virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over reelle og konkrete muligheder i denne henseende. Sagsøgerne har i øvrigt anerkendt, at ugyldighedsprocedurerne på nationalt plan var kendetegnet ved et stort usikkerhedsmoment.
- 528 Det er for det andet med urette, at sagsøgerne finder, at den anfægtede afgørelse ikke støtter sig på noget konkret dokument for at påvise en forbindelse mellem de omtvistede aftaler og lanceringen af escitalopram. Den anfægtede afgørelse støtter sig således i denne forbindelse navnlig på et uddrag af Lundbecks strategiplan for 1993 (135. betragtning), på et dokument udarbejdet til et møde i Lundbecks bestyrelse den 24. april 1998 (136. betragtning), på et dokument fra Lundbeck af 24. september 1999 (138. betragtning), på Lundbecks strategiske aktivitetsplan og budget for årene 1999 (137. betragtning), 2001 (139. betragtning) og 2002 (140. betragtning), og på notater skrevet i anledning af et strategimøde hos Lundbeck primo 2003 (141. betragtning). Dette sidstnævnte dokument dokumenterer f.eks., at Lundbeck påtænkte at bekæmpe de generiske lægemidler med henblik på at skabe en åbning for en mulighed for at skifte til escitalopram. Lundbeck havde desuden i sin strategiske aktivitetsplan og sit budget for 2003 konkluderet, at de generiske lægemidlers indtræden på markedet, som indledningsvis var forventet i de første fire måneder af 2002, var blevet udskudt meget effektivt indtil oktober 2002, og at det var oplagt, at fraværet af generiske lægemidler havde haft en positiv virkning på udviklingen af salget af Cipralax (escitalopram) i 2003 (206. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 529 Det er for det tredje ligeledes med urette, at sagsøgerne har anført, at der i den anfægtede afgørelse er sket en urigtig gengivelse af oplysningerne fra Lagap-sagen i Det Forenede Kongerige. Det fremgår således af det af Kommissionen fremførte bevismateriale – som sagsøgerne i øvrigt ikke har anfægtet – at selv om sagsøgerne i forbindelse med denne sag rent faktisk gjorde gældende, at det af Matrix fremstillede citalopram krænkede patentet på krystallisering, var der dog atter tale om deres subjektive bedømmelse, eftersom dette udsagn aldrig blev bekræftet af den domstol, for hvilken sagen var blevet indbragt, idet sagsøgerne foretrak at indgå forlig med Lagap for at undgå et nederlag, som ifølge deres egne ord ville have været »ydmygende«, og som »ville blive brugt imod [sagsøgerne] i andre jurisdiktioner« (160. betragtning til den anfægtede afgørelse). Sagsøgerne har ikke godtgjort, hvorledes den anfægtede afgørelse indebar en urigtig gengivelse af det bevismateriale, der i denne forbindelse indgik deri.
- 530 Sagsøgerne har ikke desto mindre gjort gældende, at markedsføringstilladelsen vedrørende den supplerende rensningsfase (dvs. Matrix II-processen) først blev meddelt den 3. december 2003 i Det Forenede Kongerige, således at det generiske citalopram, der var blevet markedsført inden denne dato i Det Forenede Kongerige, havde været baseret på Matrix I-processen, som sagsøgerne fandt krænkede deres patenter derved, at den var baseret på forfalskede oplysninger. Dette blev dog aldrig fastslået, eftersom det tværtimod fremgår af 155. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den domstol i Det Forenede Kongerige, ved hvilken søgsmålet mod Lagap var blevet anlagt, i en foreløbig afgørelse af 14. februar 2003 erklærede, at »Lundbeck nu var tvunget til at anerkende, at dette selskabs faste og urokkelige overbevisning om, at det var umuligt for Lagap og Lagaps leverandører at anvende en ikke-patentkrænkende proces, var ugrundet«, således at sagsøgerne ikke kan gøre gældende, at der i denne henseende er sket en urigtig gengivelse af bevismaterialet.
- 531 Hvad for det fjerde angår sagsøgernes udsagn om, at deres transaktioner med producenterne af den aktive lægemiddelbestanddel udelukkende havde til formål at finde en løsning på de kapacitetsproblemer, som de var konfronteret med, skal det bemærkes, at en sådan forklaring er lidet sandsynlig, henset til det bevismateriale, som Kommissionen har fremført i 172. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse. Det er navnlig vanskeligt at forstå, hvorledes det, med henblik på at løse sådanne kapacitetsproblemer, var strengt nødvendigt eller endda nyttigt for Lundbeck at overtage den italienske virksomhed VIS Farmaceutici SpA (herefter »VIS«) og at trække denne virksomheds Drug Master File ud af Tiefenbachers ansøgning om markedsføringstilladelse, der verserede ved de nederlandske myndigheder (176. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 532 Endelig er det med urette, at sagsøgerne har anført, at det er fastslået i den anfægtede afgørelse, at deres patentkrænkelsessøgsmål ville være blevet tabt. Det anerkendes tværtimod heri, at sagsøgerne i første omgang kunne opnå påbud i visse jurisdiktioner eller beslaglæggelser i visse stater, men at disse påbud og beslaglæggelser efter mange generiske virksomheders overgang til Matrix II-processen blev enten ophævet eller forkastet eller førte til mindelige løsninger. Det konkluderes udelukkende i den anfægtede afgørelse, at ingen retsinstans i EØS på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler havde fastslået, at patentet på krystallisering var gyldigt, og at det var blevet krænkert (185. betragtning til den anfægtede afgørelse), hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt (præmis 145 ovenfor).
- 533 På baggrund af samtlige disse betragtninger skal det femte anbringende forkastes som irrelevant eller, under alle omstændigheder, ugrundet.

G – Det sjette anbringende om, at der blev foretaget en åbenbart urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder derved, at det konkluderes i den anfægtede afgørelse, at de omtvistede aftaler indeholdt begrænsninger, der overskred dem, som var uløseligt forbundet med udøvelsen af de ved Lundbecks patenter tillagte rettigheder

- 534 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en åbenbart urigtig vurdering derved, at der ikke deri er sket en undersøgelse af samtlige de omstændigheder, der omgav de omtvistede aftaler, og det deri med urette konkluderes, at disse aftaler indeholdt begrænsninger, der overskred dem, som var uløseligt forbundet med udøvelsen af de rettigheder, som deres patenter tillagde dem. Hver af de omtvistede aftaler holdt sig inden for anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter og forhindrede alene salget af patentkrænkende citalopram.
- 535 Sagsøgerne finder for det første, at det i den anfægtede afgørelse med urette konkluderes, at de omtvistede aftaler forhindrede de generiske virksomheder i at sælge citalopram, herunder citalopram, som ikke var patentkrænkende, og at disse aftaler derfor gik ud over de rettigheder, som sagsøgerne havde i medfør af deres patenter.
- 536 Sagsøgerne har anført, at dersom de havde haft til hensigt at forhindre de generiske virksomheder i at sælge en hvilken som helst type citalopram, skulle de have indgået aftaler med alle de potentielle indtrædende virksomheder, selv om der på det tidspunkt var mere end 300 generiske virksomheder, som solgte antidepressive lægemidler i EØS. Lundbeck havde ikke noget troværdigt motiv til at forhindre salget af de ikke-patentkrænkende lægemidler fra kun fire generiske virksomheder.
- 537 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at der i den anfægtede afgørelse i forhold til hver af de omtvistede aftaler ikke er taget hensyn til samtlige omstændigheder omkring disse aftaler, og ikke er sket en undersøgelse af den loyale gengivelse af parternes hensigt – der kan fremgå såvel af en kontrakts klausuler som af de omhandlede virksomheders adfærd – for at nå frem til den konklusion, at aftalerne gik ud over anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter.
- 538 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 539 Det skal indledningsvis, som Kommissionen har gjort det, bemærkes, at selv om de omtvistede aftaler ikke var gået ud over anvendelsesområdet for sagsøgernes patenter, ville disse aftaler ikke desto mindre have udgjort konkurrencebegrænsninger på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, eftersom de bestod i karteller, der tilsigtede at forsinke de generiske virksomheders indtræden på markedet til gengæld for store omvendte betalinger (jf. det andet, det tredje og det fjerde anbringende ovenfor), som omdannede uvisheden om en sådan indtræden til vished for, at denne indtræden ikke ville finde sted i de omtvistede aftalers løbetid (præmis 372 ovenfor).
- 540 Nærværende anbringende er derfor irrelevant.
- 541 Der skal dog ikke desto mindre ske en subsidiær undersøgelse af sagsøgernes argumenter i denne forbindelse, idet Kommissionen finder, at sagsøgerne ikke opfylder de betingelser, som de selv har opstillet, eftersom de i de omtvistede aftaler indeholdte kontraktmæssige begrænsninger ikke begrænsede sig til potentielt patentkrænkende produkter og overskred de omhandlede patenters anvendelsesområde.

1. GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige

- 542 Ifølge sagsøgerne begås der fejl i den anfægtede afgørelse, når det heri fastslås, at forpligtelsen for Merck (GUK) til ikke at lancere citalopram baseret på alene Natcos aktive lægemiddelbestanddel for det første gjaldt uafhængigt af, hvorvidt Natcos lægemiddelbestanddel var eller ikke var patentkrænkende, og at den i denne aftale indeholdte eksklusive købsforpligtelse for det andet forhindrede Merck (GUK) i at sælge enhver anden generisk version af citalopram.
- 543 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 544 Sagsøgerne finder for det første, at det med urette konkluderes i den anfægtede afgørelse, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige var til hinder for salg af Natcos citalopram uafhængigt af, hvorvidt dette citalopram var patentkrænkende. Sagsøgerne har gjort gældende, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige alene vedrørte et eneste produkt, nemlig Natcos citalopram, som Lundbeck havde underkastet test og fundet krænkende i forhold til dette selskabs patenter.
- 545 Den anfægtede afgørelse bygger med urette på erklæringer, der er indeholdt i to interne email fra Merck (GUK), for at nå frem til den konklusion, at Lundbecks patenter, i det konkrete tilfælde patentet på krystallisering, hverken var gyldige eller blevet krænkede, og at ingen af de offentliggjorte patentansøgninger udgjorde noget problem. I den anfægtede afgørelse tages der i øvrigt ikke hensyn til andre med de faktiske omstændigheder samtidige dokumenter fra Merck (GUK), som viser, at dette selskab nærede stor frygt for, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel krænkede Lundbecks patenter, og ej heller til det forhold, at Merck (GUK) i løbet af den administrative procedure havde medgivet ikke at være sikker på, at Natcos proces ikke krænkede Lundbecks procespatenter.
- 546 Sagsøgerne finder endvidere, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige under ingen omstændigheder kunne omfatte citalopram, der var fremstillet ud fra anderledes og ikke-patentkrænkende processer, eftersom Natco og Merck (GUK) ikke ville have været i stand til at skifte til et nyt lægemiddel i denne aftales kortvarige løbetid.
- 547 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det udtrykkeligt fremgår af punkt C i præamblen til GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, at Merck (GUK) ikke accepterede, at dette selskabs produkt blev anerkendt som patentkrænkende, men at selskabet derimod anerkendte, at der bestod en risiko for en patenttvist, hvilket kunne have fremkaldt forsinkelser og ulemper.
- 548 Det må desuden fastslås – som Kommissionen har gjort det i 768. betragtning til den anfægtede afgørelse – at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige end ikke identificerede, hvilket patent tilhørende sagsøgerne der var blevet krænkede.
- 549 Det er derfor med urette, at sagsøgerne atter forsøger at gøre gældende, at Mercks (GUK) generiske produkter var patentkrænkende, idet et sådant udsagn alene bygger på deres egen subjektive opfattelse (præmis 221 ovenfor). Det forhold, at Merck (GUK) kunne nære tvivl om sine produkters patentkrænkende karakter, bekræfter kun den tilstand af uvished, som sagsøgerne og de generiske virksomheder befandt sig i på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler, men giver under ingen omstændigheder grundlag for at fastslå, at Natcos aktive lægemiddelbestanddel var patentkrænkende. Det objektive bevismateriale, som Kommissionen har støttet sig på i den anfægtede afgørelse, dokumenterer desuden snarere, at Merck (GUK) var fortrøstningsfuld med hensyn til sine chancer for at få medhold i tilfælde af en tvist med Lundbeck (præmis 125 ovenfor).
- 550 Idet sagsøgernes øvrige argumenter allerede er blevet forkastet i forbindelse med behandlingen af det første anbringende vedrørende den potentielle konkurrence, skal der henvises til behandlingen af dette anbringende og til præmis 207-236 ovenfor hvad angår navnlig Mercks (GUK) situation.

- 551 Følgelig skal sagsøgernes argument om, at Kommissionen med urette konkluderede, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige havde begrænset salget af Natcos citalopram, og det uafhængigt af, hvorvidt dette citalopram var patentkrænkende, forkastes.
- 552 Sagsøgerne finder for det andet, at det er med urette, at det i den anfægtede afgørelse konkluderes, at den eksklusivitetsklausul, der er indeholdt i punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, forhindrede Merck (GUK) i at indtræde på markedet med en anden generisk version af citalopram, det være sig i form af et færdigprodukt eller i form af en aktiv lægemiddelbestanddel. Punkt 3.2 pålagde ifølge sagsøgerne blot Merck (GUK) udelukkende hos Lundbeck at købe blisterpakningerne med 28 Cipramiltabletter a 20 mg, og begrænsede ikke GUK's frihed til at købe enten færdige lægemidler indeholdende citalopram, som ikke stammede fra Lundbeck, eller citalopram i enhver anden form, f.eks. den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, hos en hvilken som helst tredjepart.
- 553 I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende i den anfægtede afgørelse, giver en sådan fortolkning mening, eftersom Merck (GUK) i fraværet af en sådan klausul kunne have købt Lundbecks Cipramil hos tredjeparter såsom grossister, hvilket ville have forpurret Lundbecks målsætning om at forøge de samlede salg af dette lægemiddel i Det Forenede Kongerige.
- 554 Det anerkendes desuden i den anfægtede afgørelse, at »ud fra en bogstavelig fortolkning af de formuleringer, der er anvendt i disse bestemmelser, kan det være, at punkt 3.2 rent faktisk ikke forhindrede Merck (GUK) i at købe den aktive lægemiddelbestanddel citalopram fra tredjeparter« (781. betragtning). Ikke desto mindre konkluderes det med urette i den anfægtede afgørelse, at Merck (GUK) var forhindret i at købe den aktive lægemiddelbestanddel citalopram hos tredjeparter derved, at dette selskab ikke havde nogen tilskyndelse til at gøre dette. For det første stod det således Merck (GUK) frit for at sælge citalopram, der ikke stammede fra Lundbeck, i form af et færdigprodukt med undtagelse af Natcos patentkrænkende citalopram, og for det andet forholdt det sig således, at såfremt Merck (GUK) ved at købe den aktive lægemiddelbestanddel citalopram hos tredjeparter havde overtrådt artikel 1.3 i sin aftale med Schweizerhall – i henhold til hvilken Merck (GUK) forpligtede sig til at dække hele sin årlige efterspørgsel på den aktive lægemiddelbestanddel citalopram hos Schweizerhall (783. betragtning) – kendte Lundbeck ikke til denne bestemmelse og kunne derfor ikke være klar over Mercks (GUK) påståede manglende tilskyndelse til at købe den aktive lægemiddelbestanddel hos tredjeparter. Under alle omstændigheder udspringer en sådan manglende tilskyndelse ikke af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, og den kan som følge heraf ikke anvendes til at afgrænse denne aftales anvendelsesområde.
- 555 Kommissionen har bestridt disse argumenter og anført, at punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige fastsætter, at »GUK aftaler udelukkende at købe færdigprodukterne hos [Lundbeck] med henblik på GUK's og dets tilknyttede selskabers videresalg«. Denne bestemmelse betyder i sin gængse betydning, at Merck (GUK) kun kunne købe færdigprodukterne hos Lundbeck, hvilket udelukkede andre leverandører. Denne fortolkning bekræftes af punkt D i præamblen, som fastsætter, at »parterne har desuden aftalt, at GUK dækker sine behov for Færdigprodukter ved at købe dem hos [Lundbeck]«. Sagsøgerne anerkendte endda under den administrative procedure, at Merck (GUK) »ha[vde] aftalt at dække sine behov for citalopram ved udelukkende at købe dette hos Lundbeck med henblik på videresalg i Det Forenede Kongerige«. Disse forpligtelser går klart ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter.
- 556 Kommissionen har forkastet den af sagsøgerne foreslåede fortolkning, ifølge hvilken udtrykket »Færdigprodukter« udelukkende henviser til Lundbecks Cipramil. Dette udtryk er således defineret i aftalens artikel 1.1 som værende »produkter indeholdende citalopram i færdig pakkeform, som [Lundbeck] leverer til GUK i medfør af nærværende aftale«. Den af sagsøgerne foreslåede fortolkning gør ordet »udelukkende« overflødigt, eftersom Merck (GUK) naturligvis kun kunne have købt Lundbecks Cipramil hos Lundbeck. Ordet »udelukkende« betyder derfor, at Merck (GUK) skulle

dække alle sine behov for citalopram i form af færdigprodukt ved at købe dette hos Lundbeck. Desuden skal denne bestemmelse fortolkes i lyset af sagsøgernes hensigt, som var at undgå en selvstændig tilstedeværelse af de generiske virksomheder på markedet.

557 Med hensyn til købet af den aktive lægemiddelbestanddel citalopram hos tredjeparter er det anerkendt i den anfægtede afgørelse, at en bogstavelig fortolkning af artikel 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige uden tvivl ikke var til hinder for at købe den aktive lægemiddelbestanddel hos tredjeparter. Det er imidlertid blevet konkluderet i den anfægtede afgørelse, at Merck (GUK) – henset til den i maj 2011 indgåede leveringsaftale mellem Merck (GUK) og Schweizerhall, hvis vilkår forstærkede vilkårene i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige – ikke længere havde nogen tilskyndelse til at købe den aktive lægemiddelbestanddel citalopram hos tredjeparter. Selv hvis Merck (GUK) havde købt aktiv lægemiddelbestanddel, der ikke stammede fra Natco, for selv at fremstille og sælge et færdigprodukt, ville dette selskab således have risikeret at tilsidesætte sin forpligtelse ifølge GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige til udelukkende at »dække sine behov« for citalopram i form af færdigprodukter hos Lundbeck.

558 Det skal i denne forbindelse, som sagsøgerne har gjort det, anføres, at den fortolkning af punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, som Kommissionen har anvendt i den anfægtede afgørelse, og ifølge hvilken Merck (GUK) havde forpligtet sig til udelukkende at købe citalopram i form af færdigprodukter, som stammede fra Lundbeck, for at markedsføre disse i Det Forenede Kongerige, hvilket udelukkede ethvert andet citalopram, ikke kan tiltrædes.

559 Det fremgår således klart af definitionen af »Færdigprodukter« i punkt 1.1 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige (præmis 26 ovenfor), at disse henviser til de færdigprodukter, der hidrører fra Lundbeck, dvs. til Cipramil. Ved denne klausul forpligtede Merck (GUK) sig derfor alene til at købe Lundbecks Cipramiltabletter med henblik på at videresælge disse i Det Forenede Kongerige i henhold til en distributionsaftale. Ordet »udelukkende«, der er benyttet i denne bestemmelse, betyder i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, ikke, at Merck (GUK) havde forpligtet sig til udelukkende at købe og sælge citalopram i form af færdigprodukter, der stammede fra Lundbeck, med udelukkelse af ethvert andet citalopram, men derimod at dette selskab havde forpligtet sig til kun hos Lundbeck at løbe Cipramil til videresalg i Det Forenede Kongerige, hvilket udelukkede andre leverandører. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende i 779. betragtning til den anfægtede afgørelse, er en sådan fortolkning ikke absurd, eftersom det i punkt 3.2 indeholdte ord »udelukkende« således kunne have til formål at undgå, at Merck (GUK) kunne forsyne sig med Cipramil hos grossister eller andre leverandører end Lundbeck, i overensstemmelse med Lundbecks målsætning om at forøge mængden af solgt Cipramil.

560 Desuden er det med urette, at Kommissionen til støtte for sin fortolkning har baseret sig på punkt D i præamblen til GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, hvis ordlyd i det væsentlige er identisk med aftalens punkt 3.2, idet der heri tillige er henvist til »Færdigprodukter« med stort begyndelsesbogstav, som er klart defineret i samme aftales punkt 1.1.

561 Som Kommissionen selv har anerkendt i 781. betragtning til den anfægtede afgørelse, fører en ordret fortolkning af punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige i øvrigt til den konklusion, at denne bestemmelse ikke forhindrede Merck (GUK) i at forsyne sig med citalopram i form af aktiv lægemiddelbestanddel hos tredjeparter.

562 Det skal således bemærkes, at punkt 2.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige alene bestemmer, at Merck (GUK) forpligter sig til til Lundbeck at udlevere samtlige sine »Produkter«, der i aftalens punkt 1.1 er defineret som værende de »[...] citalopram-produkter i råvareform, i løs vægt eller i tabletform, således som specificeret i bilaget og fremstillet i overensstemmelse med den produktfortegnelse, der blev forelagt af GUK på datoen for underskrivelsen [af aftalen], og som er vedlagt i bilag 2«. I dette bilag henvises der rent faktisk til Natcos aktive lægemiddelbestanddel. Dette indebærer, at Merck (GUK) ifølge denne bestemmelse alene var forpligtet til at udlevere sin

eksisterende beholdning af citalopram, der allerede var opbygget på tidspunktet for underskrivelsen af aftalen, og ikke enhver anden type generisk citalopram, der stammede fra andre producenter end Natco, og som dette selskab kunne have skaffet sig senere. Kommissionen har i øvrigt anerkendt i bl.a. 763. betragtning til den anfægtede afgørelse, at denne forpligtelse udelukkende vedrørte Natcos aktive lægemiddelbestanddel.

- 563 I 783. betragtning til den anfægtede afgørelse vurderede Kommissionen ikke desto mindre, at Merck (GUK), såfremt dette selskab havde forsynet sig med citalopram i form af aktiv lægemiddelbestanddel hos tredjeparter, ville have overtrådt punkt 1.3 i sin forsyningskontrakt indgået med Schweizerhall, som bestemte, at Merck (GUK) skulle dække 100% af sine årlige behov for generisk citalopram hos sidstnævnte (præmis 210 ovenfor). Kommissionen udtalte derfor i fodnote 1435 til den anfægtede afgørelse, at selv om det i henhold til GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige var formelt muligt for Merck (GUK) at indtræde på markedet med et generisk citalopram hidrørende fra andre kilder end Natco, var dette ikke muligt på grund af Schweizerhall-aftalen. Ifølge Kommissionen forstærkede disse to aftaler gensidigt hinanden, således at de skulle læses i sammenhæng.
- 564 Det skal imidlertid, som sagsøgerne har gjort det, bemærkes, at selv hvis det antages, at sagsøgerne havde kendskab til forpligtelsen for Merck (GUK) ifølge den med Schweizerhall indgåede forsyningskontrakt til udelukkende at forsyne sig med generisk citalopram hos Natco, udspringer en sådan forpligtelse ikke af bestemmelserne i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, men af Schweizerhall-aftalen.
- 565 Kommissionen kan ikke støtte sig på bestemmelserne i en anden aftale, som ikke angår de samme parter, med henblik på at fastlægge indholdet af klausulerne i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, og navnlig ikke med henblik på at fastslå, hvorvidt disse klausuler indeholdt eller ikke indeholdt begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter. En sådan fortolkning ville således gøre det muligt at antage, at en hvilken som helst type aftale indgået af Merck (GUK), som indeholdt begrænsninger vedrørende Natcos aktive lægemiddelbestanddel – der dog var identificeret som potentielt patentkrænkende af parterne i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige – overskred anvendelsesområdet for Lundbecks patenter på grund af den eksklusive forsyningsforpligtelse, der fulgte af Schweizerhall-aftalen, som blev indgået tidligere og af andre parter.
- 566 Selv om Lundbeck kunne have haft kendskab til eksistensen af Schweizerhall-aftalen, kan Kommissionen følgelig ikke støtte sig på en sådan omstændighed for at konkludere, at punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige i sig selv tog sigte mod at forhindre Merck (GUK) i at indtræde på markedet med enhver type citalopram, uanset om den stammede eller ikke stammede fra Natco, og uanset om den af parterne blev eller ikke blev anset for potentielt patentkrænkende.
- 567 Som anført af Kommissionen skal de omtvistede aftaler ganske vist fortolkes under hensyntagen ikke blot til deres affattelse, men tillige til deres sammenhæng og de formål, som de forfølger. En sådan fortolkningsmetode kan dog ikke lede Kommissionen til at se bort fra ordlyden af bestemmelserne i en aftale, når denne ordlyd er tilstrækkeligt klar.
- 568 Det skal i øvrigt bemærkes i denne forbindelse, at Kommissionen – i 635. betragtning og i fodnote 1562 til den anfægtede afgørelse samt som svar på et spørgsmål fra Retten – selv har anført, at Schweizerhall-aftalen kunne være blevet ophævet i tilfælde af en krænkelse af Lundbecks patenter (jf. præmis 224 ovenfor). En sådan fortolkning af Schweizerhall-aftalen er imidlertid vanskeligt forenelig med den fortolkning af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, som Kommissionen har foreslået i den anfægtede afgørelse, ifølge hvilken begrænsningerne overskred anvendelsesområdet for Lundbecks patenter på grund af forpligtelsen for Merck (GUK) ifølge Schweizerhall-aftalen til udelukkende at forsyne sig med generisk citalopram hos Schweizerhall. Det forhold, at Merck (GUK) ikke måtte have haft til hensigt at købe citalopram, der ikke var fremstillet af Natco, betyder således ikke, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige indeholdt sådanne begrænsninger, som overskred anvendelsesområdet for Lundbecks patenter.

- 569 Det må følgelig konstateres, at Kommissionen, som bevisbyrden i denne forbindelse påhviler (præmis 105-112 ovenfor), ikke i den anfægtede afgørelse i retligt tilstrækkeligt omfang har påvist, at de i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige indeholdte begrænsninger gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, dvs. at sådanne begrænsninger ikke kunne være opnået af Lundbeck ved en domstol med kompetence på patentområdet, såfremt de generiske produkter baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel, som Merck (GUK) påtænkte at markedsføre, var blevet anset for patentkrænkende, og såfremt disse patenter havde modstået de eventuelle modkrav, der tillsigtede at bestride deres gyldighed.
- 570 En sådan konstatering kan dog ikke have nogen følger i forbindelse med undersøgelsen af den anfægtede afgørelses lovlighed, eftersom det af sagsøgerne fremførte klagepunkt er irrelevant af de grunde, der redegøres for nedenfor.
- 571 Det skal for det første fastslås, at sagsøgerne ikke har bestridt, at Merck (GUK) i henhold til punkt 1.1 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige forpligtede sig til ikke at indtræde på markedet med sine generiske produkter baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel, og at Merck (GUK) i henhold til samme aftales punkt 2.2 og 2.3 forpligtede sig til til sagsøgerne at udlevere hele den beholdning af citalopram, som dette selskab havde opbygget (771. og 772. betragtning til den anfægtede afgørelse), og at sagsøgerne heller ikke har bestridt det forhold, at de betalte Merck (GUK) et beløb på 3 mio. GBP til gengæld for denne forpligtelse (præmis 26 ovenfor). Ligesådan har sagsøgerne ikke bestridt, at Merck (GUK) i henhold til punkt 2.7 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige forpligtede sig til ikke i denne aftales løbetid at tildele eller ikke på licens at sælge en kopi af sine i Det Forenede Kongerige allerede opnåede markedsføringstilladelser.
- 572 Imidlertid er sådanne forpligtelser som anført af Kommissionen under alle omstændigheder konkurrencebegrænsende på grund af selve deres formål, uanset om de gik eller ikke gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, for så vidt som de – idet de langt fra løste nogen som helst patenttvist mellem parterne i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige – blev opnået til gengæld for store omvendte betalinger, og for så vidt som de havde til formål i hele aftalens løbetid at forhindre Merck (GUK) og enhver virksomhed, der måtte ønske at anvende dette selskabs markedsføringstilladelse, i at indtræde på markedet med dets generiske produkter baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel, på hvilke produkter Merck (GUK) indtil da havde bygget hele sin strategi for at indtræde på markedet.
- 573 Som fremhævet af Kommissionen i navnlig 641. og 820. betragtning til den anfægtede afgørelse, er det, der i denne forbindelse har betydning, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige omdannede uvisheden om udfaldet af eventuelle patentkrænkelsessøgsmål til vished for, at Merck (GUK) i hele denne aftales løbetid ikke ville indtræde på markedet med sine generiske produkter, selv om begrænsningerne i Mercks (GUK) kommercielle selvstændighed ikke udelukkende var et resultat af en analyse fra aftaleparternes side af Lundbecks patenter, men snarere af størrelsen af den omvendte betaling, som i et sådant tilfælde vejede tungere end denne vurdering og tilskyndede den generiske virksomhed til ikke at fortsætte sine bestræbelser på at indtræde på markedet.
- 574 For det andet skal det for fuldstændighedens skyld bemærkes, at Kommissionen i bl.a. 784. betragtning til den anfægtede afgørelse med rette har fastslået, at Merck (GUK) på grund af bestemmelserne i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, anskuet i deres sammenhæng, ikke længere havde nogen tilskyndelse til at skaffe sig citalopram i form af aktiv lægemiddelbestanddel hos tredjeparter eller til at sælge andet citalopram end Lundbecks i form af færdigprodukter, selv om det i henhold til denne aftale i princippet stod selskabet frit for at gøre dette.
- 575 Det skal således indledningsvis bemærkes, at Merck (GUK) i henhold til punkt 3.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige forpligtede sig til i aftalens løbetid at sælge Lundbecks Cipramil i Det Forenede Kongerige, og at betalingen af et beløb på 5 mio. GBP, der blev betegnet som »nettofortjeneste«, i henhold til denne aftales punkt 6.2 var betinget af salget af en vis mængde af

disse lægemidler i Det Forenede Kongerige i aftalens løbetid. Det skal desuden påpeges, at dette beløb skulle betales i flere trancher, hvilket gjorde det muligt for Lundbeck at sikre sig en korrekt gennemførelse af aftalen.

- 576 Selv om Merck (GUK) teoretisk havde kunnet skaffe sig generisk citalopram i form af aktiv lægemiddelbestanddel hos tredjeparter og sælge andre typer færdigprodukter end Lundbecks, havde dette selskab derfor ingen interesse i at gøre dette, eftersom det i henhold til punkt 6.2 i GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige uden at løbe den mindste risiko kunne opnå beløbet på 5 mio. GBP som garanterede fortjenester for salget af Cipramil, hvorimod ethvert forsøg på at indtræde på markedet med andre generiske produkter kunne have udsat selskabet for patentkrænkelssøgsmål og erstatningssøgsmål fra Lundbecks side. Som anført af Kommissionen i 784. betragtning til den anfægtede afgørelse, er det desuden vanskeligt at se, hvilken interesse tredjeparter skulle have haft i at købe generisk citalopram i form af aktiv lægemiddelbestanddel gennem Merck (GUK) for at videresælge det i form af færdigprodukter i Det Forenede Kongerige, såfremt de kunne skaffe sig det direkte hos producenten af den aktive lægemiddelbestanddel eller hos dennes privilegerede leverandør.
- 577 Følgelig skal sagsøgernes argument om, at Kommissionen med urette konkluderede, at GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige havde begrænset salget af andet citalopram end det, der var fremstillet ud fra Natcos aktive lægemiddelbestanddel, forkastes som irrelevant.

2. GUK-aftalen for EØS

- 578 Hvad angår GUK-aftalen for EØS finder sagsøgerne, at det i den anfægtede afgørelse med urette er blevet konkluderet, at denne aftales anvendelsesområde inkluderede ikke-patentkrænkende citalopram, og at denne aftale havde til formål at udkonkurrere Natco som leverandør af aktiv lægemiddelbestanddel.
- 579 Sagsøgerne finder for det første, at det i den anfægtede afgørelse med urette er blevet konkluderet, at GUK-aftalen for EØS fandt anvendelse på en hvilken som helst type citalopram. Der er i den anfægtede afgørelse med urette blevet foretaget en ordret fortolkning af punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS, som fastsætter, at GUK »ophører med at sælge og levere farmaceutiske præparater indeholdende Citalopram«, hvorimod fortolkningen af aftaler i dansk ret, som er den ret, der finder anvendelse på denne aftale, skal støtte sig på parternes fælles hensigt. Parternes hensigt, som underbygges af punkt D, F og G i præamblen til aftalen, var imidlertid, at denne aftale alene gjaldt for citalopram, der var baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel. Desuden skal denne aftale fortolkes i sammenhæng og overensstemmelse med GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, idet disse to aftaler i Kommissionens øjne udgør en samlet og vedvarende overtrædelse.
- 580 Den fortolkning, som Kommissionen har foretaget af punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS, tager heller ikke hensyn til det forhold, at Merck dura, der var et tysk datterselskab af Merck, fortsatte med at sælge Tiefenbachers citalopram i Tyskland fra den 15. april 2002 og i hele den periode, der var omfattet af GUK-aftalen for EØS, og at Lundbeck sagsøgte Merck dura for patentkrænkelser frem for at benytte den nævnte aftale. I henhold til punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS, som fastsætter et forbud for Merck (GUK) mod at sælge og levere produkter indeholdende citalopram, var Merck dura imidlertid en »tilknyttet part« i forhold til Merck (GUK) i den forstand, hvori udtrykket var anvendt i denne bestemmelse, hvilket indebar, at udtrykket »produkter indeholdende citalopram« kun kunne henvise til Natcos citalopram og ikke til en hvilken som helst type citalopram.
- 581 Endelig har sagsøgerne kritiseret den konklusion fra Kommissionen, der er formuleret i 845. betragtning til den anfægtede afgørelse, ifølge hvilken det ikke følger logisk af den blotte omstændighed, at Merck (GUK) havde en kontrakt, i henhold til hvilken dette selskab indtil 2008 skulle dække alle sine behov ved at forsyne sig hos Natco, at dets tilsagn om at afstå fra at sælge citalopram i løbetiden for GUK-aftalen for EØS tillige skulle begrænses til Natcos citalopram. En

sådan konklusion modsiger klart den anfægtede afgørelses argumentation vedrørende GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, ifølge hvilken Mercks (GUK) kontraktmæssige tilsagn om at dække samtlige sine behov ved at forsyne sig hos Natco viser, at Merck (GUK) på dette grundlag ikke var tilskyndet til at sælge aktiv lægemiddelbestanddel eller færdigprodukter fra tredjeparter.

582 Sagsøgerne finder for det andet, at det i den anfægtede afgørelse med urette er blevet konkluderet, at den med Merck (GUK) indgåede aftale angående EØS havde til formål at udkonkurrere Natco som leverandør af aktiv lægemiddelbestanddel.

583 De bestrider, at punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS, hvorefter Merck (GUK) »sk[ulle] gøre sit bedste for at sikre sig, at Natco ophør[te] med at levere Citalopram og lægemidler indeholdende Citalopram på Området«, var affattet for at udkonkurrere Natco som leverandør af aktiv lægemiddelbestanddel. Denne bestemmelse var blot et redskab, der skulle sikre, at Merck (GUK) ikke kunne omgå den nævnte aftale og sælge patentkrænkende citalopram baseret på Natcos aktive lægemiddelbestanddel ved hjælp af f.eks. et særskilt selskab. Bestemmelsen bygger på det forhold, at Lundbeck i det mindste indtil juni 2002 – med urette – troede, at Merck (GUK) var Natcos eneforhandler. Når Kommissionen i forhold til GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige har anerkendt, at de begrænsninger, der blev påført Natcos aktive lægemiddelbestanddel, ikke faldt uden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, bør den samme konklusion i øvrigt gøre sig gældende for de kontraktmæssige begrænsninger, der er indeholdt i GUK-aftalen for EØS.

584 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

585 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at ordlyden af den første sætning i punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS foreskriver, at Merck (GUK) »forpligter sig til i aftalens løbetid at ophøre med salget og forsyningen af farmaceutiske præparater indeholdende citalopram på EØS-området (herunder, uden begrænsning, at ophøre med salg til og forsyning af NM Pharma AB)«, uden anden præcisering.

586 Punkt D og E i præamblen til denne aftale henviser ganske vist til det forhold, at Merck (GUK) var distributør af produkter indeholdende citalopram fremstillet eller leveret af Natco, og til det forhold, at Mercks (GUK) salg og forsyning i Det Forenede Kongerige af produkter indeholdende citalopram var blevet udført uden licens fra Lundbeck.

587 Dette giver dog ikke grundlag for at bekræfte den af sagsøgerne fremførte fortolkning, ifølge hvilken punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS udelukkende omhandlede Natcos citalopram.

588 Såfremt parterne i GUK-aftalen for EØS udelukkende havde villet henvise til Natcos citalopram, ville de således – som Kommissionen med rette har gjort gældende – i aftalens punkt 1.1 udtrykkeligt have henvist til dette citalopram, ligesom i præamblen til aftalen, og ikke på generel vis til »farmaceutiske præparater indeholdende citalopram«. De kunne ligeledes have defineret ordet »citalopram« på en sådan måde, at det blev præciseret, at dette ord alene dækkede visse typer citalopram fremstillet efter visse metoder, som i forbindelse med UK-aftalen (jf. præmis 563 ovenfor).

589 Den af sagsøgerne foreslåede fortolkning er desuden lidet troværdig, når den konfronteres med ordlyden af punkt 1.3 i GUK-aftalen for EØS, som fastsætter, at Lundbeck forpligter sig til ikke at iværksætte noget søgsmål mod Merck (GUK), så længe sidstnævnte overholder aftalens punkt 1.1. Såfremt sagsøgernes fortolkning lagdes til grund, ville dette således betyde, at Lundbeck havde forpligtet sig til ikke at iværksætte noget patentkrænkelsessøgsmål mod Merck (GUK), så længe sidstnævnte afstod fra at sælge eller levere Natcos citalopram inden for EØS, og endog hvis Merck (GUK) solgte en anden version af citalopram, der stammede fra en anden producent. Dette er vanskeligt foreneligt med den sammenhæng, inden for hvilken de omtvistede aftaler blev indgået, som navnlig vidner om, at det var Lundbecks faste hensigt at forhindre enhver indtræden af de generiske lægemidler på markedet.

- 590 Sagsøgerne har ikke desto mindre gjort gældende, at Merck dura, et tysk datterselskab af Merck (GUK), kunne indtræde på markedet for citalopram i Tyskland, selv om det var en tilknyttet part i den forstand, hvori udtrykket var anvendt i punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS, hvilket indebærer, at det i dette punkt anvendte udtryk »produkter indeholdende citalopram« kun kunne henvise til Natcos citalopram og ikke til enhver type citalopram.
- 591 Det skal dog, som Kommissionen har gjort det, bemærkes, at punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS ligesom resten af aftalen udelukkende fandt anvendelse på Merck (GUK), i kraft af denne kontrakts relative virkning, således at forpligtelsen for Merck (GUK) til ikke at sælge generisk citalopram til sine tilknyttede selskaber ikke betyder, at disse tilknyttede selskaber, såsom Merck dura, ikke kunne forsyne sig hos en anden kilde og selv sælge generisk citalopram, som Merck dura i den foreliggende sag gjorde det ved at forsyne sig hos Tiefenbacher. Det kan følgelig ikke udledes af det forhold, at Merck dura i løbetiden for GUK-aftalen for EØS indtrådte på det tyske marked, og ej heller af det forhold, at sagsøgerne anlagde patentkrænkelssøgsmål mod Merck dura, at affattelsen »produkter indeholdende citalopram«, der er benyttet i denne aftales punkt 1.1, ikke omfattede enhver type citalopram, men udelukkende Natcos citalopram.
- 592 Ved at fastsætte en forpligtelse for Merck (GUK) til i hele løbetiden for GUK-aftalen for EØS at undlade at sælge eller levere produkter indeholdende citalopram til sine tilknyttede parter eller til enhver tredjepart (herunder NM Pharma, der var begyndt at sælge citalopram i Sverige), indeholdt denne aftales punkt 1.1 følgelig begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, eftersom en sådan forpligtelse ikke var begrænset til det citalopram, som parterne i denne aftale anså for potentielt patentkrænkende.
- 593 Det skal desuden påpeges, at punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS ikke kun fastsatte en forpligtelse for Merck (GUK) til i hele aftalens løbetid at undlade at sælge eller levere produkter indeholdende citalopram, men tillige, at dette selskab skulle udfolde alle rimelige bestræbelser for at sikre sig, at Natco i aftalens løbetid ophørte med at forsyne EØS-området med citalopram og med produkter indeholdende citalopram.
- 594 Der er imidlertid intet, der indikerer, at en sådan forpligtelse kun var et mindre vigtigt, eller endog ikke-eksisterende, tilsagn, eller at den var baseret på sagsøgernes urigtige overbevisning om, at Merck (GUK) var Natcos eneforhandler. Som anført af Kommissionen blev denne klausul således af parterne i aftalen anset for tilstrækkeligt vigtig til at blive gjort til en betingelse for betalingen af et beløb på 12 mio. EUR. Punkt 1.2 i GUK-aftalen for EØS fastsatte i øvrigt udtrykkeligt, at Lundbeck ikke ville være forpligtet til at gennemføre de endnu ikke forfaldne betalinger i tilfælde af, at Natco i aftalens løbetid leverede citalopram eller produkter indeholdende citalopram på EØS-området.
- 595 Selv om Merck (GUK) som anført af sagsøgerne ikke havde kapaciteten til at forhindre Natco i at levere citalopram på EØS-området, forholder det sig derfor ikke desto mindre således, at punkt 1.1 i GUK-aftalen for EØS kraftigt tilskyndede Merck (GUK) til at gennemføre alle nødvendige tiltag og »udfolde alle rimelige bestræbelser« i denne retning, idet selskabet ellers ville miste en væsentlig del af de betalinger, som Lundbeck havde lovet i henhold til denne aftale.
- 596 Som Kommissionen med rette har fastslået i 848. betragtning til den anfægtede afgørelse, viser dette, at formålet med GUK-aftalen for EØS ikke blot var at udkonkurrere Merck (GUK) fra markederne i EØS som sælger af generiske produkter baseret på Natcos citalopram, men tillige at udkonkurrere Natco som producent af generisk citalopram på dette område.
- 597 Det må herefter fastslås, at det i tilstrækkelig grad fremgår af indholdet af GUK-aftalen for EØS læst i sin sammenhæng, at Merck (GUK) i medfør af klausulerne i denne aftale opgav enhver mulighed for at sælge sin generiske version af citalopram, uanset om denne stammede eller ikke stammede fra Natco, og uanset om denne potentielt havde eller ikke havde krænket et patent tilhørende Lundbeck.

- 598 Kommissionen begik derfor ikke nogen fejl, da den i 846. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt, at GUK-aftalen for EØS, og navnlig denne aftales punkt 1.1, måtte fortolkes som havende forpligtet Merck (GUK) til i aftalens løbetid at ophøre med salg og levering af enhver type citalopram på hele EØS-området, hvilket gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter.
- 599 Uanset hvorledes denne aftale fortolkes, og uanset om de Merck (GUK) pålagte begrænsninger følger eller ikke følger af anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, er disse begrænsninger under alle omstændigheder alligevel konkurrencebegrænsende på grund af formålet, idet det ikke var fastslået, af det af Natco fremstillede citalopram krænkede et af disse patenter, idet Merck (GUK) eksplicit havde bestridt, at dets generiske produkter var patentkrænkende (jf. punkt G i præamblen til GUK-aftalen for EØS), og idet begrænsningerne i Mercks (GUK) kommercielle selvstændighed var blevet indført gennem store omvendte betalinger, som udgjorde modydelsen hertil (jf. præmis 573 og 574 ovenfor).
- 600 Som fastslået af Kommissionen i 847. betragtning til den anfægtede afgørelse, indeholdt de omtvistede aftaler desuden ingen anden modydelse til de omhandlede begrænsninger end de af Lundbeck lovede omvendte betalinger, såsom muligheden for Merck (GUK) for umiddelbart at indtræde på markedet ved disse aftalers udløb uden at behøve at frygte patentkrænkelsessøgsmål fra Lundbecks side, således at disse aftaler ikke tilsigtede at løse nogen som helst patenttvist.
- 601 Følgelig skal sagsøgernes klagepunkt om, at GUK-aftalen for EØS ikke indeholdt nogen begrænsning, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, forkastes som irrelevant og, under alle omstændigheder, ugrundet.

3. Arrow UK-aftalen

- 602 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en åbenbart urigtig vurdering ved at fortolke Arrow UK-aftalen således, at denne forhindrede Arrow i at sælge enhver form for generisk citalopram i løbetiden for denne aftale, som alene vedrørte det citalopram, som krænkede deres patenter. Dette dokumenteres af denne aftales affattelse og af omstændighederne omkring dens indgåelse, herunder navnlig forekomsten af en patenttvist med Arrow og Lagap-tvisten.
- 603 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 604 Sagsøgerne har for det første bestridt, at udtrykket »det nævnte citalopram«, der er defineret i fjerde betragtning i præamblen til Arrow UK-aftalen og benyttet i punkt 1.1 i Arrow UK-aftalen (jf. præmis 35, anden og sjette punkt, ovenfor), henviser til enhver type citalopram, som Arrow kunne have købt hos Tiefenbacher. Ifølge sagsøgerne omfatter dette udtryk alene det citalopram, som Arrow allerede havde købt eller bestilt hos Tiefenbacher, og som krænkede deres patenter.
- 605 Den af sagsøgerne foreslåede fortolkning af det nævnte udtryk bekræftes på den ene side af den omstændighed, der er angivet i sjette betragtning i Arrow UK-præamblen (jf. præmis 35, tredje punkt, ovenfor), at »det nævnte Citalopram« var blevet underkastet laboratorietest, og ændres på den anden side ikke af henvisningen i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 til et forbud mod at importere navnlig »det nævnte citalopram« efter den anden leveringsdato, som er defineret i Arrow UK-aftalens punkt 3.4 (jf. præmis 35, sidste punkt, ovenfor) (herefter »den anden leveringsdato«). Denne henvisning gjaldt således alene udtrykket »ethvert andet citalopram«, der blev benyttet i Arrow UK-aftalens punkt 1.1. Selv efter den anden leveringsdato rådede Arrow under alle omstændigheder over citalopramtabletter, der var bestilt hos Tiefenbacher, og som ikke var blevet overdraget til sagsøgerne.

606 Der skal erindres om, at Arrow UK-aftalens punkt 1.1 har følgende ordlyd:

»Arrow [UK] forpligter sig på egne vegne og på vegne af alle de tilknyttede og forbundne enheder til ikke i [Arrow UK-aftalens løbetid] og på Det Forenede Kongeriges område at fremstille, overdrage, tilbyde at overdrage, anvende eller, efter den anden leveringsdato, med henblik på overdragelse eller til andet formål at importere eller opbevare (1) [»]det nævnte Citalopram[«] eller (2) ethvert andet citalopram, som ifølge Lundbeck krænker dette selskabs [intellektuelle] ejendomsrettigheder, samt til – for at give Lundbeck mulighed for at afgøre, hvorvidt der er sket en krænkelse eller ej – i [Arrow UK-aftalens løbetid] at give Lundbeck tilstrækkeligt med stikprøver til analyseformål, mindst en måned før enhver fremstilling, import, ethvert salg eller tilbud om salg, som Arrow [UK] måtte true med at foretage i afventning af en endelig inappellabel afgørelse i [forbindelse med Arrow-patentkrænkelssøgsmålet] [...]«

607 Med henblik på at fortolke betydningen af udtrykket »det nævnte citalopram«, som figurerer i Arrow UK-aftalens punkt 1.1, skal følgende bemærkes:

- Dette udtryk er et udtryk, der er defineret i fjerde betragtning i Arrow UK-præambelen, som har følgende affattelse: »Arrow [UK] har hos en tredjepart opnået en licens på import til Det Forenede Kongerige af citalopram, der ikke er fremstillet af Lundbeck eller med tilladelse fra Lundbeck (»det nævnte Citalopram«, idet en sådan definition for at undgå enhver tvivl alene inkluderer det Citalopram, der er bestemt til markedsføring og salg i Det Forenede Kongerige, og udelukker det Citalopram, der er bestemt til markedsføring og salg i andre lande).«
- Det fremgår af Arrow UK-aftalens punkt 3.4, at »den anden leveringsdato«, der er angivet i Arrow UK-aftalens punkt 1.1, er den dato, på hvilken Arrow UK skulle udlevere den anden tranche af sin beholdning »af det nævnte citalopram« til Lundbeck, og at denne levering skulle ske senest den 15. februar 2002.

608 Kommissionen fandt i 905., 910.-913. og 916. betragtning til den anfægtede afgørelse, at udtrykket »det nævnte Citalopram« skulle fortolkes således, at det ikke blot omfattede det citalopram, som Arrow allerede havde købt hos Tiefenbacher, men tillige ethvert citalopram, som Arrow efterfølgende kunne købe af denne samme virksomhed, og det selv om den anvendte aktive lægemiddelbestanddel nu var fremstillet efter Cipla II- eller Matrix II-processerne. Kommissionen støttede sig i denne anledning dels på henvisningen i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 til den periode, der lå efter »den anden leveringsdato«, således som denne fremgår af Arrow UK-aftalens punkt 3.4, hvilket ifølge Kommissionen er til hinder for at begrænse det begreb, der omfattes af udtrykket »af det nævnte Citalopram«, til det citalopram, som Arrow allerede havde på lager, dels på ordlyden af fjerde betragtning i Arrow UK-præambelen, hvorefter det fremgår, at »det nævnte Citalopram« er ethvert citalopram, der er fremstillet af Tiefenbacher og omfattet af dette selskabs markedsføringstilladelse.

609 På baggrund af de omstændigheder, der netop er blevet anført, skal det bemærkes, at en af de i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 fastsatte forpligtelser består i at forbyde Arrow efter den anden leveringsdato, der er henvist til i denne aftales punkt 3.4, at importere eller opbevare »det nævnte Citalopram«. Denne forpligtelse giver imidlertid kun mening og har kun en effektiv virkning, såfremt dette udtryk tillige omfatter det citalopram, der ganske vist stammede fra Tiefenbacher, men som Arrow bestilte efter denne levering. Det skal på dette punkt bemærkes, at intet i ordlyden af denne klausul giver mulighed for at lægge til grund, at den ovennævnte forpligtelse ikke vedrører »det nævnte Citalopram«, men alene omfatter »ethvert andet citalopram, som ifølge Lundbeck krænker dette selskabs [intellektuelle] ejendomsrettigheder«.

610 Den definition, der svarer til udtrykket »af det nævnte Citalopram«, som figurerer i fjerde betragtning i Arrow UK-præambelen, er på tilsvarende vis formuleret med en affattelse, der ikke kan fortolkes i den retning, at den alene omfatter det citalopram, som Arrow allerede havde købt hos Tiefenbacher. Denne fjerde betragtning betyder således, at ethvert citalopram, der var dækket af den

markedsføringstilladelse, som Tiefenbacher rådede over, var inkluderet i den til udtrykket »af det nævnte Citalopram« svarende definition. Denne markedsføringstilladelse gjaldt for det citalopram, der var fremstillet efter Cipla I- og Matrix I-processerne, uafhængigt af det forhold, at de tabletter, som Arrow havde på lager, udelukkende var fremstillet ved hjælp af Cipla I-processen.

- 611 Selv om det er rigtigt, at en ansøger om eller en indehaver af en markedsføringstilladelse over for den myndighed, der skal udstede eller har udstedt denne, kan ansøge om ændringer med henblik på at udstrække denne markedsføringstilladelses rækkevidde til at omfatte også andre processer, er det dog med rette, at sagsøgerne har anført, at intet i den omhandlede betragtning giver grundlag for at fastslå, at parterne i Arrow UK-aftalen, da de definerede »det nævnte Citalopram«, tillige tog sigte mod den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, der var fremstillet efter Cipla II- og Matrix II-processerne, der ikke var inkluderet i den »licens«, som der henvises til i den nævnte betragtning. Disse processer kunne således først være blevet dækket af Tiefenbachers markedsføringstilladelse efter en ændring af denne.
- 612 Endelig ændres denne fortolkning ikke af det af Kommissionen påberåbte forhold, at udtrykket »det nævnte Citalopram« i Arrow-forligskendelsen (præmis 36 ovenfor) blev erstattet af udtrykket »Citalopram, der ikke er fremstillet af Lundbeck eller med dette selskabs tilladelse«. Selv om forligskendelsen blev afsagt efter indgåelsen af Arrow UK-aftalen, er den således et retligt instrument, der er forskelligt fra denne aftale.
- 613 Følgelig skal der ved »det nævnte Citalopram« forstås ethvert generisk citalopram, der var fremstillet af Tiefenbacher efter de processer, som blev anvendt af Cipla eller af Matrix, og som Arrow allerede havde købt på datoen for underskrivelsen af Arrow UK-aftalen, eller som Arrow kunne have købt efterfølgende, og som var dækket af Tiefenbachers markedsføringstilladelse.
- 614 Ifølge sagsøgerne gav det i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 anvendte udtryk »ethvert andet citalopram, som ifølge Lundbeck krænker dette selskabs [intellektuelle] ejendomsrettigheder«, for det andet ikke sagsøgerne en vetoret, eftersom de ikke kunne begrænse sig til at påberåbe sig den patentkrænkende karakter af det citalopram, som Arrow kunne have forsøgt at benytte, men skulle have ført bevis for krænkelsen af deres patenter ved hjælp af den fremgangsmåde med stikprøveudtagning, der var fastsat i det nævnte punkt, hvilket er i overensstemmelse med den lære, der kan udledes af Paroxetine-dommen, som er omtalt i præmis 240 ovenfor. Sagsøgerne har i denne forbindelse fremhævet, at Arrow UK-aftalen ikke forhindrede Arrow i ved de kompetente retsinstanser at bestride de eventuelle anbringender fra deres side om, at det citalopram, som Arrow kunne have forsøgt at benytte, krænkede deres patenter.
- 615 Det skal bemærkes, at Kommissionen navnlig i 917. og 922.-924. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at det omhandlede udtryk gjorde det muligt for Lundbeck at nedlægge veto imod Arrows import eller salg af citalopram fremstillet efter en hvilken som helst proces, for så vidt som Lundbeck kunne begrænse sig til at erklære, at selskabet mente, at en given proces krænkede dets intellektuelle ejendomsrettigheder. Kommissionen bemærkede tillige, at den i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 fastsatte fremgangsmåde med stikprøveudtagning aldrig var blevet anvendt, idet Arrow ikke havde nogen interesse i at bestride Lundbecks anbringender angående resultatet af eventuelle prøver, og heller ikke i blot at forelægge Lundbeck aktive lægemiddelbestanddele til testning, så længe Lundbeck foretog de fastsatte betalinger.

616 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at Arrow, som Kommissionen med rette har bemærket – som svar på en anmodning om oplysninger fra Kommissionen af 18. december 2008, som sagsøgerne selv har fremlagt som bilag til stævningen, og som har været genstand for en debat i retsmødet – har anerkendt følgende:

»Den [i Arrow UK-aftalens punkt 1.1] fastsatte test er en subjektiv test, der vedrører en påstået krænkelse og ikke en fastslået krænkelse. Produkter indeholdende citalopram, i forhold til hvilke ingen retsinstans har fastslået, at der ikke er sket nogen krænkelse [af Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder], men som ikke reelt udgør en krænkelse [af disse rettigheder], kunne følgelig være blevet inkluderet i anvendelsesområdet [for det nævnte punkt], men dette er helt almindelig praksis i aftaler af denne art.«

617 Denne erklæring bekræfter Kommissionens synspunkt om, at Lundbeck i det væsentlige rådede over en vetoret. I modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, kan en sådan ret ikke anses for at svare til den situation, der angiveligt blev skabt ved den i præmis 240 ovenfor anførte Paroxetine-dom. Ud over de overvejelser, der er redegjort for i præmis 258-263 ovenfor, skal det således bemærkes, at den i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 fastsatte fremgangsmåde ikke indebærer en medvirken af en dommer, hvorimod dette oplagt er tilfældet i den situation, der er omhandlet i den nævnte dom, idet det skal præciseres, at det ikke synes realistisk, at en dommer vil vedtage en foreløbig forholdsregel alene på grundlag af anbringender fremsat af en indehaver af et angiveligt krænkert patent.

618 Det skal i øvrigt bemærkes, at forekomsten af denne vetoret ikke gør den del af Arrow UK-aftalens punkt 1.1, der omhandler »det nævnte Citalopram«, overflødig, eftersom Lundbeck i forhold til dette citalopram end ikke behøvede at udøve sin vetoret, idet de Arrow pålagte forbud vedrørende dette citalopram fandt anvendelse, uden at Lundbeck behøvede at foretage sig noget som helst, bortset fra at gennemføre de fastsatte betalinger.

619 Det forhold, at den i Arrow UK-aftalens punkt 1.1 fastsatte test på grund af sin subjektive karakter var ensbetydende med at give Lundbeck en vetoret, som Arrow var bevidst om, underbygges af, at denne test ikke blev benyttet i hele denne aftales løbetid. Selv om Arrow i denne aftales løbetid vedblev med at søge efter nye kilder til den aktive lægemiddelbestanddel, forelagde dette selskab således aldrig Lundbeck nogen stikprøver med henblik på Lundbecks undersøgelse af disse.

620 På dette punkt skal det for det første bemærkes, at Arrows søgen i dette øjemed kan forklares med et ønske om at indtræde på andre markeder end Det Forenede Kongerige. Dels forberedte Arrow således sin indtræden på det danske marked indtil tidspunktet for indgåelsen af den danske Arrow-aftale, som fandt sted flere måneder efter Arrow UK-aftalen. Dels interesserede Arrow sig som angivet af Kommissionen i 931. betragtning til den anfægtede afgørelse ligeledes for det svenske marked. For det andet havde Arrow brug for et alternativ til Tiefenbacher for at gennemføre sit projekt, der bestod i på sigt selv at kunne fremstille sine generiske citalopramtabletter ved at købe den aktive lægemiddelbestanddel direkte hos producenter, uden at gå via en mellemmand som Tiefenbacher, der omdannede denne aktive lægemiddelbestanddel til tabletter (jf. fodnote 1935 til den anfægtede afgørelse).

621 Sådanne former for søgen kunne i øvrigt henhøre under de tiltag, der blev gennemført for at forberede perioden efter udløbet af Arrow UK-aftalen, der indledningsvis var blevet indgået med en løbetid på under et år, og som efterfølgende blev forlænget i to omgange. Disse overvejelser gælder ligeledes med hensyn til det forhold, at Arrow i Arrow UK-aftalens løbetid ansøgte om en ændring af den markedsføringstilladelse, der vedrørte Ciplas og Matrix' aktive lægemiddelbestanddele, med henblik på, at denne tillige skulle dække Cipla II- og Matrix II-processerne.

- 622 Disse overvejelser giver grundlag for ligeledes at forkaste sagsøgernes argument om, at det forhold, at Arrow selv efter indgåelsen af Arrow UK-aftalen vedblev med at søge efter leverandører, der var i stand til at levere dette selskab en aktiv lægemiddelbestanddel, som ikke krænkede Lundbecks patenter, bekræfter, at denne aftale alene omhandlede det citalopram, som krænkede disse patenter.
- 623 Sagsøgerne har for det tredje anført, at Arrow UK-aftalen i medfør af engelsk ret, som regulerer denne aftale, skal fortolkes på grundlag af navnlig sin kommercielle målsætning, som var at tjene som erstatningsløsning i forhold til en ansøgning om et foreløbigt påbud ved en national domstol. Et sådant påbud kunne imidlertid kun have vedrørt de generiske citalopram, der krænkede Lundbecks patenter.
- 624 Det skal dog bemærkes, at den af sagsøgerne foretagne henvisning til de principper i engelsk ret, der angår fortolkningen af kontrakter, ikke ændrer ved den af Kommissionen fremførte fortolkning.
- 625 Der skal ganske vist erindres om, at et spørgsmål vedrørende fortolkningen af en medlemsstats nationale ret er et faktisk spørgsmål, i forhold til hvilket Retten i princippet er forpligtet til at foretage en fuldstændig efterprøvelse (præmis 258 ovenfor).
- 626 Lundbecks kommercielle målsætning, som Arrow ikke kunne være ubekendt med, var imidlertid at forhindre denne sidstnævnte i at indtræde på markedet med generisk citalopram. Dette var grunden til, at Lundbeck betalte Arrow en række beløb, der var knyttet til de fortjenester, som dette selskab håbede på at opnå ved sin indtræden på markedet. Under disse omstændigheder er det ikke overraskende, at parterne i Arrow UK-aftalen accepterede at tildele Lundbeck en vetoret, der tillige gjaldt det citalopram, der var fremstillet efter Cipla II- og Matrix II-processerne.
- 627 En sådan betaling var reelt vanskeligt forenelig med, at Arrow opretholdt friheden til at begynde at sælge andet citalopram end »det nævnte citalopram«, dvs. det, der var fremstillet efter Cipla I- eller Matrix I-processerne. Såfremt det havde forholdt sig anderledes, kunne Arrow således have draget fordel ikke blot af de af Lundbeck gennemførte betalinger, men tillige af fordelene ved en indtræden på markedet – f.eks. med det generiske citalopram, der var fremstillet efter Cipla II- eller Matrix II-processerne – mens Lundbeck måtte have påtaget sig såvel betalingerne som de tab, der fulgte af den nævnte indtræden.
- 628 Sagsøgerne har for det fjerde gjort gældende, at Kommissionen ikke kan drage nogen konsekvens med hensyn til Arrow UK-aftalens rækkevidde af punkt 3 i det andet tillæg til denne aftale, hvorefter sagsøgerne i tilfælde af, at Lagap-tvisten havde vist, at patentet på krystallisering var ugyldigt, skulle have betalt Arrow et beløb på 750 000 GBP for at få udleveret de tabletter, som dette selskab stadig havde på lager. Denne betaling var således begrundet i det forhold, at de omhandlede tabletters holdbarhed udløb i oktober 2003, således at det ikke var muligt for Arrow at sælge dem på markedet. Sagsøgerne har i øvrigt gjort gældende, at dette argument fra Kommissionen ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom det hverken er omtalt i den anfægtede afgørelse eller i klagepunktsmeddelelsen.
- 629 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at dette argument er irrelevant, eftersom den fortolkning af Arrow UK-aftalens rækkevidde, der er blevet anvendt i den anfægtede afgørelse, på ingen måde er baseret på punkt 3 i det andet tillæg til denne aftale. Det er således først for Retten, at Kommissionen har støttet sig på dette punkt, som den havde begrænset sig til at nævne i 441. betragtning til den anfægtede afgørelse uden at drage nogen konsekvenser heraf.
- 630 Det følger af samtlige de ovenstående betragtninger, at Kommissionen ikke begik nogen fejl ved at fortolke Arrow UK-aftalens punkt 1.1 således, at det tilsigtede at forhindre, at Arrow i denne aftales løbetid indtrådte på markedet i Det Forenede Kongerige, ikke kun med det generiske citalopram, som

dette selskab allerede havde bestilt eller købt hos Tiefenbacher, men tillige med ethvert andet generisk citalopram, som selskabet senere kunne have skaffet sig, herunder det, der var fremstillet efter Cipla II- og Matrix II-processerne.

631 Det foreliggende klagepunkt må derfor forkastes.

4. Den danske Arrow-aftale

632 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en åbenbart urigtig vurdering ved at fortolke den danske Arrow-aftale således, at denne forhindrede Arrow i at sælge enhver form for generisk citalopram i løbetiden for denne aftale, som alene vedrørte det citalopram, som krænkede deres patenter.

633 For det første omhandler den danske Arrow-aftales punkt 1.1 (jf. præmis 39, andet punkt, ovenfor), læst i lyset af præamblen til og den generelle sammenhæng for denne aftale, alene det citalopram, som Arrow allerede havde importeret, og som sagsøgerne havde underkastet laboratorietest. Der er derfor tale om det citalopram, der stammede fra Tiefenbacher, og som krænkede sagsøgernes patenter.

634 For det andet har sagsøgerne anført, at der efter dansk ret, som regulerer denne aftale, skal lægges særlig vægt på parternes fælles hensigt, som var at få overholdt sagsøgernes patenter. Den for brede fortolkning, som Kommissionen har anlagt, krænker derfor dansk ret.

635 For det tredje har sagsøgerne fremført argumenter, der svarer til dem, der er blevet fremført i forhold til Arrow UK-aftalen, navnlig hvad angår det forhold, at Arrow vedblev med at søge efter andre kilder til den aktive lægemiddelbestanddel og havde muligheden for at henvende sig til en national retsinstans, for at denne kunne træffe afgørelse om, at der eventuelt ikke var sket nogen krænkelse af sagsøgernes patenter.

636 For det fjerde har sagsøgerne gjort gældende, at såfremt den danske Arrow-aftale og Arrow UK-aftalen udgør en samlet og vedvarende overtrædelse, således som det hævdes i den anfægtede afgørelse, synes det ikke realistisk, at den førstnævnte ligeledes vedrører ikke-patentkrænkende citalopram, mens dette ikke er tilfældet med den sidstnævnte.

637 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

638 Der skal erindres om, at den danske Arrow-aftales punkt 1.1 har følgende ordlyd:

»Arrow [Group] accepterer i [den danske aftales løbetid] at annullere og at indstille al import, fremstilling, produktion, salg eller anden markedsføring på [Danmarks] område[...] af produkter indeholdende citalopram, som ifølge Lundbeck krænker dennes intellektuelle ejendomsrettigheder.«

639 Sagsøgerne har gjort gældende, at præamblen til den danske Arrow-aftale gør det muligt at forstå, at det nævnte punkt skal fortolkes således, at det alene henviser til det citalopram, som sagsøgerne allerede havde købt hos Tiefenbacher.

640 Det skal bemærkes, at den tredje og den femte betragtning i præamblen til den danske Arrow-aftale, læst i lyset af de præciseringer, som i forhold til disse er indeholdt i 986. betragtning til den anfægtede afgørelse, og som sagsøgerne ikke har anfægtet, ganske vist henviser til det forhold, at Arrow stod lige for at erhverve en markedsføringstilladelse, som ville have givet dette selskab mulighed for i Danmark at sælge generisk citalopram, der var fremstillet ud fra Ciplas eller Matrix' aktive

lægemiddelbestanddel, og som havde været genstand for laboratorietest fra Lundbecks side. I fjerde betragtning i denne præambel nævnes også Arrows hensigt om fra Tyskland til Danmark at eksportere citalopram i løs vægt, der stammede fra Tiefenbacher.

- 641 Selv om disse henvisninger forklarer den sammenhæng, i hvilken den danske Arrow-aftale blev til, er de dog ikke tilstrækkelige til at ændre det forhold, at denne aftales punkt 1.1 har en klar ordlyd, hvis rækkevidde ikke kan indskrænkes til den af sagsøgerne foreslåede.
- 642 Dersom parterne i denne aftale havde villet indskrænke rækkevidden af de af aftalen omfattede forpligtelser til det citalopram, som Arrow havde på lager, kunne de således have valgt en ordlyd tilpasset efter dette formål frem for at vælge en, der var meget bred, men hvis rækkevidde skulle begrænses af en fortolkning i lyset af betragtninger i præamblen, som ydermere ikke var formuleret i vendinger, der klart viste en vilje til at indføre begrænsninger.
- 643 Hvad nærmere bestemt angår den af sagsøgerne foretagne henvisning til vigtigheden af parternes fælles hensigt efter dansk ret, som regulerer den omhandlede aftale, skal det bemærkes, at sagsøgerne ikke er fremkommet med noget bevis for, at denne hensigt var forskellig fra den, der klart fremgik af aftalens tekst, og som betragtningerne i præamblen til denne aftale ikke skabte tvivl om.
- 644 Sagsøgernes argument om, at den danske Arrow-aftale – eftersom de to aftaler, som de indgik med Arrow, udgør en samlet og vedvarende overtrædelse – bør anerkendes at have en begrænset rækkevidde af hensyn til sammenhængen med Arrow UK-aftalen, kan i øvrigt heller ikke tiltrædes. Som det fremgår af den gennemgang, der er foretaget i præmis 605-630 ovenfor, har denne sidstnævnte aftale således ikke den begrænsede rækkevidde, som sagsøgerne har tillagt den.
- 645 Følgelig skal det konkluderes, at Kommissionen ikke foretog nogen åbenbart urigtig vurdering ved at fastslå, at den danske Arrow-aftales punkt 1.1 skulle fortolkes således, at Arrow i denne aftales løbetid ikke skulle indtræde på det danske marked med noget som helst generisk citalopram.
- 646 På baggrund af de ovenstående betragtninger skal det fjerde led forkastes.

5. Alpharma-aftalen

- 647 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en åbenbart urigtig vurdering ved at fastslå, at Alpharma-aftalen indeholdt et forbud for Alpharma mod at sælge enhver form for generisk citalopram i løbetiden for denne aftale, som alene vedrørte det generiske citalopram, der var fremstillet under krænkelse af Lundbecks patenter, herunder dem, der er anført i bilag A.
- 648 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 649 Det skal bemærkes, at Kommissionen navnlig i 1042., 1059. og 1061. betragtning til den anfægtede afgørelse fortolkede Alpharma-aftalens punkt 1.1 således, at Alpharma ved dette havde forpligtet sig til ikke at sælge noget citalopram i den relevante periode, eller i det mindste havde accepteret begrænsninger i sine muligheder for at sælge citalopram, som gik langt ud over dem, som Lundbeck på grundlag af sine nye patenter kunne have opnået ved anlæggelse af en sag for domstolene.
- 650 For det første skal ordlyden af Alpharma-aftalens punkt 1.1 ifølge sagsøgerne fortolkes i lyset af sammenhængen og det disponible bevismateriale, som giver grundlag for at konkludere, at det deri indeholdte ord »Citalopram« alene henviser til det citalopram, der krænkede deres patenter. Denne fortolkning følger af en læsning af præamblen til Alpharma-aftalen og af bilag A, som viser, at dette var hensigten hos parterne i denne aftale.

- 651 Der skal i denne forbindelse erindres om, at Alpharma-aftalens punkt 1.1 fastsætter, at Alpharma, inklusive dets »[d]atterselskaber«, »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 Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet. Det er tillige præciseret heri, at dette punkt ikke gælder for »ethvert produkt indeholdende escitalopram«.
- 652 Det må fastslås, at Alpharma-aftalen, herunder i punkt 1.1, overalt benytter ordet »Citalopram« skrevet med et stort »c«. Ligesådan benytter denne aftale ord skrevet med stort begyndelsesbogstav, når den gør brug af definerede udtryk, som det er tilfældet med ordene »Område« i anden betragtning i præamblen og »Datterselskaber« i det nævnte punkt 1.1. Disse definerede udtryk er imidlertid anvendt på eksplicit vis med en præcis definition af deres rækkevidde, som gives på det sted, hvor de forekommer første gang. Det er således klart, at »Område« er et ord, der benyttes for at henvise til den helhed, der udgøres af EU-medlemsstaterne, Norge og Schweiz, mens ordet »Datterselskaber« henviser til ethvert selskab, som direkte eller indirekte kontrollerer, kontrolleres eller er under fælles kontrol med Alpharma ApS.
- 653 Som anført af Kommissionen indeholder Alpharma-aftalen derimod ingen definition af ordet »Citalopram«, der giver grundlag for at tillægge dette en mere indskrænket betydning end den, der er specifik for den fælles internationale benævnelse citalopram, betragtet som aktiv lægemiddelbestanddel, der er anerkendt af Verdenssundhedsorganisationen (WHO).
- 654 Som Kommissionen med rette har bemærket i 1050. betragtning til den anfægtede afgørelse, bekræfter den omstændighed, at Alpharma-aftalens punkt 1.1, in fine, fastsætter, at dette punkt ikke finder anvendelse på escitalopram, i øvrigt, at parterne i denne aftale, da de ville begrænse omfanget af de forpligtelser, der følger af det nævnte punkt, gjorde det på eksplicit vis.
- 655 Selv om det af sagsøgerne fremførte manglende store »e« i ordet »escitalopram« viser en inkonsekvens i stavemåden for de ord, der er anvendt i Alpharma-aftalen for at henvise til aktive lægemiddelbestanddele, skal det i denne forbindelse imidlertid bemærkes, at denne omstændighed ikke er tilstrækkelig til at lægge til grund, at parterne i denne aftale har villet begrænse rækkevidden af ordet »Citalopram«.
- 656 Hvad dernæst angår præamblen til Alpharma-aftalen skal det bemærkes, at det fastsættes i første betragtning i denne præambel, at »Lundbeck er indehaver af intellektuelle ejendomsrettigheder, som særligt indbefatter patenter vedrørende fremstilling af den aktive lægemiddelbestanddel Citalopram, der indbefatter de patenter, der er gentaget i bilag A«.
- 657 Det fremgår af syvende betragtning i præamblen til Alpharma-aftalen, at Lundbeck havde iværksat Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet »i et forsøg på at opnå et påbud mod Alpharma[-koncernens] salg af produkter indeholdende Citalopram for krænkelse af Lundbecks intellektuelle ejendomsrettigheder«.
- 658 Endelig følger det af ottende betragtning i præamblen, at Alpharma anerkendte, at Lundbecks bemærkninger vedrørende den krænkelse, der var begået til skade for dette selskabs patenter, var korrekte, og at Alpharma forpligtede sig til ikke at bringe »sådanne produkter« i omsætning på markedet.
- 659 Det skal i denne forbindelse bemærkes, således som Kommissionen i det væsentlige har anført i 1047. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den blotte henvisning i første betragtning i præamblen til det forhold, at Lundbeck var indehaver af nogle patenter vedrørende »Citalopram«, hvorover en liste er indeholdt i bilag A, ikke giver grundlag for at konkludere, at parterne i Alpharma-aftalen – det være sig blot implicit – har villet indføre en definition i denne aftale af ordet »Citalopram«, der ikke stemmer overens med den, som normalt kan tillægges citalopram uden stort »c«, dvs. den aktive lægemiddelbestanddel citalopram, uanset hvilken proces der er blevet anvendt til at fremstille denne.

- ⁶⁶⁰ Som bemærket af Kommissionen i 1047.-1049. betragtning til den anfægtede afgørelse, gengives i syvende og ottende betragtning i præamblen desuden ganske vist den sammenhæng, hvori Alpha-aftalen blev til, men disse betragtninger er ikke afgørende for at kunne tillægge ordet »Citalopram« en begrænset betydning. Syvende betragtning er således for det første ikke affattet i vendinger, som definerer det nævnte ord, men henviser til den begæring om et påbud, der blev fremsat med henblik på at forbyde salget af produkter indeholdende »Citalopram« på grund af krænkelsen af patenter tilhørende Lundbeck. Selv hvis det antages, at udtrykket »sådanne produkter« i ottende betragtning udelukkende betegner produkter indeholdende det citalopram, der var blevet syntetiseret efter processer, der var omfattet af den nævnte begæring, og som Alpha anerkendte havde en patentkrænkende karakter, giver denne omstændighed for det andet ikke grundlag for at konkludere, at ordet »Citalopram« i hele Alpha-aftalen, herunder punkt 1.1, alene inkluderede disse produkter.
- ⁶⁶¹ I fraværet af klare begrænsninger i betydningen af det ord »Citalopram«, der følger af præamblen, er det derfor ikke muligt at lægge til grund, at parterne i denne aftale ved blotte henvisninger til forhistorien til indgåelsen af Alpha-aftalen har villet begrænse rækkevidden af de forpligtelser, som Alpha påtog sig, til alene det citalopram, for hvilket det var anerkendt, at det var blevet fremstillet under krænkelse af Lundbecks nye patenter.
- ⁶⁶² Sagsøgerne har for det andet påberåbt sig det forhold, at den nævnte aftale tilsigtede at løse en konflikt mellem dem og Alpha, der netop vedrørte Alphas krænkelse af deres patenter. Sagsøgerne har ligeledes henvist til betydningen af Lagap-tvisten.
- ⁶⁶³ Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at det forhold, at Alpha-aftalen kom til efter sagsøgernes iværksættelse af Alpha-patentkrænkelsessøgsmålet, som specifikt vedrørte de tabletter, som denne virksomhed allerede havde modtaget eller bestilt, ikke betyder, at de i denne aftales punkt 1.1 fastsatte forpligtelser på trods af dette punkts brede affattelse skal fortolkes som værende begrænset til det, som sagsøgerne kunne have opnået ved det nævnte søgsmål. For det andet afsluttede Alpha-aftalen ikke dette søgsmål, der blot blev stillet i bero i Alpha-aftalens løbetid uden nogen garanti for, at det ville blive frafaldet ved dennes udløb. Alpha-aftalen fastsætter således på ingen måde, at Lundbeck efterfølgende skulle undlade at retsforfølge Alpha-koncernen for krænkelse af selskabets patenter. Ydermere fremgår det af den erklæring fra Lundbeck, der er gengivet i 80. betragtning til den anfægtede afgørelse, at dette selskab ikke fandt, at de omtvistede aftaler, herunder Alpha-aftalen, gav grundlag for at afslutte en tvist. For det tredje kan Lagap-tvisten, der, som det fremgår af 63. betragtning til den anfægtede afgørelse, blev indledt i oktober 2002, ikke have haft nogen indvirkning på rækkevidden af de forpligtelser, der følger af Alpha-aftalens punkt 1.1.
- ⁶⁶⁴ Sagsøgerne har for det tredje henvist til en erklæring, som Alphas administrerende direktør med ansvar for den relevante sag afgav til pressen den 28. februar 2002 (herefter »erklæringen af 28. februar 2002«), hvori det nævntes, at lanceringen af det generiske citalopram blev udskudt, men at det ikke var udelukket, at den kunne finde sted ved slutningen af sommerferien, såfremt de vanskeligheder, der fulgte af Lundbecks nye patenter, i mellemtiden blev løst. Henset til Alpha-aftalens løbetid bekræfter denne erklæring, at Alpha-aftalens punkt 1.1 ikke omhandlede enhver type citalopram.
- ⁶⁶⁵ Det skal bemærkes, at Alpha med erklæringen af 28. februar 2002 i hovedtrækkene meddelte over for pressen, at dette selskab udskød salgene af citalopram i det mindste indtil slutningen af sommerferieperioden, og at det i givet fald kunne opgive projektet vedrørende disse salg med den begrundelse, at dets beholdning udgjorde et problem i henseende til Lundbecks patenter. Alpha tilføjede, at selskabet måtte søge efter en anden producent af den aktive lægemiddelbestanddel og indhente de nødvendige tilladelser.

- 666 Som anført af Kommissionen i 1055. betragtning til den anfægtede afgørelse, skal det i denne forbindelse bemærkes, at denne erklæring, som blev afgivet efter indgåelsen af Alpharma-aftalen, viser ændringen af Alpharmas planer som værende en konsekvens af en ensidig beslutning fra dette selskabs side, som var uafhængig af de i Alpharma-aftalen fastsatte betalinger. På baggrund af de betragtninger, der er redegjort for i præmis 138 og 139 ovenfor, kan en sådan erklæring derfor ikke tillægges en stor beviskraft, og det så meget desto mindre, som at Alpharma, som hemmeligt havde accepteret de begrænsninger i sin kommercielle selvstændighed, som fulgte af Alpharma-aftalen, til gengæld for de deri fastsatte betalinger, skulle begrunde – det være sig blot over for sine potentielle kunder – ændringerne i de planer, som dette selskab forinden havde meddelt. Det følger heraf, at erklæringen af 28. februar 2002 ikke er et vigtigt element i sammenhængen med henblik på at fortolke rækkevidden af Alpharma-aftalen.
- 667 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at selv om Alpharma omtalte den eventuelitet at indtræde på markedet efter sommeren, nævnte selskabet ligeledes muligheden for at afstå fra projektet, hvilken mulighed er i overensstemmelse med den af Kommissionen anlagte fortolkning af Alpharma-aftalen.
- 668 Under disse omstændigheder giver denne erklæring ikke grundlag for at konkludere, at Alpharma-aftalens punkt 1.1 alene vedrørte det citalopram, der var fremstillet efter processer, hvis patentkrænkende karakter var anerkendt.
- 669 Sagsøgerne har for det fjerde henvist til Alpharma-forligskendelsen (jf. præmis 45 ovenfor), hvis indhold er relevant for fortolkningen af Alpharma-aftalens punkt 1.1, for så vidt som denne kendelse blev afsagt for at afslutte Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet. Sagsøgerne har i denne anledning fremhævet, at denne kendelse præciserer, at rækkevidden af de Alpharma påhvilende begrænsninger er begrænset til det citalopram, som krænker deres patenter. Sagsøgerne har i øvrigt bestridt det synspunkt, der er blevet fremsat i den anfægtede afgørelse, om, at Alpharma-forligskendelsen blev affattet i mindre restriktive vendinger end dem i Alpharma-aftalens punkt 1.1, idet det ellers ville have været vanskeligt, at en domstol godkendte den. Sagsøgerne har bemærket, at det ligeledes ville have været vanskeligt, at en domstol sikrede overholdelsen af det nævnte punkt således som fortolket af Kommissionen.
- 670 Det er i denne forbindelse ganske vist rigtigt, at Alpharma-forligskendelsen af 2. maj 2002 er affattet i de af sagsøgerne anførte vendinger (præmis 45 ovenfor), som klart rummer begrænsninger i Alpharmas adfærd, der er mindre omfattende end dem, som følger af Alpharma-aftalens punkt 1.1 således som fortolket af Kommissionen i den anfægtede afgørelse.
- 671 Det er ligeledes rigtigt, at der består en forbindelse mellem denne kendelse og Alpharma-aftalen. Kendelsen blev således afsagt for at stille Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet i bero med netop den begrundelse, at den nævnte aftale var blevet indgået.
- 672 Disse omstændigheder er dog ikke tilstrækkelige til at anlægge en fortolkning af Alpharma-aftalens punkt 1.1, som stemmer overens med rækkevidden af Alpharma-forligskendelsen.
- 673 Som bemærket af Kommissionen i 1054. betragtning til den anfægtede afgørelse, er der således tale om to adskilte retlige instrumenter. Det, der har betydning for, at Alpharma-aftalen kunne udgøre berettigelsen for Alpharma-forligskendelsen, er, at de forpligtelser, som Alpharma accepterede i henhold til Alpharma-aftalen, var tilstrækkelige til, at Lundbeck i denne aftales løbetid ikke længere havde nogen interesse i at fortsætte Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet, som var begrænset til spørgsmålet om, hvorvidt Alpharma allerede var i færd med at krænke Lundbecks nye patenter. Denne betingelse er imidlertid opfyldt, selv om Alpharma-aftalens rækkevidde overgår den nævnte kendelses rækkevidde.

- 674 Eftersom det ikke var nødvendigt at blotlægge Alpharma-aftalens eksakte rækkevidde over for den nationale retsinstans, der afsagde Alpharma-forligskendelsen, er det i øvrigt helt rimeligt, at parterne i denne aftale begrænsede sig til i den tekst til kendelsen, som de forelagde denne retsinstans, at gentage de af denne aftale følgende forpligtelser, som var relevante med henblik på proceduren i Alpharma-patentkrænkelssøgsmålet. Den manglende direkte overensstemmelse mellem Alpharma-aftalen og Alpharma-forligskendelsen bekræftes for øvrigt af, at denne kendelse ikke indeholder nogen omtale af det forhold, at denne aftale indebar en omvendt betaling til fordel for Alpharma, på trods af, at der var tale om en grundlæggende faktor for indgåelsen af denne.
- 675 Det følger heraf, at Alpharma-forligskendelsen ikke giver grundlag for at fortolke Alpharma-aftalens punkt 1.1 i den af sagsøgerne foreslåede retning.
- 676 Sagsøgerne har for det femte henvist til en email af 12. marts 2002 fra en af deres overordnede medarbejdere, der var involveret i sagen (herefter »emailen af 12. marts 2002«), som meddelte, at han, selv om der bestod megen uvished, ikke troede, at Alpharma ville indtræde på markedet i Det Forenede Kongerige i en overskuelig fremtid. Ifølge sagsøgerne ville der ikke have bestået nogen uvished, dersom Alpharma-aftalens punkt 1.1 havde den rækkevidde, som Kommissionen tillagde den.
- 677 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den nævnte email udgør en besvarelse af en anden email, hvori der omtaltes en prisliste fra Alpharma vedrørende citalopram, og hvori modtageren af denne email anmodedes om hos Alpharma at undersøge, hvorledes det forholdt sig desangående. Eftersom ophavsmanden til emailen af 12. marts 2002 i sin besvarelse af denne anmodning angav, at det sandsynligvis drejede sig om en gammel prisliste, og præciserede ikke at have kontaktet Alpharma om dette spørgsmål, er der ifølge Kommissionen intet i denne email, der giver grundlag for at ændre den fortolkning af Alpharma-aftalens rækkevidde, der er anlagt i den anfægtede afgørelse.
- 678 Såfremt Alpharma-aftalen som anført af sagsøgerne havde en rækkevidde begrænset til det citalopram, der var fremstillet ud fra Cipla I-processen, og som Alpharma allerede havde modtaget eller bestilt, burde sagsøgerne således have bekymret sig om den nævnte prisliste, således at ophavsmanden til emailen af 12. marts 2002 sandsynligvis ville have taget initiativer til at fastslå, hvorvidt Alpharma allerede havde kunnet skaffe sig citalopram, der var fremstillet ud fra andre processer, og som ikke ville have været omfattet af de forpligtelser, der fulgte af den således fortolkede Alpharma-aftale. Det forhold, at ophavsmanden til den nævnte email ikke efterkom den anmodning, som han havde modtaget fra sin kollega, samtidig med at vedkommende angav, at han ikke troede, at Alpharma ville indtræde på markedet i en overskuelig fremtid, fører derfor til at antage, at han var af den opfattelse, at Alpharma-aftalen ikke kun vedrørte det citalopram, der var fremstillet ud fra Cipla I-processen.
- 679 Eftersom der alene er tale om hypoteser, skal det dog anføres, at emailen af 12. marts 2002 ikke giver mulighed for at drage nogen egentlige konklusioner om Alpharma-aftalens rækkevidde. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen ikke støttede sig på denne email for at underbygge sin fortolkning af Alpharma-aftalen, men at den udelukkende omtalte den i den anfægtede afgørelse for at forkaste et argument, som sagsøgerne havde fremsat til støtte for deres fortolkning af den nævnte aftale.
- 680 På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger må det lægges til grund, at Kommissionen i retligt tilstrækkeligt omfang har bevist, at en ordlyds-, sammenhængs- og formålsfortolkning af Alpharma-aftalen gav grundlag for at konkludere, at de forpligtelser, som Alpharma havde påtaget sig i medfør af denne aftales punkt 1.1, ikke var begrænset til det citalopram, der var fremstillet ud fra processer, som Alpharma og Lundbeck havde anerkendt krænkede denne sidstnævntes nye patenter. Disse forpligtelser vedrørte således ikke kun det citalopram, som Alpharma allerede havde på lager, og som var fremstillet ud fra Cipla I-processen, men tillige det citalopram, som dette selskab havde bestilt eller ville have bestilt hos Tiefenbacher, uafhængigt af den proces, der blev benyttet af den producent af den aktive lægemiddelbestanddel, som forsynede denne sidstnævnte.

681 Denne fortolkning af Alpharma-aftalens punkt 1.1 giver grundlag for at fastslå, at de forpligtelser, som Alpharma deri havde påtaget sig, gik ud over dem, som Lundbeck kunne have opnået i medfør af sine nye patenter.

682 Eftersom det ikke er lykkedes sagsøgerne at modbevise de forhold, der har givet Kommissionen grundlag for at bevise, at Alpharma-aftalen for Alpharma indeholdt begrænsninger, der gik ud over dem, som sagsøgerne kunne have opnået ved at støtte sig på deres nye patenter og ved i denne forbindelse at få medhold i tilfælde af en retssag, skal nærværende led forkastes.

6. Ranbaxy-aftalen

683 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en åbenbart urigtig vurdering ved at fastslå, at Ranbaxy-aftalen indeholdt et forbud for Ranbaxy mod at sælge ikke blot det citalopram, der var fremstillet ud fra den proces, som dette selskab allerede anvendte, men tillige det, der var fremstillet ud fra processer, som det kunne have udviklet i denne aftales løbetid.

684 Kommissionen har bestridt denne fortolkning.

685 Sagsøgerne har i denne forbindelse for det første gjort gældende, at Ranbaxy-aftalens punkt 1.1 (jf. præmis 48, første punkt, ovenfor), når det angiver »nogen af Ranbaxy anvendt fremstillingsmetode«, ikke henviser til de metoder, som Ranbaxy havde mulighed for at udvikle efter indgåelsen af Ranbaxy-aftalen, og som muligvis ikke ville have krænket deres patenter, hvilken mulighed i øvrigt ikke eksisterede. Ifølge sagsøgerne er den af Kommissionen anlagte fortolkning uforenelig med betragtningerne i Ranbaxy-præamblen og med omstændighederne omkring indgåelsen af denne aftale.

686 Der skal erindres om, at de forpligtelser, som Ranbaxy påtog sig i henhold til Ranbaxy-aftalen, er dem, der er indeholdt i denne aftales punkt 1.1, som har følgende ordlyd:

»Med forbehold af de i [denne aftale] fastsatte betingelser og betalinger fra Lundbeck gør Ranbaxy Laboratories ikke krav på nogen rettighed vedrørende [p]atentansøgningen [omhandlet i præamblen] eller vedrørende nogen af Ranbaxy Laboratories anvendt fremstillingsmetode, og annullerer, standser og afstår fra fremstilling eller salg af farmaceutiske præparater baseret på disse [i bl.a. EØS] i denne aftales løbetid [...].«

687 Det skal bemærkes, at Kommissionen navnlig i 1131.-1137. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede, at udtrykket »nogen af Ranbaxy Laboratories anvendt fremstillingsmetode« ikke kun dækkede den proces, som Ranbaxy allerede anvendte ved indgåelsen af Ranbaxy-aftalen, men tillige de processer, som dette selskab efterfølgende kunne have udviklet i denne aftales løbetid.

688 Sagsøgerne har bestridt denne fortolkning og gjort gældende, at det nævnte udtryk alene tager sigte mod de processer, som Ranbaxy allerede rådede over ved indgåelsen af Ranbaxy-aftalen.

689 Hvad angår ordlyden af det nævnte punkt skal det bemærkes, at brugen af udtrykket »nogen [...] metode« i sig selv giver grundlag for at fastslå, at der ikke kun var tale om de metoder, som Ranbaxy allerede anvendte, da dette selskab underskrev denne aftale, og at de metoder, som selskabet efterfølgende kunne have udviklet, ligeledes var omfattet, således som angivet af Kommissionen i den anfægtede afgørelse.

690 Det skal dog efterprøves, om den nævnte fortolkning afkræftes af andre forhold, der følger af selve Ranbaxy-aftalen eller af den sammenhæng, hvori denne blev til.

- ⁶⁹¹ Sagsøgerne har i denne forbindelse for det første bemærket, at femte og sjette betragtning i præamblen til Ranbaxy-aftalen omtaler de patentansøgninger, som Ranbaxy havde indgivet i Indien (tredje betragtning), og som efter deres opfattelse – baseret på af resultater af laboratorieanalyser – angik processer, der krænkede deres patenter på amid og jod.
- ⁶⁹² Der er dog her tale om oplysninger, som forklarer den sammenhæng, hvori Ranbaxy-aftalen blev til, men som ikke er tilstrækkelige til at rejse tvivl om, at Ranbaxy-aftalens punkt 1.1, henset til sin klare ordlyd, ikke indeholder nogen begrænsninger vedrørende de processer, der er omfattet af de forpligtelser, som Ranbaxy accepterede. Såfremt parterne i denne aftale havde villet begrænse rækkevidden af disse forpligtelser til de processer, der svarede til Ranbaxys patentansøgninger, kunne de imidlertid have valgt en ordlyd tilpasset dette formål, frem for at vælge en ordlyd, der var meget bred, men som måtte få sin rækkevidde indskrænket af en konstruktiv fortolkning i lyset af præamblen til samme aftale.
- ⁶⁹³ For det andet bekræfter den sammenhæng, hvori Ranbaxy-aftalen blev indgået, den i præmis 690 ovenfor anlagte fortolkning af denne aftales punkt 1.1. Som Kommissionen i det væsentlige har anført i navnlig 130.-132., 140., 204. og 206. betragtning til den anfægtede afgørelse, ville Lundbeck således forsinke en indtræden af det generiske citalopram på markedet for at skabe de bedst mulige vilkår for lanceringen af sit nye lægemiddel, Cipraxex, som var beskyttet af et patent (jf. præmis 22 ovenfor).
- ⁶⁹⁴ På baggrund af denne målsætning synes det ikke realistisk, at sagsøgerne skulle have accepteret at betale Ranbaxy de beløb, der var fastsat i Ranbaxy-aftalen, såfremt denne aftale havde tilladt Ranbaxy at fremstille og sælge generisk citalopram ved hjælp af andre processer end dem, der var omfattet af deres i Indien indgivne patentansøgninger. Det er reelt lidet sandsynligt, at Lundbeck ville have indgået en med omkostninger forbundet aftale, såfremt denne ikke havde indebåret en vished for, at Ranbaxy ville forblive uden for markedet med sit generiske citalopram i denne aftales løbetid, i løbet af hvilken Lundbeck regnede med at påbegynde markedsføringen af Cipraxex.
- ⁶⁹⁵ Selv om det er rigtigt, at Ranbaxy ikke delte sagsøgernes målsætning vedrørende Cipraxex, forholder det sig ikke desto mindre således, at dette selskab ikke kunne være uvidende om denne målsætning, og at det fremfor alt klart havde en interesse i at opnå bestemte beløb snarere end at løbe de risici, som dets indtræden på markedet ville have indebåret.
- ⁶⁹⁶ Disse betragtninger giver grundlag for ligeledes at forkaste det argument fra sagsøgerne, ifølge hvilket Kommissionen i medfør af svensk ret, som regulerede Ranbaxy-aftalen, burde have taget et større hensyn til den fælles hensigt hos parterne i denne aftale.
- ⁶⁹⁷ Det følger af det ovenstående, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den navnlig i 1137. og 1172. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede, at de forpligtelser, som Ranbaxy accepterede i henhold til Ranbaxy-aftalens punkt 1.1, tillige læst i lyset af deres sammenhæng, ikke var begrænset til det citalopram, der var fremstillet ud fra de processer, som dette selskab anvendte på tidspunktet for underskrivelsen af denne aftale, således at disse forpligtelser gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter.
- ⁶⁹⁸ Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at Kommissionens fortolkning ikke er forenelig med denne institutions anerkendelse af, at det fortsat stod Ranbaxy frit for at sælge citalopram, der krænkede deres patenter, forudsat at den aktive lægemiddelbestanddel, der blev anvendt til dets fremstilling, stammede fra en tredjepart.
- ⁶⁹⁹ Som Kommissionen med rette har bemærket, har det i denne forbindelse kun mindre at sige, at denne institution i 694. betragtning til den anfægtede afgørelse har anerkendt, at Ranbaxy-aftalen ikke forhindrede Ranbaxy i at sælge farmaceutiske præparater indeholdende citalopram, forudsat at den til dette formål anvendte aktive lægemiddelbestanddel stammede fra en tredjepart. De forpligtelser, som Ranbaxy ifølge den af Kommissionen anlagte fortolkning af Ranbaxy-aftalens punkt 1.1 accepterede,

og som vedrørte salget af citalopram, som denne virksomhed selv havde fremstillet, er således ikke knyttet til den rent teoretiske mulighed, at Ranbaxy skulle sælge produkter indeholdende citalopram, der stammede fra andre producenter af den aktive lægemiddelbestanddel. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Ranbaxy indledningsvis var en producent af den aktive lægemiddelbestanddel, således at dette selskab ikke havde nogen interesse i at skaffe sig den aktive lægemiddelbestanddel andetsteds for at fremstille citalopramtabletter i form af færdigprodukter.

700 Sagsøgerne har for det tredje anført, at Ranbaxy-aftalens punkt 1.4 (jf. præmis 48, sidste punkt, ovenfor) ikke forhindrede Ranbaxy i at bestride gyldigheden af deres patenter. Et søgsmål med påstand om underkendelse af et patent er således ikke »støttet« på dette patent, hvorimod dette punkt angiver en forpligtelse til ikke at anlægge søgsmål »støttet« på de patenter, der er nævnt i Ranbaxy-aftalen. Det eneste forbud for Ranbaxy angår muligheden for at anlægge et søgsmål mod sagsøgerne for krænkelse af de patenter, som dette selskab havde ansøgt om i Indien.

701 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at disse argumenter er irrelevante som følge af, at kvalificeringen af de omtvistede aftaler som konkurrencebegrænsninger på grund af formålet, som det fremgår af præmis 399 og 400 ovenfor, ikke hviler på tilstedeværelsen i disse aftaler af ikke-bestridelsesklausuler. Ydermere fremgår det klart af 1174. betragtning, at tilstedeværelsen af en sådan klausul i Ranbaxy-aftalen ikke er blevet omtalt af Kommissionen som en af de relevante faktorer i forhold til at konkludere, at der forelå en overtrædelse på grund af formålet.

702 Det skal under alle omstændigheder anføres, at det i Ranbaxy-aftalens punkt 1.4 indeholdte udtryk »forpligter sig til ikke at anlægge søgsmål [...] støttet på noget ovenfor [...] omhandlet patent« er tilstrækkeligt fleksibelt til, at det er muligt heri at inkludere søgsmål til bestridelse af gyldigheden af de omhandlede patenter. Det skal i øvrigt bemærkes, at Ranbaxy ikke bestred gyldigheden af disse patenter i Ranbaxy-aftalens løbetid.

703 Sagsøgerne har for det fjerde hævdet, at det klagepunkt, der angår Ranbaxy-aftalens punkt 1.4, først blev fremsat i fremstillingen af de faktiske omstændigheder og ikke allerede i klagepunktsmeddelelsen, hvilket tilsidesatte deres ret til forsvar.

704 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgerne har anerkendt, at denne klausul og den fortolkning, som Kommissionen foretog heraf i den anfægtede afgørelse, var indeholdt i den fremstilling af de faktiske omstændigheder, som de besvarede, herunder på dette punkt. Det følger heraf, at sagsøgerne havde muligheden for at udtale sig i denne henseende, således at deres ret til forsvar ikke blev tilsidesat (jf. i denne retning dom af 20.3.2002, LR AF 1998 mod Kommissionen, T-23/99, Sml., EU:T:2002:75, præmis 190 og den deri nævnte retspraksis).

705 Følgelig skal det foreliggende led samt det sjette anbringende i sin helhed forkastes.

III – Det syvende anbringende om, at der blev foretaget en åbenbart urigtig vurdering derved, at effektivitetsgevinsterne ved de omtvistede aftaler ikke blev korrekt opgjort

706 Sagsøgerne har anført, at de i forbindelse med deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen gjorde gældende, at de omtvistede aftaler fremmede konkurrencen, eftersom aftalerne om en mindelig løsning dels sikrede motivationen til at innovere, dels kunne lette en tidligere indtræden for de generiske lægemidler. Kommissionen undlod at undersøge disse argumenter på det påkrævede niveau. De redegørelser, som Kommissionen senere fremlagde i sit svarskrift, kan desuden ikke antages til realitetsbehandling.

707 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

- 708 Det skal bemærkes, at Kommissionen i 1212. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse undersøgte den eventuelle anvendelse af artikel 101, stk. 3, TEUF på de omtvistede aftaler.
- 709 Kommissionen anførte således med rette, at artikel 101, stk. 3, TEUF gav virksomhederne mulighed for at forsvare sig mod forekomsten af en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF ved at påvise, at fire betingelser var opfyldt:
- For det første skal den omhandlede aftale bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling.
 - For det andet må den omhandlede aftale ikke pålægge begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål.
 - For det tredje skal den give forbrugerne en rimelig andel af de opnåede fordele.
 - For det fjerde må den ikke give disse virksomheder mulighed for at udelukke hele konkurrencen eller en væsentlig del af denne for de pågældende varer.
- 710 Artikel 2 i forordning nr. 1/2003 fastsætter, i lighed med retspraksis (jf. i denne retning dom af 6.10.2009, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, Sml., EU:C:2009:610, præmis 82), at det påhviler den part, der påberåber sig anvendelsen af artikel 101, stk. 3, TEUF, ved overbevisende argumenter og beviser at godtgøre, at de betingelser, der kræves for at være begunstiget af en fritagelse, er opfyldt.
- 711 Det skal bemærkes, at bevisbyrden således påhviler den virksomhed, som anmoder om en fritagelse i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF. Imidlertid kan de faktiske omstændigheder, som denne virksomhed har påberåbt sig, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at bevisbyrden er blevet løftet (jf. i denne retning dommen i sagen GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., nævnt i præmis 711 ovenfor, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).
- 712 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, undersøgte Kommissionen i den anfægtede afgørelse på det påkrævede niveau de forskellige argumenter, som de generiske virksomheder såvel som sagsøgerne havde fremført i løbet af den administrative procedure.
- 713 Hvad for det første angår argumentet om, at de omtvistede aftaler fremmede sagsøgernes tilskyndelse til at innovere, forholder det sig således, at selv om det er rigtigt, at Kommissionen ikke specifikt undersøgte et sådant argument i den del af afgørelsen, der angik undersøgelsen af anvendeligheden af artikel 101, stk. 3, TEUF, skal det, som Kommissionen har gjort det, bemærkes, at sagsøgerne i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen begrænsede sig til, på generel vis og ved at støtte sig på en økonomisk undersøgelse, at hævde, at mindelige løsninger på patentområdet sikrede tilskyndelsen til at innovere, uden dog at redegøre for, hvorledes de omtvistede aftaler i det foreliggende tilfælde skulle have bidraget til frembringe en sådan tilskyndelse, som gik videre end den lovgivningsmæssige beskyttelse, der er knyttet til patenter, og ej heller hvorledes de fire betingelser for anvendelsen af artikel 101, stk. 3, TEUF var opfyldt i det foreliggende tilfælde. Den af sagsøgerne fremførte undersøgelse rejste således yderligere tvivl om selve anvendeligheden af artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som den bestred, at mindelige aftaler på patentområdet, såsom de omtvistede aftaler, kan have negative virkninger for forbrugerne. Idet Kommissionen allerede havde forkastet dette argument i forbindelse med undersøgelsen af, om der bestod en konkurrencebegrænsning på grund af formålet (710.-713. betragtning til den anfægtede afgørelse), var den følgelig ikke forpligtet til at undersøge det på ny i forhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, da der ikke forelå mere understøttede argumenter i denne henseende.

- 714 Under alle omstændigheder er det i det foreliggende tilfælde åbenbart, at de omtvistede aftaler, som indebar en forsinkelse af de generiske lægemidlers indtræden på markedet ved hjælp af omvendte betalinger, ikke var nødvendige for at sikre sagsøgernes tilskyndelse til at innovere. Det er desuden vanskeligt at se, hvilke fordele sådanne aftaler skulle have skabt for forbrugerne. Endelig er betingelsen om, at der ikke sker en udelukkelse af hele konkurrencen, heller ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, eftersom de generiske virksomheder på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler var potentielle konkurrenter, og idet de imod betaling havde forpligtet sig til ikke at indtræde på markedet i de nævnte aftalers løbetid.
- 715 Det må derfor fastslås, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den ikke i den anfægtede afgørelse foretog nogen yderligere undersøgelse i forhold til artikel 101, stk. 3, TEUF af det argument fra sagsøgerne, der vedrørte de omtvistede aftalers tilskyndelse til at innovere.
- 716 Hvad for det andet angår udsagnet om, at de omtvistede aftaler gav mulighed for at sikre en hurtigere indtræden for de generiske lægemidler på markedet, var det med rette, at Kommissionen i 1228.-1230. betragtning til den anfægtede afgørelse forkastede dette, idet den fandt, at det ikke var underbygget af de faktiske omstændigheder, eftersom de omtvistede aftaler ikke indebar noget tilsagn fra Lundbeck om at tillade de generiske lægemidlers indtræden på markedet ved disse aftalers udløb, og idet de reelt forhindrede en potentielt umiddelbar indtræden for disse på markedet.
- 717 Det fremgår således af sagsakterne, og navnlig af indholdet af de omtvistede aftaler, at disse aftaler ikke fastsatte nogen præcis dato, på hvilken de generiske virksomheder kunne være indtrådt på markedet inden udløbet af Lundbecks patenter. Som fastslået af Kommissionen i 662. betragtning til den anfægtede afgørelse, indeholdt de omtvistede aftaler intet tilsagn fra Lundbeck om ikke at anlægge patentkrænkelssøgsmål i tilfælde af de generiske lægemidlers indtræden efter disses udløb. De omtvistede aftaler har derfor ikke reelt løst en patenttvist eller muliggjort en hurtigere indtræden for de generiske lægemidler på markedet, som anført af sagsøgerne, men har blot givet Lundbeck mulighed for at vinde tid ved at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet imod betaling af store beløb til de generiske virksomheder.
- 718 For det tredje er udsagnet om, at de omtvistede aftaler gjorde det muligt at undgå store procesomkostninger eller divergerende retsafgørelser, heller ikke underbygget af de faktiske omstændigheder, eftersom disse aftaler ikke gav grundlag for at afslutte den underliggende patenttvist mellem parterne i disse aftaler, idet det ikke var udelukket, at Lundbeck kunne iværksætte søgsmål mod de generiske virksomheder ved disses udløb, herunder ved forskellige retsinstanser beliggende i forskellige EØS-stater. De af sagsøgerne fremførte tal, der giver udtryk for flere mio. euro i sparede procesomkostninger for hele EØS, er følgelig ikke relevante, for så vidt som det ikke fremgår, at disse omkostninger ganske afgjort ville være påløbet uden de omtvistede aftaler. Selv om det endelig er rigtigt, at Lundbeck ikke har anlagt noget søgsmål efter udløbet af disse aftaler, er det primært fordi et sådant søgsmål ikke længere havde nogen interesse for Lundbeck, eftersom andre generiske virksomheder, såsom Lagap i Det Forenede Kongerige, allerede var indtrådt på markedet på dette tidspunkt.
- 719 Selv hvis det antages, at de omtvistede aftaler har gjort det muligt at undgå visse omkostninger forbundet med potentielle søgsmål ved forskellige retsinstanser, har sagsøgerne under alle omstændigheder ikke påvist, på hvilken måde de konkurrencebegrænsninger, der fulgte af disse aftaler, var nødvendige for at nå dette mål, når det var muligt at indgå andre typer mindelige løsninger, som ikke frembød nogen konkurrencebegrænsende karakter (jf. præmis 351 og 530 ovenfor). Sagsøgerne har heller ikke redegjort for, hvorledes disse aftaler sikrede forbrugerne en rimelig andel af de angiveligt opnåede fordele.
- 720 Det må derfor fastslås, at Kommissionen hverken begik nogen fejl eller tilsidesatte bevisbyrdereglerne, da den konkluderede, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, TEUF ikke var opfyldt i den foreliggende sag.

721 Følgelig skal det syvende anbringende forkastes.

IV – Det ottende anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af retten til forsvar

722 Sagsøgerne har gjort gældende, at der i den anfægtede afgørelse er sket en tilsidesættelse af deres ret til forsvar, derved, at Kommissionen har ændret de grundlæggende elementer i den i klagepunktsmeddelelsen påståede overtrædelse uden først at høre sagsøgerne. De har ikke kunnet modbevise det af Kommissionen anførte om, at de generiske virksomheder var deres potentielle konkurrenter til trods for den eventuelle eller sandsynlige krænkelse af deres patenter, og heller ikke Kommissionens synspunkt om, at de omvendte betalinger i sig selv var tilstrækkelige til at godtgøre, at de omtvistede aftaler udgjorde overtrædelser på grund af formålet. Kommissionen burde i øvrigt have givet sagsøgerne mulighed for at få aktindsigt i dens korrespondance med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, eftersom denne korrespondance kunne indeholde diskulperende bevismateriale.

A – Det første led

723 Sagsøgerne finder, at den fuldstændige omarbejdelse af Kommissionens teori krænker deres ret til at blive hørt. De har anført, at det følger af retspraksis, at selv om alle de faktiske omstændigheder, som Kommissionen tog hensyn til i den anfægtede afgørelse, allerede indgik i klagepunktsmeddelelsen, blev retten til forsvar ikke overholdt, da disse faktiske omstændigheder blev gentaget i forskellige punkter i denne klagepunktsmeddelelse, uden at der blev påvist nogen forbindelse mellem dem, eller at Kommissionen gav dem nogen som helst kvalificering.

724 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at den anfægtede afgørelse i væsentlig grad ændrede standpunkt i forhold til det, der var blevet udtrykt i klagepunktsmeddelelsen med hensyn til spørgsmålet om den potentielle konkurrence, som er et afgørende grundlæggende element i den påståede overtrædelse. For det første ændrede Kommissionen således i den anfægtede afgørelse i væsentlig grad sit standpunkt ved at erklære, at selv de generiske virksomheder, som ikke havde adgang til ikke-patentkrænkende citalopram, skulle anses for at udgøre potentielle konkurrenter til Lundbeck. For det andet sondrede Kommissionen mellem to faser, i hvilke den potentielle konkurrence blev udøvet. For det tredje tilføjede Kommissionen, at den potentielle konkurrence ligeledes kom til udtryk ved bestridelserne af patenternes gyldighed, ved forsøgene på at innovere ud fra procespatenterne eller ved anmodningen over for domstolene om erklæringer om, at der ikke forelå en patentkrænkelse, og endog ved indtrædenen »med risiko«, som er selve essensen af konkurrencen inden for lægemiddelsektoren.

725 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

726 Der skal erindres om, at overholdelsen af retten til forsvar er en grundlæggende rettighed i EU-retten, som er fastsat i artikel 41, stk. 2, litra a), i chartret om grundlæggende rettigheder, der kræver denne ret overholdt i enhver procedure.

727 Overholdelsen af retten til kontradiktion indebærer således, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure gives lejlighed til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder faktisk foreligger, og hvilken betydning de har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af traktaten (dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:C:2004:6, præmis 66; jf. ligeledes i denne retning dom af 13.2.1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, Sml., EU:C:1979:36, præmis 9).

- 728 Artikel 27, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 fastsætter i denne retning dels, at Kommissionen giver de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der er omfattet af den procedure, som den har iværksat, lejlighed til at udtale sig om Kommissionens klagepunkter, dels, at Kommissionen kun lægger de klagepunkter til grund for sine beslutninger, som de deltagende parter har haft lejlighed til at udtale sig om.
- 729 Dette krav skal fortolkes i lyset af retspraksis, ifølge hvilken klagepunktsmeddelelsen klart skal angive alle de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren. Dog kan denne angivelse være summarisk, og afgørelsen skal ikke nødvendigvis være en kopi af fremstillingen af klagepunkterne, da en sådan meddelelse er et forberedende dokument, hvis faktiske og retlige bedømmelser alene er af foreløbig karakter (jf. dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 111 ovenfor, EU:C:2004:6, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).
- 730 Hvad først angår argumentet om, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse i forhold til klagepunktsmeddelelsen i væsentlig grad ændrede sit standpunkt vedrørende spørgsmålet om den potentielle konkurrence, skal det for det første fastslås, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, ikke udtalte, at alene de generiske virksomheder, som havde adgang til ikke-patentkrænkende citalopram, kunne anses for potentielle konkurrenter til Lundbeck. Det fremgår således af navnlig 468. og 469. betragtning til klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen fandt, at de generiske virksomheder og originalproducenten kunne anses for potentielle konkurrenter uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt de generiske produkter, som disse virksomheder havde til hensigt at markedsføre, kunne eller ikke kunne have krænk et procespatent. Det fremgår endvidere af 519., 550., 586., 612., 645. og 683. betragtning til klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen støttede sig på en helhed af faktorer, heriblandt den omstændighed, at de generiske virksomheder allerede havde gjort en betydelig indsats for at forberede deres indtræden på markedet, og i visse tilfælde allerede havde opnået de nødvendige markedsføringstilladelser eller akkumuleret en omfattende beholdning af generisk citalopram i dette øjemed, for at konkludere, at der bestod en i det mindste potentiel konkurrence mellem disse virksomheder og Lundbeck.
- 731 Når Kommissionen for det andet i den anfægtede afgørelse sondrede mellem to faser vedrørende den potentielle konkurrence inden for lægemiddelsektoren (præmis 91 ovenfor), skal det bemærkes, at det i den foreliggende sag er ubestridt, at Lundbecks originalpatenter var udløbet i næsten samtlige EØS-lande på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler, således at de generiske virksomheder alle befandt sig på et fremskredent stadium i deres forberedelser til at indtræde på markedet. Det forhold, at Kommissionen i 616. betragtning til den anfægtede afgørelse vurderede, at den potentielle konkurrence havde kunnet begynde allerede år inden udløbet af patentet på den aktive lægemiddelbestanddel, var ikke afgørende, og end ikke relevant, for bedømmelsen af situationen vedrørende den potentielle konkurrence mellem sagsøgerne og de generiske virksomheder i det foreliggende tilfælde. Følgelig kan en sådan bedømmelse så meget desto mindre have haft nogen indvirkning på sagsøgernes ret til forsvar i denne henseende.
- 732 For det tredje fremgår det tillige af klagepunktsmeddelelsen, at de generiske virksomheders indtræden »med risiko« blev anset for at være en del af konkurrenceprocessen mellem disse virksomheder og Lundbeck (jf. navnlig 29., 488., 528., 562., 594., 621. og 656. betragtning til klagepunktsmeddelelsen). Selv om det er rigtigt, at den anfægtede afgørelse i denne henseende rummer flere argumenter, skal der erindres om, at denne afgørelse ikke nødvendigvis skal være en kopi af fremstillingen af klagepunkterne (præmis 730 ovenfor), og at Kommissionen må kunne tage virksomhedernes svar på klagepunktsmeddelelsen i betragtning, herunder ved at supplere, uddybe eller omformulere argumenter til støtte for de klagepunkter, som den opretholder (jf. i denne retning dom af 10.5.2007, SGL Carbon mod Kommissionen, C-328/05 P, Sml., EU:C:2007:277, præmis 62, og af 15.3.2006, BASF mod Kommissionen, T-15/02, Sml., EU:T:2006:74, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).

- 733 For det fjerde er det med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fastslog, at muligheden for patenttvister var tilstrækkelig til at godtgøre, at der bestod en potentiel konkurrence mellem sagsøgerne og de generiske virksomheder. Den anfægtede afgørelse er således ligesom klagepunktsmeddelelsen i denne henseende støttet på en helhed af faktorer, herunder det forhold, at de generiske virksomheder havde gennemført betydelige tiltag for at forberede deres indtræden på markedet (præmis 96 og 731 ovenfor). Desuden henviste klagepunktsmeddelelsen ligeledes til det forhold, at patenttvister udgjorde en integrerende del af konkurrenceprocessen inden for lægemiddelsektoren (jf. navnlig 27. betragtning til klagepunktsmeddelelsen).
- 734 Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen mellem klagepunktsmeddelelsen og den anfægtede afgørelse i væsentlig grad ændrede sit standpunkt vedrørende den potentielle konkurrence.
- 735 Sagsøgerne finder for det andet, at der ikke i klagepunktsmeddelelsen er angivet nogen i forhold til EU-konkurrenceretten klar og sammenhængende retlig norm for undersøgelsen af omvendte betalinger, der er indeholdt i aftaler om en mindelig løsning på patentområdet.
- 736 På tilsvarende vis blev der ikke i klagepunktsmeddelelsen givet nogen indikation af den tærskel, fra hvilken et pengebeløb skulle kvalificeres som »omfattende«, idet det eneste referencepunkt var, at de generiske virksomheder var blevet »tilbudt flere penge, end de kunne tjene på markedet ved salget af generiske versioner af citalopram«, hvilket havde »tilskyndet dem til at afstå fra at konkurrere med Lundbeck« (710. betragtning til klagepunktsmeddelelsen).
- 737 Fraværet af klare undersøgelsesnormer forhindrede sagsøgerne i på en hensigtsmæssig måde at tilkendegive deres opfattelse, hvilket udgjorde en særligt alvorlig retlig mangel, eftersom den foreliggende sag rejser komplekse og nye retlige spørgsmål, og idet der ikke af tidligere retspraksis kunne være blevet udledt nogen anden retningslinje end kriteriet om patentets rækkevidde, som blev forkastet ved afgørelsen.
- 738 Det skal i denne forbindelse fastslås, at det i 480. betragtning til klagepunktsmeddelelsen, i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, eksplicit – og i en affattelse, der er identisk med den, der fremgår af 660. betragtning til den anfægtede afgørelse – er angivet, at forekomsten af omvendte betalinger er afgørende med henblik på den retlige bedømmelse af de omtvistede aftaler. I lighed med klagepunktsmeddelelsen er den anfægtede afgørelse desuden tillige støttet på det udsagn, at forekomsten af omvendte betalinger i de omtvistede aftaler udgør en af de relevante faktorer med henblik på at fastslå, at der foreligger en begrænsning på grund af formålet (jf. 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse). I øvrigt er det angivet i klagepunktsmeddelelsen, ligesom i den anfægtede afgørelse, at de omvendte betalingers størrelser var problematiske, for så vidt som de tog højde for de fortjenester eller den omsætning, som de generiske virksomheder ville have opnået i tilfælde af en indtræden på markedet, hvilket reducerede tilskyndelserne for de generiske virksomheder til at fortsætte deres bestræbelser på at indtræde på markedet (jf. navnlig 469., 496., 543., 588., 638., og 687. betragtning til klagepunktsmeddelelsen samt præmis 367 ovenfor).
- 739 Sagsøgernes andet klagepunkt skal derfor ligeledes forkastes.
- 740 Sagsøgerne har for det tredje gjort gældende, at den anfægtede afgørelse såvel som fremstillingen af de faktiske omstændigheder indeholder flere oplysninger, som ikke fremgår af klagepunktsmeddelelsen, såsom Lundbecks markedsandele på markedet for antidepressive lægemidler i EØS (215. betragtning til den anfægtede afgørelse og punkt 17 i fremstillingen af de faktiske omstændigheder). Den af Kommissionen anvendte metode til at beregne disse markedsandele samt den præcise definition af markedet forblev uklare og uforklarede og var heller ikke indeholdt i fremstillingen af de faktiske omstændigheder.

741 Hvad angår sagsøgernes markedsandele, som Kommissionen fremførte i fremstillingen af de faktiske omstændigheder af 12. april 2013 for at styrke sin konklusion vedrørende de konkurrenceforvridninger, som de omtvistede aftaler havde forårsaget, skal det indledningsvis anføres, at en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen (dom af 13.12.2012, Expedia, C-226/11, Sml., EU:C:2012:795, præmis 37). Kommissionen var derfor ikke forpligtet til på detaljeret vis at godtgøre, det være sig i klagepunktsmeddelelsen eller i den anfægtede afgørelse, at der forelå en mærkbar begrænsning af konkurrencen, eftersom den i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at de omtvistede aftaler havde et konkurrencebegrænsende formål og kunne påvirke handelen mellem medlemsstater (jf. navnlig 196., 197., 209.-213., 724. og 726. betragtning til den anfægtede afgørelse). Sagsøgerne kunne under alle omstændigheder gøre deres bemærkninger gældende efter fremsendelsen af fremstillingen af de faktiske omstændigheder, således at de ikke kan påberåbe sig en tilsidesættelse af deres ret til forsvar i denne forbindelse (jf. præmis 705 ovenfor).

742 Følgelig må det første led forkastes i sin helhed.

B – *Det andet led*

743 Sagsøgerne finder, at det var med urette, at Kommissionen nægtede dem aktindsigt i sin kommunikation med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Selv om det ifølge sagsøgerne er rigtigt, at Kommissionens meddelelse om regler for indsigt i Kommissionens sagsakter i forbindelse med sager efter [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF], EØS-aftalens artikel 53, 54 og 57 og Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 (EUT 2005, C 325, s. 7) undtager korrespondancen mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder fra retten til aktindsigt, følger det af fast retspraksis, at Kommissionens interne dokumenter, såfremt sagens ganske særlige omstændigheder kræver det, kan bringes til parternes kundskab. Det er tilstrækkeligt, at parterne godtgør, at der består en, endog blot begrænset, chance for, at de dokumenter, der ikke blev videregivet under den administrative procedure, kunne have været til nytte for deres forsvar. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, idet korrespondancen med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indeholder potentielt diskulperende beviser, der gør det muligt – ud fra fakta og i modsætning til det af Kommissionen anførte – at bevise, at der på den dato, hvor sagsøgerne indgik de omtvistede aftaler, bestod en usikkerhed på det konkurrenceretlige område med hensyn til mindelige løsninger, der fastsætter en omvendt betaling. Under alle omstændigheder viser Kommissionens efterfølgende videregivelse af disse dokumenter, at de ikke rummede nogen fortrolige oplysninger, således at Kommissionen øjeblikkeligt burde have gjort dem tilgængelige. Dette er tilstrækkeligt til at annullere den anfægtede afgørelse.

744 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

745 Det følger af retspraksis, at for det tilfælde, at Kommissionen under den administrative procedure har afslået en anmodning fra en sagsøger om aktindsigt i dokumenter, som ikke fandtes i de forberedende sagsakter, foreligger der kun en tilsidesættelse af retten til forsvar, hvis det er godtgjort, at den administrative procedure kunne have fået et andet udfald, såfremt sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende dokumenter under proceduren (jf. dom af 16.6.2011, Solvay mod Kommissionen, T-186/06, Sml., EU:T:2011:276, præmis 227 og den deri nævnte retspraksis).

746 Det skal tillige bemærkes, at en tilsidesættelse af retten til forsvar under alle omstændigheder ikke i sig selv kan berøre gyldigheden af den anfægtede afgørelse i sin helhed, når denne afgørelse ikke er baseret på de omhandlede oplysninger alene. I et sådant tilfælde bør Retten derimod ved undersøgelsen af, om afgørelsen er berettiget, ikke tage indholdet af disse dokumenter i betragtning (jf. i denne retning dom af 7.6.1983, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, 100/80-103/80, Sml., EU:C:1983:158, præmis 30, og af 14.5.1998, Mo och Domsjö mod Kommissionen, T-352/94, Sml., EU:T:1998:103, præmis 74).

- 747 Hvad i den foreliggende sag angår disse to dokumenter, som gengiver korrespondancen mellem Kommissionen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, skal det påpeges, at Kommissionen uopfordret fremlagde disse i bilaget til sit svarskrift som svar på sagsøgernes anmodning. Det drejer sig dels om en rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 7. oktober 2003 vedrørende den af denne myndighed gennemførte undersøgelse af Lundbecks aktiviteter og de aftaler, som dette selskab havde indgået på markedet for antidepressive lægemidler, dels om et internt notat fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 10. juni 2005, som i resuméform omhandler denne myndigheds konklusioner angående vurderingen af disse aftaler ud fra traktatens bestemmelser om den frie konkurrence.
- 748 Det skal indledningsvis fastslås, at der ikke er tale om dokumenter, der stammer direkte fra Kommissionen eller fra dennes tjenestegrene, men om kommunikér fra en national konkurrencemyndighed. Det følger imidlertid af retspraksis, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke kan skabe en berettiget forventning hos virksomhederne om, at deres adfærd ikke udgør en overtrædelse af artikel 101 TEUF, idet de ikke er kompetente til at træffe en negativ afgørelse, dvs. en afgørelse, der fastslår, at der ikke foreligger en overtrædelse af den nævnte bestemmelse (jf. i denne retning dom af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, Sml., EU:C:2013:404, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis). Selv hvis det lægges til grund, at disse dokumenter fastslog, at der ikke forelå en overtrædelse, eller at de skabte tvivl om den anskuelse, som Kommissionen havde anlagt i den anfægtede afgørelse, kan sagsøgerne derfor ikke med føje påberåbe sig disse dokumenter som diskulperende beviser, eftersom en fremsendelse af disse til sagsøgerne i løbet af den administrative procedure – hvis det antages, at en sådan fremsendelse havde fundet sted – ville have været uden indvirkning på udfaldet af denne procedure.
- 749 Disse dokumenter, der langt fra skaber tvivl om den bedømmelse af de omtvistede aftaler, som Kommissionen har foretaget i den anfægtede afgørelse, bestyrker under alle omstændigheder snarere denne bedømmelse, eftersom de omtvistede aftaler ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport af 7. oktober 2003 kunne påvirke konkurrencen, idet Lundbeck havde betalt konkurrenter for, at de holdt sig uden for markedet, og idet følgen heraf ubestrideligt var højere priser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fandt derfor, at disse aftaler udgjorde meget alvorlige overtrædelser af artikel 101 TEUF.
- 750 Selv om det er rigtigt, at det ligeledes fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens interne notat af 10. juni 2005, at der ud fra Kommissionens synspunkt – i betragtning af bl.a. størrelsen af den af Lundbeck foretagne betaling til de generiske virksomheder – bestod en tvivl om spørgsmålet om, hvorvidt sådanne aftaler var eller ikke var konkurrencebegrænsende, skal det påpeges, at der alene var tale om en indledende vurdering fra Kommissionen, og at denne institution med udgangspunkt i disse oplysninger besluttede at indlede en bredere undersøgelse af denne type aftaler på lægemiddelområdet med henblik på at danne sig en mere præcis mening om denne sektors virkemåde og om sådanne aftalers forenelighed med artikel 101 TEUF og 102 TEUF. På baggrund af denne undersøgelse indledte Kommissionen en procedure på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF imod Lundbeck og de generiske virksomheder.
- 751 Det fremgår desuden ligeledes af dette interne notat fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at Kommissionen tillagde det central betydning, at en stor omvendt betaling kunne udgøre et indicium for, at originalproducenten havde betalt de generiske virksomheder for, at de holdt sig uden for markedet. Det fremgår således af det nævnte interne notat, at »[h]vorvidt aftalen på dette grundlag kan begrundes, afhænger bl.a. af betalingens størrelse«, at »[s]åfremt betalingen alene dækker de omkostninger, der kan forventes, hvis sagen indbringes for domstolene, kan aftalen falde uden for anvendelsesområdet for artikel [101 TEUF] og [102 TEUF]«, og at »[h]vis derimod betalingen er større, kan den ses som et middel til at betale éns konkurrenter for at holde sig uden for markedet og derved som en overtrædelse af artikel [101 TEUF] eller [102 TEUF]«. Det fremgår tillige klart af den anfægtede afgørelse, at det forhold, at de omvendte betalinger, som i den konkrete sag var indeholdt i de omtvistede aftaler, var store, og mere eller mindre svarede til de fortjenester, som de generiske

virksomheder havde forventet i tilfælde af en indtræden på markedet, og ikke til de eventuelle procesomkostninger, der var blevet undgået, var en afgørende faktor ved konklusionen om, at der forelå en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF (præmis 355, 415 og 416 ovenfor).

752 Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at disse dokumenter kunne have været nyttige for deres forsvar, såfremt de med det samme var blevet fremsendt til dem i løbet af den administrative procedure, eftersom dokumenterne alene giver grundlag for eventuelt at hævde, at der på det tidspunkt bestod en tvivl om, hvorvidt de omtvistede aftaler umiddelbart og uden nogen grundig undersøgelse kunne kvalificeres som konkurrencebegrænsninger på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF. Det kræves dog ikke ifølge retspraksis, at en aftale for at kunne kvalificeres som konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i denne bestemmelse for en umiddelbar betragtning eller uden nogen tvivl skal anses for værende tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, uden at der iværksættes en grundig undersøgelse af dens indhold, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (præmis 339-345 og 439 ovenfor).

753 Det må derfor konkluderes, at sagsøgernes ret til forsvar ikke blev tilsidesat i den konkrete sag, for så vidt som det ikke fremgår, at den administrative procedure kunne have ført til et anderledes resultat, dersom sagsøgerne i løbet af denne procedure havde haft adgang til de omhandlede dokumenter (præmis 746 ovenfor).

754 Følgelig skal det andet led samt det ottende anbringende i sin helhed forkastes.

V – Det niende anbringende, hvorved det subsidiært gøres gældende, at pålæggelsen af bøder over for Lundbeck er behæftet med en retlig fejl

755 Sagsøgerne har gjort gældende, at der for det første ikke foreligger nogen tidligere sager, hvori aftaler om en mindelig løsning på patentområdet er blevet vurderet, og at dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, Sml., EU:T:2010:266), for det andet er uanvendelig på mindelige løsninger på patentområdet, således at pålæggelsen af bøder over for dem i den konkrete sag savnede ethvert retligt grundlag og var i strid med retssikkerhedsprincippet.

756 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

A – Det første led

757 Sagsøgerne har indledningsvis gjort gældende, at dersom det antages, at det var med føje, at Kommissionen konkluderede, at de omtvistede aftaler havde overtrådt artikel 101 TEUF, tillod ingen gyldig begrundelse i den konkrete sag denne institution at pålægge sagsøgerne bøder i betragtning af det nye og komplekse i de rejste faktuelle og retlige spørgsmål, hvilket Kommissionen i øvrigt har anerkendt. Pålæggelsen af bøder i et sådant tilfælde tilsidesætter retssikkerhedsprincippet og det strafferetlige legalitetsprincip (nullum crimen, nulla poena sine lege). I øvrigt anerkendes det i svarskriftet, at der er tale om den første kommissionsafgørelse, der fastslår en overtrædelse hvad angår såkaldte »pay for delay«-aftaler (aftaler, der har til formål at forsinke de generiske lægemidlers indtræden på markedet imod betaling).

758 Den eksisterende retspraksis, navnlig dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), har ikke tilvejebragt nogen retningslinjer, der giver grundlag for at fastlægge, at de i de omtvistede aftaler fastsatte omvendte betalinger kunne benyttes af Kommissionen som en afgørende faktor til at fastslå, at disse aftaler var i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF. Kommissionen anførte således, at disse aftaler, såfremt de ikke have indebåret omvendte betalinger, i princippet ville have udgjort lovlige redskaber, der ville have gjort det muligt at få overholdt Lundbecks patenter. Sagsøgerne har i øvrigt gjort gældende, at dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), ikke var blevet afsagt på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler.

- 759 Desuden gav Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i starten af 2004 en række nøgleindikationer af den retlige usikkerhed, som omgav aftaler på patentområdet, der fastsatte omvendte betalinger. Navnlig viser Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse af 28. januar 2004, at Kommissionen på dette tidspunkt var af den opfattelse, at størrelserne af de af Lundbeck gennemførte betalinger var sådanne, at det ikke var muligt troværdigt at vise, at de fungerede som kompensation for at holde en konkurrent uden for markedet. Det forhold, at Kommissionen behøvede mere end et årti for at danne sig en mening om den retlige kvalificering af aftaler, der fastsatte en omvendt betaling, vidner i øvrigt om den ekstreme kompleksitet af og det meget nye i de underliggende spørgsmål.
- 760 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 761 Retssikkerhedsprincippet forudsætter, at en EU-retlig bestemmelse giver de berørte mulighed for at få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der derved pålægges dem, og at de uden at være i tvivl kan kende deres rettigheder og forpligtelser og handle derefter (jf. dom af 29.3.2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl., C-201/09 P og C-216/09 P, Sml., EU:C:2011:190, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).
- 762 Med hensyn til spørgsmålet, om en overtrædelse er blevet begået forsætligt eller uagtsomt og derfor kan sanktioneres med en bøde i medfør af artikel 23, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 1/2003, fremgår det imidlertid af retspraksis, at denne betingelse er opfyldt, når den pågældende virksomhed ikke kan være uvidende om, at dens adfærd er konkurrencebegrænsende, uanset om den måtte være klar over, at den hermed overtræder traktatens konkurrenceregler (jf. dom Schenker & Co. m.fl., nævnt i præmis 749 ovenfor, EU:C:2013:404, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).
- 763 Det skal dernæst bemærkes, at retssikkerhedsprincippet og det strafferetlige legalitetsprincip – der er fastsat i artikel 7 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, samt i artikel 49 i chartret om grundlæggende rettigheder – ikke kan fortolkes således, at de forbyder en gradvis klarlægning af reglerne om straffeansvar, men at de kan være til hinder for en anvendelse med tilbagevirkende kraft af en ny fortolkning af en bestemmelse, hvorved et strafbart gerningsindhold fastlægges (jf. i denne retning dom Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, EU:C:2014:2062, præmis 147 og den deri nævnte retspraksis).
- 764 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, var det ikke i den konkrete sag uforudseligt, at aftaler, hvorved det var lykkedes for originalproducenten ved hjælp af store omvendte betalinger at udelukke potentielle konkurrenter fra markedet i en bestemt periode, kunne være i modstrid med artikel 101, stk. 1, TEUF, og det uanset om disse aftaler gik eller ikke gik ud over anvendelsesområdet for den pågældendes patenter (jf. præmis 487-491 ovenfor).
- 765 Som Kommissionen med rette fastslog i 1312. og 1313. betragtning til den anfægtede afgørelse, gav en bogstavelig fortolkning af artikel 101, stk. 1, TEUF grundlag for at forstå, at aftaler mellem konkurrenter, der tilsigtede at udelukke visse af disse fra markedet, var ulovlige. Aftaler om opdeling af eller udelukkelse fra markedet figurerer således blandt de alvorligste konkurrencebegrænsninger, som er angivet eksplicit i artikel 101, stk. 1, TEUF (præmis 339 ovenfor).
- 766 Den omstændighed, at de omtvistede aftaler i den foreliggende sag blev indgået i form af mindelige løsninger vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder, kan ikke give sagsøgerne grundlag for at drage den slutning, at disse aftalers ulovlighed i forhold til konkurrenceretten var fuldstændigt ny eller uforudselig.
- 767 Rækkevidden af begrebet om, hvad der kunne forudses, afhænger således i vidt omfang af indholdet af den relevante bestemmelse, det område, den omfatter, samt antallet af dens adressater og disses karakter. Loven kan være forudsigelig, uanset at den berørte person finder det nødvendigt at søge faglig bistand med henblik på i et efter sagens omstændigheder rimeligt omfang at kunne vurdere de

følger, som en bestemt handling vil kunne have. Dette gælder særligt for erhvervsdrivende, der er vant til at måtte udvise stor forsigtighed ved udøvelsen af deres erhverv. Det kan derfor af disse forventes, at de udviser særlig omhu ved vurderingen af de risici, som erhvervet indebærer (jf. i denne retning dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C 208/02 P og C-213/02 P, Sml., EU:C:2005:408, præmis 219 og den deri nævnte retspraksis).

- 768 Ingen af de argumenter, som sagsøgerne har fremført, kan ændre ved denne konklusion.
- 769 Selv om det for det første er rigtigt, at dom BIDS, nævnt i præmis 342 ovenfor (EU:C:2008:643), som Kommissionen har henvist til i den anfægtede afgørelse, blev afsagt efter indgåelsen af de omtvistede aftaler, var det således ikke desto mindre præciseret i den tidligere retspraksis, at en aftale ikke var immun over for konkurrenceretten alene af den grund, at den vedrørte et patent, eller at den tilsigtede i mindelighed at løse en patenttvist (jf. i denne retning dom Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, nævnt i præmis 428 ovenfor, EU:C:1988:448, præmis 15), og at det at lade en af parternes skønsnæssige vurdering træde i stedet for de nationale domstoles afgørelser for at fastslå forekomsten af en krænkelse af et patent, åbenbart ikke faldt ind under patentets specifikke formål og udgjorde en begrænsning af de frie konkurrencevilkår (jf. i denne retning Windsurfing-dommen, nævnt i præmis 119 ovenfor, EU:C:1986:75, præmis 52 og 92).
- 770 Dom Centrafarm og de Peijper, nævnt i præmis 117 ovenfor (EU:C:1974:114, præmis 39 og 40), præciserede tillige, at omstændighederne omkring udøvelsen af en intellektuel ejendomsrettighed kunne falde ind under de i artikel 101 TEUF fastsatte forbud, og at dette kunne være tilfældet, hver gang udøvelsen af en sådan rettighed fremstod som målet med, midlet til eller følgen af et kartel.
- 771 Hvad for det andet angår de dokumenter, der stammede fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og navnlig pressemeddelelsen af 28. januar 2004, skal det indledningsvis påpeges, at det ikke drejer sig om et dokument, der stammer fra Kommissionen, og at det derfor ikke som sådan kunne skabe berettigede forventninger hos sagsøgerne. Der skal ydermere erindres om, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke er kompetente til at træffe en negativ afgørelse, dvs. en afgørelse, der fastslår, at der ikke foreligger en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF (præmis 749 ovenfor).
- 772 Det fremgår desuden klart af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kommuniké, at aftaler, der har til formål at købe udelukkelsen af en konkurrent fra markedet, er konkurrencebegrænsende. Kommissionen kunne ved afslutningen af sin grundige undersøgelse af lægemiddelsektoren finpudse sin fremgangsmåde og fuldt ud forstå den konkurrencebegrænsende karakter af visse aftaler, navnlig hvor disse som i det foreliggende tilfælde involverede en stor omvendt betaling (præmis 350-404 ovenfor).
- 773 For så vidt som sagsøgerne har påberåbt sig Kommissionens tidligere praksis for at gøre gældende, at den i den foreliggende sag fastslåede overtrædelse var hidtil ukendt og alene kaldte på en symbolsk bøde, skal det for det tredje bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at Kommissionen har et skøn i forbindelse med udmålingen af bøder, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne. Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan ikke berøve den mulighed for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 1/2003 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre EU's konkurrencepolitik. For at EU's konkurrenceregler kan anvendes effektivt, må Kommissionen tværtimod til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikens krav (jf. dom af 25.10.2011, Aragonésas Industrias y Energía mod Kommissionen, T-348/08, Sml., EU:T:2011:621, præmis 293 og den deri nævnte retspraksis).
- 774 Det forhold, at Kommissionen ikke tidligere har fundet, at en aftale af en given type ved selve sit formål var konkurrencebegrænsende, kan desuden ikke i sig selv forhindre den i at gøre det i fremtiden på baggrund af en individuel og udførlig undersøgelse af de omtvistede foranstaltninger

under hensyn til deres indhold, deres formål og deres sammenhæng. Det er derfor ikke påkrævet, at Kommissionen allerede har påtalt den samme type aftaler, for at disse kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål (præmis 439 ovenfor).

- 775 Det kræves heller ikke ifølge retspraksis, at en aftale for at kunne kvalificeres som konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i denne bestemmelse for en umiddelbar betragtning eller uden nogen tvivl skal være tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, uden at der iværksættes en grundig undersøgelse af dens indhold, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (præmis 753 ovenfor).
- 776 Endelig fremgår det af den anfægtede afgørelse, at visse generiske virksomheder havde erkendt den ulovlige karakter af aftaler svarende til de omtvistede aftaler og netop af denne grund havde nægtet at indgå i sådanne aftaler (jf. 190. betragtning til den anfægtede afgørelse). På lignende vis reagerede en ansat ved Lundbeck på visse email-udvekslinger, som dokumenterede priserne på og mængderne af det citatopram, som Merck (GUK) i henhold til de omtvistede aftaler havde købt af Lundbeck, idet vedkommende præciserede, at denne »[var] stærkt uenig i indholdet af denne email«, og at »[de ikke kunne] og ikke [burde] aftale salgspriser«, eftersom »dette [var] ulovligt« (265. betragtning til den anfægtede afgørelse). Med hensyn til Ranbaxy-aftalen havde Lundbeck tillige i løbet af forhandlingerne om denne aftale anført, at denne ville være bekostelig og vanskelig, navnlig i henseende til konkurrenceretten (jf. 188. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 777 Disse omstændigheder viser, at de i de omtvistede aftaler fastsatte konkurrencebegrænsninger, idet de på det omhandlede tidspunkt langt fra var uforudselige, med rimelighed kunne opfattes af parterne i disse aftaler som stridende imod artikel 101, stk. 1, TEUF.
- 778 Det er følgelig med urette, at sagsøgerne har hævdet, at Kommissionen i den konkrete sag tilsidesatte retssikkerhedsprincippet og det strafferetlige legalitetsprincip.
- 779 Det første led må derfor forkastes.

B – *Det andet led*

- 780 Ifølge sagsøgerne følger det af dom AstraZeneca mod Kommissionen, nævnt i præmis 756 ovenfor (EU:T:2010:266), at det på grund af en sags hidtil ukendte karakter ikke er berettiget at pålægge bøder, når for det første ingen hidtidig retspraksis har vedrørt den pågældende adfærd, og denne adfærd for det andet ikke er stærkt konkurrencebegrænsende, således at vedkommende virksomhed ikke kunne forvente, at adfærden var ulovlig. Ifølge sagsøgerne anerkendes det imidlertid i 1300. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den første betingelse i den foreliggende sag er opfyldt, mens de omtvistede aftaler i forhold til den anden betingelse ikke udgør misbrugspraksisser såsom dem, der var tale om i den sag, der lå til grund for dom AstraZeneca mod Kommissionen, nævnt i præmis 756 ovenfor (EU:T:2010:266). Desuden påhviler der ikke de virksomheder, der ligesom Lundbeck ikke indtager en dominerende stilling, noget særligt ansvar. Følgelig kan Kommissionen ikke i forbindelse med en undersøgelse i medfør af artikel 101, stk. 1, TEUF genanvende kriterier, der fremgår af en sag vedrørende et misbrug af en dominerende stilling.
- 781 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 782 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen i dom AstraZeneca mod Kommissionen, nævnt i præmis 162 ovenfor (EU:C:2012:770) – som anført af Kommissionen i 1300. betragtning til den anfægtede afgørelse – som svar på et tilsvarende argument fra sagsøgeren i nævnte sag fastslog, at »selv om Kommissionen og Unionens retsinstanser endnu ikke havde haft anledning til at tage specifikt stilling til en adfærd som den, der karakteriserer disse misbrug, var AstraZeneca bevidst om den stærkt konkurrencebegrænsende karakter af selskabets adfærd og burde have forventet, at denne

var uforenelig med EU-rettens konkurrenceregler«. Det er derfor med urette, at sagsøgerne af nævnte dom har udledt, at det ikke er muligt for Kommissionen at pålægge en bøde, idet der ikke foreligger tilsvarende og af Unionens retsinstanser fastslåede fortilfælde (præmis 439 og 776 ovenfor).

783 Ligesom i den sag, der lå til grund for dom AstraZeneca mod Kommissionen, nævnt i præmis 756 ovenfor (EU:T:2010:266), udgjorde sagsøgernes adfærdsformer i det foreliggende tilfælde desuden åbenbart ikke en del af de normale konkurrencevilkår, eftersom de tilsigtede at udelukke potentielle konkurrenter fra markedet ved hjælp af store omvendte betalinger. Det forhold, at visse mindelige løsninger på patentområdet i øvrigt kan være lovlige og eventuelt ikke overtræder traktatens bestemmelser om den frie konkurrence, ændrer intet ved det forhold, at de af sagsøgerne indgåede omtvistede aftaler i det konkrete tilfælde var konkurrencebegrænsende af de grunde, som Kommissionen har redegjort for i den anfægtede afgørelse (jf. præmis 355 ovenfor samt 661. og 662. betragtning til den anfægtede afgørelse).

784 Selv om det endelig er rigtigt, at virksomheder, der indtager en dominerende stilling, i henhold til artikel 102 TEUF er underlagt et særligt ansvar i forhold til ikke at anlægge visse typer af ensidige adfærdsformer, som er til skade for konkurrencen, såsom dem, der var tale om i dom AstraZeneca mod Kommissionen, nævnt i præmis 756 ovenfor (EU:T:2010:266), forholder det sig ikke desto mindre således, at alle virksomheder, uanset om de indtager eller ikke indtager en dominerende stilling, ligeledes er underlagt artikel 101 TEUF, når betingelserne for anvendelse af denne artikel er opfyldt, og på dette grundlag kan blive pålagt bøder. Det var denne sidstnævnte bestemmelse, og ikke artikel 102 TEUF, som Kommissionen anvendte i den konkrete sag.

785 Følgelig skal det andet led samt det niende anbringende i sin helhed forkastes.

VI – Det tiende anbringende, hvorved det mere subsidiært gøres gældende, at der er begået retlige og faktiske fejl ved beregningen af bødernes størrelse

786 Sagsøgerne finder, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse, med henblik på beregningen af bødens størrelse, under alle omstændigheder for det første burde have benyttet en lavere sats for grovhed, for det andet burde have taget hensyn til, at de påståede overtrædelser havde været kortvarige, for det tredje burde have undladt at pålægge noget som helst tillægsbeløb, og for det fjerde burde have anvendt formildende omstændigheder.

787 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

788 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i forhold til sagsøgerne fulgte den generelle metode, der er beskrevet i 2006-retningslinjerne, og som er støttet på værdien af den afsætning af det omhandlede produkt, som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelserne, i det relevante geografiske område inden for EØS (de nævnte retningslinjers punkt 13 og 19). Det anvendte forslag var på 10 eller på 11% alt efter de omtvistede aftalers geografiske rækkevidde (jf. præmis 68-75 ovenfor samt 1316.-1358. betragtning til den anfægtede afgørelse).

789 Det skal ligeledes bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at der med hensyn til fastsættelsen af de bøder, der skal pålægges i tilfælde af overtrædelse af konkurrencereglerne, skal tages hensyn til overtrædelsernes varighed og alle de elementer, der kan indgå i bedømmelsen af overtrædelsers grovhed, såsom de enkelte virksomheders adfærd og rolle ved gennemførelsen af den samordnede praksis, den fortjeneste, som virksomhederne har kunnet opnå ved denne praksis, deres størrelse og værdien af de omhandlede varer samt den risiko, som overtrædelser af denne art indebærer (jf. dom af 8.12.2011, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, C-272/09 P, Sml., EU:C:2011:810, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).

- 790 Domstolen har ligeledes bemærket, at objektive faktorer, såsom den konkurrencebegrænsende adfærds indhold og varighed, dens hyppighed og dens intensitet, hvor stort det påvirkede marked er, og hvilken skade der er påført samfundsøkonomiske interesser, skulle tages i betragtning (jf. dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 791 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).
- 791 Det skal i denne forbindelse anføres, at begrundelsespligten har en helt særlig betydning. Kommissionen er forpligtet til at begrunde sin afgørelse og navnlig forklare vægten og vurderingen af de elementer, som den har taget i betragtning. Eksistensen af en begrundelse skal undersøges af retsinstansen af egen drift (jf. i denne retning dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 791 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 101 og den deri nævnte retspraksis).
- 792 Det tilkommer i øvrigt Unionens retsinstanser at foretage den legalitetskontrol, som de er pålagt, på grundlag af oplysninger indgivet af sagsøgeren til støtte for dennes anbringender. I forbindelse med denne kontrol kan retsinstanserne ikke støtte sig på den skønsmargen, som Kommissionen har, hverken for så vidt angår valget af de elementer, der tages i betragtning ved anvendelsen af de i retningslinjerne nævnte kriterier, eller hvad angår vurderingen af disse elementer for at afvise at udøve en tilbundsgående kontrol af både retlige og faktiske omstændigheder (dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 791 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 102).
- 793 Legalitetskontrollen kompletteres af den fulde prøvelsesret, der er tillagt Unionens retsinstanser ved artikel 31 i forordning nr. 1/2003, i henhold til artikel 261 TEUF. Denne kompetence giver retsinstanserne beføjelse til, ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen, at anlægge deres egen vurdering i stedet for Kommissionens og derfor ophæve, nedsætte eller forhøje den pålagte bøde eller tvangsbøde (jf. i denne retning dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 791 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 103 og den deri nævnte retspraksis).
- 794 Det skal imidlertid fremhæves, at udøvelsen af den fulde prøvelsesret ikke svarer til en kontrol af egen drift, og bemærkes, at proceduren for Unionens retsinstanser er kontradiktorisk. Med undtagelse af spørgsmål om grundlæggende retsprincipper, som retsinstanserne er forpligtet til at tage under påkendelse af egen drift, såsom en manglende begrundelse af den anfægtede afgørelse, er det op til sagsøgeren at gøre anbringender gældende til prøvelse af afgørelsen og at fremlægge oplysninger til støtte for disse anbringender (dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 791 ovenfor, EU:C:2011:810, præmis 104).
- 795 Det er i lyset af disse betragtninger, at sagsøgernes argumenter skal undersøges.

A – Det første led

- 796 Sagsøgerne har gjort gældende, at satserne for grovhed, som er fastsat til 11% af værdien af afsætningen for aftalerne indgået med Merck (GUK), Alpharma og Ranbaxy, og til 10% for aftalerne indgået med Arrow, er for høje. For det første er der således ikke i den anfægtede afgørelse taget hensyn til den begrænsede rækkevidde af de i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger, som i det mindste delvis befinder sig inden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter. Lundbecks markedsandel var lavere end 19% i flertallet af EØS-landene, og aftalernes geografiske rækkevidde burde være blevet begrænset til de EØS-lande, hvor de generiske virksomheder havde realistiske udsigter til at indtræde på markedet.
- 797 For det andet er der ikke i afgørelsen taget hensyn til, at de omtvistede aftaler ikke var hemmelige, og at de indeholdt klausuler, der var klassiske for denne type aftaler, hvilket i henhold til Kommissionens afgørelsespraksis begrundes en lavere sats for grovhed. For det tredje havde de omtvistede aftaler ikke præg af kartelaftaler, hvilket i øvrigt anerkendes i den anfægtede afgørelse. Imidlertid har Kommissionen tidligere enten ikke pålagt nogen bøde eller pålagt en meget lav bøde, eller fastsat

satsen for grovhed til det laveste niveau på skalaen for denne type konkurrencebegrænsende ikke-kartelaftaler. Der blev derfor begået en fejl i afgørelsen, da det blev fastslået, at de omtvistede aftaler udgør alvorlige overtrædelser af artikel 101 TEUF. Proportionalitetsprincippet kræver derimod, at satsen for grovhed i den foreliggende sag fastsættes til det laveste niveau på skalaen.

798 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

799 Det skal i denne forbindelse anføres, at den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning, i henhold til 2006-retningslinjernes punkt 21 vil blive fastsat til et niveau, der kan udgøre op til 30%. Det præciseres i de nævnte retningslinjers punkt 22, at Kommissionen 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 tage hensyn til en række faktorer, såsom overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelserne er blevet udmøntet i praksis eller ej.

800 Det skal for det første bemærkes, at Kommissionen med rette kvalificerede de i den foreliggende sag omhandlede overtrædelser som »alvorlige«, for så vidt som der var tale om konkurrencebegrænsninger på grund af formålet, hvis skadelige karakter for konkurrencen i tilstrækkelig grad er blevet påvist, og som bestod i at betale konkurrenter for, at de holdt sig uden for markedet i en bestemt periode (1331. betragtning til den anfægtede afgørelse).

801 Den omstændighed, at visse i de omtvistede aftaler indeholdte begrænsninger har kunnet befinde sig inden for anvendelsesområdet for Lundbecks patenter (såsom defineret i præmis 336 og 570 ovenfor), kan ikke ændre denne konklusion, eftersom der alene var tale om et element blandt andre, som Kommissionen havde taget hensyn til for at påvise, at der i det konkrete tilfælde forelå en begrænsning på grund af formålet (præmis 355 ovenfor). Det har derfor kun mindre at sige, at disse aftaler eventuelt tillige indeholdt begrænsninger, som befandt sig inden for anvendelsesområdet for disse patenter, eftersom – som Kommissionen konkluderede i den anfægtede afgørelse – det, der er afgørende, er, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler bestod en uvished om, hvorvidt de produkter, som de generiske virksomheder agtede at markedsføre, krænkede eller ikke krænkede det ene eller det andet af Lundbecks patenter, at gyldigheden af disse patenter ligeledes kunne være blevet anfægtet ved en retsinstans, og at det var gennem en stor omvendt betaling, at sagsøgerne havde opnået en vished for, at de generiske virksomheder ikke ville indtræde på markedet i de omtvistede aftalers løbetid (præmis 364 og 430 ovenfor). Under alle omstændigheder var det med rette, at Kommissionen fastslog, at de omtvistede aftaler i det store flertal af tilfældene indeholdt begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter (jf. det sjette anbringende ovenfor).

802 For det andet fastslog Kommissionen uden at begå nogen fejl, at Lundbeck besad en meget betydelig markedsandel for det af de omhandlede overtrædelser berørte produkt på de geografiske markeder, der var påvirket af de omtvistede aftaler. Det fremgår således i det mindste implicit af den anfægtede afgørelse, at Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler nød godt af et monopol med hensyn til citalopram, eftersom dette selskabs originalpatenter angående den aktive lægemiddelbestanddel citalopram netop var udløbet, og idet ingen virksomhed, der markedsførte generiske lægemidler, endnu var indtrådt på markedet. Såfremt det antages, at det relevante marked havde været større, og at det havde inkluderet samtlige antidepressive lægemidler, har Kommissionen desuden bemærket i 215. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Lundbeck besad en væsentlig markedsandel på dette marked i størstedelen af EØS-landene.

803 For det tredje fandt Kommissionen med rette, at de omhandlede overtrædelser havde en stor geografisk rækkevidde, idet de alle, med undtagelse af overtrædelserne med Arrow, dækkede hele EØS.

- 804 I modsætning til, hvad sagsøgerne i denne forbindelse har gjort gældende, var Kommissionen ikke forpligtet til at nedsætte bødens grundbeløb for alene at tage hensyn til værdien af afsætningen i de lande, hvor de generiske virksomheder var længst fremme i deres forberedelser til at indtræde på markedet. Eftersom der var tale om overtrædelser på grund af formålet, og idet de overtrædelser, der bestod af de omtvistede aftaler (med undtagelse af de med Arrow indgåede aftaler), havde en geografisk rækkevidde, der omfattede hele EØS, var Kommissionen således berettiget til at basere sig på denne geografiske rækkevidde uden at gennemføre en grundig undersøgelse af de konkrete udsigter til en indtræden for de generiske virksomheder i hver EØS-stat. Det er således parterne i de omtvistede aftaler, der i den konkrete sag har defineret den geografiske rækkevidde af disse aftaler og følgelig af de omhandlede overtrædelser ved at beslutte, at disse aftaler skulle dække hele EØS (med undtagelse af overtrædelserne med Arrow).
- 805 For det fjerde var det ligeledes uden at begå nogen fejl, at Kommissionen tog det forhold i betragtning, at alle de omtvistede aftaler var blevet udmøntet i praksis, hvilket sagsøgerne ikke har bestridt, eftersom de generiske virksomheder ikke var indtrådt på markedet i de omtvistede aftalers løbetid, med undtagelse af Merck (GUK) inden den anden forlængelse af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige (præmis 28, 131 og 400 ovenfor).
- 806 På baggrund af samtlige disse omstændigheder må det herefter fastslås, at Kommissionen ikke begik nogen retlig fejl, da den fastsatte den del af afsætningens værdi, der skulle tages i betragtning for at fastsætte grundbeløbet for den bøde, der skulle pålægges Lundbeck, til henholdsvis 11% og 10%, alt efter om den geografiske rækkevidde af de af overtrædelserne omfattede aftaler var eller ikke var hele EØS. På grundlag af de ovenstående oplysninger kan sådanne satser for grovhed, som snarere befinder sig på den nedre del af den skala, der er fastsat i 2006-retningslinjernes punkt 21, i øvrigt ikke anses for uforholdsmæssige.
- 807 Det er ligeledes forgæves, at sagsøgerne har gjort gældende, at aftalernes manglende hemmelige karakter begrundede, at Kommissionen fastsatte en lavere sats for grovhed med henblik på at udmåle størrelsen af den bøde, som de blev pålagt.
- 808 Således fastsætter 2006-retningslinjernes punkt 23, at »[h]orisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen, som normalt er hemmelige, [...] på grund af deres art [betragtes] som de mest alvorlige konkurrencebegrænsninger, og i henhold til konkurrencepolitikken skal de straffes strengt«, og at »[d]en del af afsætningen, der tages i betragtning i forbindelse med sådanne overtrædelser, befinder sig derfor normalt på den øvre del af skalaen«.
- 809 Det er tilstrækkeligt at fastslå, at selv om de omtvistede aftaler ikke havde nogen hemmelig karakter, placerede Kommissionen sig ikke, ved i det foreliggende tilfælde at fastsætte den del af afsætningen, der toges i betragtning, til henholdsvis 10% og 11%, på den øvre del af den skala, der er foreskrevet ved 2006-retningslinjernes punkt 21, som er fastsat til 30% af værdien af afsætningen.
- 810 Selv om Kommissionen i visse tilfælde af forskellige grunde har kunnet skønne, at det ikke var nødvendigt at pålægge en bøde, eller har taget en del af værdien af afsætningen, der har ligget i den nederste del af skalaen for grovhed, i betragtning, skal det desuden bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at Kommissionens tidligere afgørelsespraksis ikke i sig selv kan anvendes som retlig ramme for pålæggelsen af bøder på konkurrenceområdet, eftersom denne ramme alene fastlægges i forordning nr. 1/2003 og i retningslinjerne. Afgørelser vedrørende andre sager er således kun af vejledende karakter for så vidt angår den eventuelle forekomst af forskelsbehandling, idet det ikke er sandsynligt, at de særlige faktiske omstændigheder i sagerne, såsom markedet, varerne, virksomhederne og de omhandlede perioder, er identiske (jf. i denne retning dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 260-262 og den deri nævnte retspraksis). I den foreliggende sag er de faktiske omstændigheder i sagerne vedrørende de tidligere afgørelser, som sagsøgerne har påberåbt sig, såsom markederne, produkterne, landene,

virksomhederne og de omhandlede perioder, imidlertid ikke sammenlignelige med omstændighederne i den foreliggende sag, således at de nævnte afgørelser i medfør af den ovennævnte retspraksis ikke er relevante i henseende til overholdelsen af ligebehandlingsprincippet.

811 Endelig er det med urette, at sagsøgerne har påberåbt sig en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet i den foreliggende sag. Dette princip indebærer således i denne sammenhæng udelukkende, at Kommissionen skal udmåle bøden forholdsmæssigt med de elementer, der tages i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed, og at den i denne henseende skal anvende disse elementer på en sammenhængende og objektivt berettiget måde (jf. dom af 27.9.2006, Jungbunzlauer mod Kommissionen, T-43/02, Sml., EU:T:2006:270, præmis 228 og den deri nævnte retspraksis). Det fremgår af 1330.-1333. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen i den konkrete sag anvendte de principper, der er fastsat i 2006-retningslinjernes punkt 22, på en sammenhængende og objektivt berettiget måde.

812 Det første led må derfor forkastes.

B – *Det andet led*

813 Sagsøgerne har gjort gældende, at det i 1335. betragtning til den anfægtede afgørelse med urette er blevet afvist at lægge en kortere varighed til grund for de påståede overtrædelser. Denne varighed burde afgrænses til den periode, i løbet af hvilken de generiske virksomheder rent faktisk var parate til at indtræde på markedet, hvilket fordrede, at de som minimum rådede over en markedsføringstilladelse i de relevante lande. I f.eks. Østrig udløb patentet på den aktive lægemiddelbestanddel imidlertid først i april 2003, således at de overtrædelser, der blev begået med GUK, Alpharma og Ranbaxy, ikke kunne have begrænset konkurrencen i Østrig før denne dato. Denne fremgangsmåde svarer til det standpunkt, som Kommissionen indtog i beslutning K(2009) 5355 endelig af 8. juli 2009 om en procedure i henhold til [...] artikel [101 TEUF] (sag COMP/39.401 — E.ON/GDF) (resumé i EUT C 248, s. 5, herefter »E.ON/GDF-beslutningen«), hvori alene den periode, der lå efter 1998, blev taget i betragtning med henblik på beregningen af bødens størrelse.

814 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

815 Det skal i denne forbindelse, som Kommissionen har gjort det, bemærkes, at et sådant argument er ensbetydende med at benægte den sondring, der består mellem den reelle konkurrence og den potentielle konkurrence, og det forhold, at artikel 101 TEUF fuldt så meget beskytter denne sidstnævnte (præmis 99 ovenfor). Kommissionen har imidlertid for alle de omhandlede generiske virksomheder i tilstrækkelig grad påvist, at disse på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler rådede over reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, og at de derfor var potentielle konkurrenter til Lundbeck (jf. det første anbringende ovenfor).

816 Den sag, der lå til grund for dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor (EU:T:2012:332), er ikke til nogen støtte for sagsøgerne, eftersom enhver konkurrence i denne sag, som anerkendt af sagsøgerne, ville have været umulig, selv hvis den konkurrencebegrænsende aftale ikke havde foreligget i en del af overtrædelsesperioden, idet markedet var lovmæssigt undtaget fra enhver konkurrence i henhold til den i denne periode gældende nationale lovgivning, hvilket skabte en situation med et faktisk monopol. Det var i øvrigt af denne grund, at Retten i denne sag delvist annullerede kommissionsbeslutningen, eftersom det ikke i tilstrækkelig grad var blevet påvist, at der i denne periode bestod en konkurrencebegrænsning på det tyske gasmarked (dom E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, nævnt i præmis 98 ovenfor, EU:T:2012:332, præmis 105 og 155). I den foreliggende sag har Kommissionen derimod i den anfægtede afgørelse i retligt tilstrækkeligt omfang påvist, at konkurrencen i hele de omtvistede aftalers løbetid blev begrænset på grund af disse aftaler. Sagsøgerne har ikke godtgjort, at konkurrencen – selv den potentielle – mellem

disse og de generiske virksomheder ville have været umulig eller ikke-eksisterende, såfremt de omtvistede aftaler ikke havde foreligget, og ej heller, at disse aftaler på ingen måde begrænsede konkurrencen.

817 Det andet led må derfor forkastes.

C – Det tredje led

818 Sagsøgerne finder, at de ikke burde være blevet pålagt noget ekstrabeløb, end ikke for de med Arrow indgåede aftaler (jf. præmis 73 ovenfor), eftersom de påståede overtrædelser ikke svarer til nogen af de scenarier, hvori 2006-retningslinjerne anbefaler anvendelsen af et ekstrabeløb (idet disse scenarier er »horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen«), og idet ingen forstærket afskrækkende virkning er nødvendig i forhold til overtrædelser, hvis begyndelse går mere end ti år tilbage, og som ikke har givet anledning til gentagelsestilfælde.

819 Kommissionen har bestridt disse argumenter.

820 Det skal indledningsvis bemærkes, at 2006-retningslinjernes punkt 25, som fastsætter, at bødens grundbeløb også skal omfatte en indtrædelsesafgift, bestemmer følgende:

»Uafhængigt af, hvor længe en virksomhed har deltaget i overtrædelsen, vil Kommissionen også lade bødens grundbeløb omfatte et beløb på mellem 15 og 25% af afsætningens værdi [...] for at afskrække virksomhederne fra bare det at indtræde i horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen. Kommissionen kan også opkræve et sådant ekstrabeløb i tilfælde af andre overtrædelser. For at fastslå, hvor stor en del af afsætningens værdi der skal tages i betragtning i et givet tilfælde, vil Kommissionen tage udgangspunkt i en række forskellige faktorer, især de i punkt 22 nævnte [dvs. overtrædelsens art, virksomhedernes samlede markedsandel, overtrædelsens geografiske udstrækning og spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej].«

821 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke for at opnå en afskrækkende virkning kunne indregne en sådan indtrædelsesafgift i det bødebeløb, som de blev pålagt, eftersom de påståede overtrædelser ikke svarer til nogen af de scenarier, hvori 2006-retningslinjerne anbefaler anvendelsen af et ekstrabeløb, og idet de overtrædelser, som går mere end ti år tilbage, ikke har givet anledning til noget gentagelsestilfælde.

822 Det skal dog anføres, at den overvågningsopgave, som EU-retten tillægger Kommissionen på det konkurrenceretlige område, indebærer, at individuelle overtrædelser skal efterforskes og forfølges, samt pligten til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i traktaten fastlagte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning. Det følger heraf, at Kommissionen skal påse, at bøderne har en afskrækkende karakter (jf. i denne retning dom af 17.12.2014, Pilkington Group m.fl. mod Kommissionen, T-72/09, EU:T:2014:1094, præmis 302 og den deri nævnte retspraksis).

823 Bødebeløbets afskrækkende virkning har således ikke kun til formål at afholde den pågældende virksomhed fra at begå gentagne overtrædelser. Kommissionen har beføjelse til at fastsætte bødernes størrelse således, at deres forebyggende virkning forstærkes generelt, når en bestemt form for overtrædelser stadig er forholdsvis hyppig eller må betragtes som alvorlig (jf. dom Pilkington Group m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 824 ovenfor, EU:T:2014:1094, præmis 303 og den deri nævnte retspraksis).

- 824 Som anført af Kommissionen mindede de omtvistede aftaler i det foreliggende tilfælde desuden kraftigt om aftaler om markedsdeling eller begrænsning af produktionen, som er eksplicit omhandlet i 2006-retningslinjernes punkt 25 (præmis 822 ovenfor). Under alle omstændigheder bemyndiger 2006-retningslinjernes samme punkt i overensstemmelse med retspraksis Kommissionen til at anvende et sådant ekstrabeløb for at sikre bøden en afskrækkende virkning for andre typer af overtrædelser.
- 825 Det må følgelig konkluderes, at Kommissionen ikke overskred den skønsmargen, som den rådede over på bødeområdet, og ej heller tilsidesatte sine 2006-retningslinjer ved at anvende et ekstrabeløb på 10% af værdien af den årlige afsætning for den første overtrædelse, der blev begået med Arrow, med henblik på at sikre den sagsøgerne pålagte bødebeløb en tilstrækkeligt afskrækkende karakter (1340. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 826 Følgelig skal det tredje led ligeledes forkastes.

D – Det fjerde led

- 827 Sagsøgerne finder for det første, at det er med urette, at Kommissionen afslog at anerkende, at der i forhold til Lundbeck forelå en formildende omstændighed, der følger af forekomsten af en rimelig tvivl hos virksomheden om den konkurrencebegrænsende adfærds ulovlige karakter. Argumentet i den anfægtede afgørelse om, at den formildende omstændighed, der udspringer af en rimelig tvivl om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, ikke længere figurerede i 2006-retningslinjerne (1343. betragtning til den anfægtede afgørelse), udgør ikke nogen gyldig begrundelse for ikke at anvende den, eftersom såvel disse retningslinjer som Retten anerkender, at listen over formildende omstændigheder ikke er udtømmende. Desuden fremgår det klart af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kommunikation med Kommissionen, at det retlige kriterium, der fandt anvendelse på de omtvistede aftaler, efter Kommissionens opfattelse ikke var klart på dette tidspunkt, således at det heller ikke kunne være det for Lundbeck.
- 828 Sagsøgerne har for det andet anført at være blevet uretmæssigt frataget muligheden for at påberåbe sig den formildende omstændighed, der udspringer af, at de påståede overtrædelser blev begået af uagtsomhed, på trods af, at de indgik de omtvistede aftaler i god tro for at forhindre de generiske virksomheders krænkelse af deres patenter, ved at afgrænse disse aftalers rækkevidde til alene de produkter, der krænkede disse patenter, og ved på ingen måde at have forsøgt at holde disse aftaler hemmelige, hvilket sagsøgerne ville have gjort, dersom de havde haft til hensigt at overtræde EU-konkurrenceretten.
- 829 Kommissionen har bestridt disse argumenter.
- 830 For det første skal det – i lighed med, hvad sagsøgerne har gjort – bemærkes, at det forhold, at tilstedeværelsen af en rimelig tvivl om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, ikke længere eksplicit figurerer blandt de formildende omstændigheder, der udtrykkeligt omtales i 2006-retningslinjerne, ikke er tilstrækkeligt til, at Kommissionen automatisk undlader at anvende den som formildende omstændighed. Det er således i denne henseende præciseret i retspraksis, at for så vidt som retningslinjerne ikke indeholder bindende angivelser vedrørende de formildende omstændigheder, der kan tages i betragtning, har Kommissionen bevaret et vist skøn, således at den samlet kan bedømme betydningen af en eventuel nedsættelse af bødebeløbene som følge af formildende omstændigheder (jf. i denne retning dom Dalmine mod Kommissionen, nævnt i præmis 381 ovenfor, EU:T:2004:220, præmis 326 og den deri nævnte retspraksis).
- 831 Den omstændighed, at en kommissionsafgørelse repræsenterer det første tilfælde af anvendelse af konkurrencereglerne på en given økonomisk sektor, kan imidlertid ikke kvalificeres som formildende, såfremt ophavsmanden til overtrædelsen vidste eller ikke kunne være uvidende om, at hans adfærd

kunne medføre en konkurrencebegrænsning på markedet og give anledning til problemer i forhold til konkurrenceretten (jf. i denne retning dom af 8.3.2011, *World Wide Tobacco España mod Kommissionen*, T-37/05, EU:T:2011:76, præmis 160).

- 832 I den konkrete sag kunne sagsøgerne ikke være uvidende om, at de omtvistede aftaler kunne overtræde artikel 101 TEUF. Disse aftaler havde således til formål imod betaling at udelukke potentielle konkurrenter fra markedet i aftalernes løbetid, hvilket henhører under de alvorlige overtrædelser, som udtrykkeligt er omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF.
- 833 Det fremgår desuden af den anfægtede afgørelse, at Lundbeck var bevidst om de nævnte aftalers potentielt ulovlige karakter (jf. præmis 778 ovenfor).
- 834 Hvad angår de kommunikéer fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som sagsøgerne har påberåbt sig, skal det i øvrigt bemærkes, at en virksomhed, der har overtrådt artikel 101 TEUF, ikke kan undgå at blive pålagt en bøde, når denne overtrædelse skyldes en vildfarelse fra virksomhedens side vedrørende lovligheden af dens adfærd på grund af konklusionen i en advokats juridiske rådgivning eller konklusionen i en national konkurrencemyndigheds afgørelse (dom *Schenker & Co. m.fl.*, nævnt i præmis 749 ovenfor, EU:C:2013:404, præmis 43). Disse kommunikéer – der langt fra skaber tvivl om anvendeligheden af artikel 101 TEUF på de omtvistede aftaler – præciserede desuden i den konkrete sag, at de omtvistede aftaler kunne påvirke konkurrencen, såfremt det viste sig, at Lundbeck havde betalt konkurrenter for, at de holdt sig uden for markedet.
- 835 Såfremt det antages, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler kunne bestå en rimelig tvivl om de faktorer, der skulle tages hensyn til med henblik på at fastslå, hvorvidt der i den konkrete sag forelå en konkurrencebegrænsning på grund af formålet, forholder det sig under alle omstændigheder ikke desto mindre således, at der – i en sammenhæng, hvor sagsøgerne besad et antal procespatenter, der kunne være til hinder for de generiske virksomheders indtræden på markedet – på dette tidspunkt ikke kunne bestå nogen tvivl om, at aftaler, der, som i det foreliggende tilfælde, havde til formål at betale potentielle konkurrenter for, at de i en nærmere fastsat periode holdt sig uden for markedet, ikke kunne være i overensstemmelse med artikel 101, stk. 1, TEUF, eftersom disse aftaler, selv efter deres udløb, på ingen måde gav mulighed for at fremme de generiske lægemidlers indtræden på markedet, og idet de ikke reelt gav grundlag for at løse den underliggende patenttvist mellem parterne (præmis 476 og 498 ovenfor).
- 836 Som fastslået i forbindelse med det sjette anbringende ovenfor, indeholdt de omtvistede aftaler, med undtagelse af GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige, desuden begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, således at de omtvistede aftaler – selv om det af sagsøgerne foreslåede kriterium om patenternes anvendelsesområde havde været det relevante retlige kriterium for vurderingen af disse aftalers lovlighed i forhold til artikel 101, stk. 1, TEUF – ikke ville have været i overensstemmelse med dette kriterium, og derfor tillige ville have udgjort konkurrencebegrænsninger på grund af formålet som omhandlet i denne bestemmelse. Hvad angår GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige skal det bemærkes, at denne sammen med GUK-aftalen for EØS indgår i den samme samlede og vedvarende overtrædelse, der blev begået af Lundbeck og Merck (GUK). Som bemærket ovenfor har Kommissionen i tilstrækkelig grad påvist, at GUK-aftalen for EØS indeholdt begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter.
- 837 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at de i den konkrete sag omhandlede overtrædelser blev begået af uagtsomhed, hvilket ligeledes udgør en formildende omstændighed, der begrunder en bødenedsættelse.
- 838 Det præciseres i 2006-retningslinjernes punkt 29, at bødens grundbeløb kan nedsættes, hvis Kommissionen fastslår, at der foreligger formildende omstændigheder, navnlig, f.eks., hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at overtrædelserne skyldes uagtsomhed.

- 839 Der skal dog erindres om, at sagsøgerne i den konkrete sag forsætligt indgik de omtvistede aftaler, og at disse aftaler indgik i en bevidst strategi, som tog sigte mod at undgå de generiske lægemidlers potentielt umiddelbare indtræden på markedet (præmis 126 og 529 ovenfor).
- 840 Sagsøgernes argument bygger således atter på den antagelse, at de omtvistede aftaler udelukkende forhindrede adgangen til markedet for de generiske produkter, som potentielt krænkede deres patenter. Som påvist i forbindelse med det sjette anbringende ovenfor, var dette imidlertid ikke tilfældet. Under alle omstændigheder bestod der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler en uvished om, hvorvidt Lundbecks patenter var gyldige, og hvorvidt de blev krænkede af de produkter, som de generiske virksomheder havde til hensigt at markedsføre (jf. det andet anbringende ovenfor), hvilken uvished blev fjernet med disse aftaler. Det er derfor med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at overtrædelserne i den foreliggende sag blev begået af uagtsomhed, og at Kommissionen burde have ladet dem drage fordel af denne formildende omstændighed.
- 841 Selv hvis det lægges til grund, at overtrædelserne i den foreliggende sag blev begået af uagtsomhed, var Kommissionen desuden ikke forpligtet til af den grund at indrømme sagsøgerne en bødenedsættelse. Som ordlyden af 2006-retningslinjernes punkt 29 bekræfter, råder Kommissionen således i denne forbindelse over en skønsmargen, under hensyntagen til alle sagens omstændigheder. Selv om de omstændigheder, der er opregnet i retningslinjerne, bestemt er blandt dem, som Kommissionen kan tage hensyn til i en given sag, er denne institution følgelig ikke forpligtet til, når en virksomhed fremsætter oplysninger, som kan indikere tilstedeværelsen af en af disse omstændigheder, automatisk at indrømme en supplerende nedsættelse på dette grundlag uden at foretage en samlet analyse. Spørgsmålet, om det er passende eventuelt at nedsætte bøden på grundlag af formildende omstændigheder, skal nemlig bedømmes ud fra en samlet betragtning under hensyntagen til samtlige relevante omstændigheder (jf. i denne retning dom af 5.12.2013, Caffaro mod Kommissionen, C-447/11 P, EU:C:2013:797, præmis 103).
- 842 På baggrund af samtlige omstændigheder i sagen og navnlig det forhold, at Kommissionen har taget hensyn til varigheden af proceduren ved at indrømme en nedsættelse på 10% af grundbeløbet for den sagsøgerne pålagte bøde, finder Retten imidlertid, under udøvelse af sin fulde prøvelsesret efter artikel 31 i forordning nr. 1/2003, i henhold til artikel 261 TEUF (præmis 795 ovenfor), at der ikke i den foreliggende sag er grundlag for at anerkende, at der forelå formildende omstændigheder, og at det bødebeløb, som sagsøgerne er blevet pålagt ved den anfægtede afgørelse, skal opretholdes.
- 843 Hvad navnlig angår GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige skal det fremhæves, at selv om det i forbindelse med det sjette anbringende er blevet bemærket, at Kommissionen ikke i den anfægtede afgørelse i tilstrækkelig grad havde påvist, at denne aftale indeholdt begrænsninger, der gik ud over anvendelsesområdet for Lundbecks patenter, er et sådant klagepunkt blevet anset for irrelevant af de grunde, der er redegjort for i præmis 540 og 571-578 ovenfor. Der er følgelig ikke grundlag for, at Retten indrømmer sagsøgerne en bødenedsættelse på dette punkt.
- 844 Følgelig skal det fjerde led samt det tiende anbringende i sin helhed forkastes.
- 845 Da ingen af de anbringender, som sagsøgerne har fremsat til støtte for deres påstand om annulation af den anfægtede afgørelse, kan tages til følge eller er relevante, og da behandlingen af de argumenter, der er gjort gældende til støtte for sagsøgernes påstand om ændring af bødebeløbet, ikke har givet grundlag for at påpege nogen upassende elementer i den af Kommissionen foretagne beregning af dette bødebeløb, bør Kommissionen frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

⁸⁴⁶ I henhold til procesreglementets artikel 134 pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgerne har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

⁸⁴⁷ I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 3, og i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom bestemmes, at intervenienten bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Niende Afdeling):

- 1) Europa-Kommissionen frifindes.**
- 2) H. Lundbeck A/S og Lundbeck Ltd bærer deres egne omkostninger og betaler de af Kommissionen afholdte omkostninger.**
- 3) European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) bærer sine egne omkostninger.**

Berardis

Czúcz

Popescu

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. september 2016.

Underskrifter

Indhold

Twistens baggrund	2
I – De omhandlede selskaber i den foreliggende sag	2
II – Det omhandlede produkt og patenter vedrørende dette	3
III – De omtvistede aftaler	4
A – Aftalerne med Merck (GUK)	4
B – Aftalerne med Arrow	6
C – Aftalen med Alpharma	8
D – Aftalen med Ranbaxy	10
IV – Kommissionens skridt inden for lægemiddelsektoren og den administrative procedure	10
V – Den anfægtede afgørelse	11
Retsforhandlinger og parternes påstande	15
Retlige bemærkninger	16
I – Det første anbringende om, at der er begået retlige fejl og foretaget urigtige skøn derved, at det i den anfægtede afgørelse er lagt til grund, at de generiske virksomheder og Lundbeck på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler i det mindste var potentielle konkurrenter .	16
A – Analysen i den anfægtede afgørelse af den potentielle konkurrence	16
B – Gældende principper og retspraksis	18
1. Begrebet potentiel konkurrence	18
2. Bevisbyrden	19
3. Rækkevidden af den kontrol, der udøves af Retten	21
C – Det første led om, at lanceringen af lægemidler, der krænker tredjeparters intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke udgør et udtryk for en potentiel konkurrence som omhandlet i artikel 101 TEUF	21
D – Det andet led om, at Kommissionen støttede sig på subjektive vurderinger med henblik på at konkludere, at de generiske virksomheder var reelle eller potentielle konkurrenter til Lundbeck	24
E – Det tredje led om, at bestridelsen af et gyldigt patent ikke udgør en reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet	26
F – Det fjerde led om, at fraværet af en markedsføringstilladelse er til hinder for, at der kan bestå en reel eller potentiel konkurrence	30

G –	Det femte led om, at de generiske virksomheder ikke kunne have skiftet til andre processer og/eller andre producenter af den aktive lægemiddelbestanddel i de omtvistede aftalers løbetid.....	32
H –	Det sjette led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Merck (GUK)	36
1.	Situationen i Det Forenede Kongerige	37
2.	Situationen i EØS	40
I –	Det syvende led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Arrow	41
1.	Situationen i Det Forenede Kongerige	42
2.	Situationen i Danmark	45
J –	Det ottende led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Alpharma	46
K –	Det niende led om, at der på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler ikke bestod nogen potentiel konkurrence mellem Lundbeck og Ranbaxy	49
II –	Det andet, tredje, fjerde, femte og sjette anbringende, der i det væsentlige vedrører en tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF	54
A –	Analysen i den anfægtede afgørelse af, om der forelå et »konkurrencebegrænsende formål«	54
B –	Gældende principper og retspraksis	55
C –	Det andet anbringende om, at der blev begået en åbenbar retlig og faktisk fejl, og at der ikke blev givet en fyldestgørende begrundelse ved vurderingen af værdioverførslernes rolle i de omtvistede aftaler	56
1.	Det første led	56
2.	Det andet led	64
3.	Det tredje led	66
D –	Det tredje anbringende om, at der blev begået en retlig fejl ved anvendelsen af principperne om det konkurrencebegrænsende formål	68
1.	Det første led	68
2.	Det andet led	72
3.	Det tredje led	73
4.	Det fjerde led	76
E –	Det fjerde anbringende om, at der blev begået en retlig fejl, og at der ikke blev givet en fyldestgørende begrundelse ved afvisningen af kriteriet om patentets anvendelsesområde som den afgørende norm for vurderingen inden for rammerne af artikel 101, stk. 1, TEUF af aftalerne om en mindelig løsning på patentområdet	77

1.	Det første led	78
2.	Det andet led	81
F –	Det femte anbringende om, at der blev foretaget en åbenbart urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder, at der skete en tilsidesættelse af pligten til at udvise omhu, og at der ikke blev givet en fyldestgørende begrundelse derved, at Lundbecks handlinger blev kvalificeret som en overordnet strategi rettet imod de generiske lægemidlers indtræden og som relevante for vurderingen af de omtvistede aftaler på grundlag af artikel 101, stk. 1, TEUF	83
G –	Det sjette anbringende om, at der blev foretaget en åbenbart urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder derved, at det konkluderes i den anfægtede afgørelse, at de omtvistede aftaler indeholdt begrænsninger, der overskred dem, som var uløseligt forbundet med udøvelsen af de ved Lundbecks patenter tillagte rettigheder	87
1.	GUK-aftalen for Det Forenede Kongerige	88
2.	GUK-aftalen for EØS	93
3.	Arrow UK-aftalen	96
4.	Den danske Arrow-aftale	101
5.	Alpharma-aftalen	102
6.	Ranbaxy-aftalen	107
III –	Det syvende anbringende om, at der blev foretaget en åbenbart urigtig vurdering derved, at effektivitetsgevinsterne ved de omtvistede aftaler ikke blev korrekt opgjort	109
IV –	Det ottende anbringende om, at der er sket en tilsidesættelse af retten til forsvar	112
A –	Det første led	112
B –	Det andet led	115
V –	Det niende anbringende, hvorved det subsidiært gøres gældende, at pålæggelsen af bøder over for Lundbeck er behæftet med en retlig fejl	117
A –	Det første led	117
B –	Det andet led	120
VI –	Det tiende anbringende, hvorved det mere subsidiært gøres gældende, at der er begået retlige og faktiske fejl ved beregningen af bødernes størrelse	121
A –	Det første led	122
B –	Det andet led	125
C –	Det tredje led	126
D –	Det fjerde led	127
	Sagens omkostninger	130

