



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Udvidede Afdeling)

12. december 2018 *

»Konkurrence – karteller – misbrug af dominerende stilling – markedet for perindopril, der er et lægemiddel til behandling af hjerte-kar-sygdomme, som originalmedicin og generisk produkt – afgørelse, der fastslår en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF – princippet om upartiskhed – høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål – adgang til effektive retsmidler – kort søgsmålsfrist, henset til den anfægtede afgørelses længde – aftaler om forlig i tvister vedrørende patenter – licensaftaler – aftaler om overtagelse af teknologi – eksklusiv købsaftale – potentiel konkurrence – konkurrencebegrænsende formål – konkurrencebegrænsende virkning – afvejning mellem konkurrenceret og patentret – kvalificering som særskilte lovovertrædelser eller en samlet overtrædelse – afgrænsning af det relevante marked i forhold til det pågældende lægemiddels molekyle – bøder – kumulation af bøder i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF – princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel – afsætningsens værdi – regler for beregning i tilfælde af kumulation af overtrædelser på de samme markeder«

I sag T-691/14,

Servier SAS, Suresnes (Frankrig),

Servier Laboratories Ltd, Wexham (Det Forenede Kongerige),

Les Laboratoires Servier SAS, Suresnes,

først ved I.S. Forrester, QC, barrister J. Killick, advokat O. de Juvigny og solicitor M. Utges Manley, derefter ved advokaterne J. Killick, O. de Juvigny, M. Utges Manley, J. Jourdan og T. Reymond,

sagsøgere,

støttet af:

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), Genève (Schweiz), ved barrister F. Carlin og advokaterne N. Niejahr og C. Paillard,

intervenient,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

angående et søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF med principal påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2014) 4955 final af 9. juli 2014 om en procedure i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF (sag AT.39612 – Perindopril (Servier)), for så vidt som den vedrører sagsøgerne, og subsidiært om nedsættelse af den bøde, som selskaberne blev pålagt ved den nævnte afgørelse,

har

RETTEN (Niende Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni (refererende dommer), og dommerne E. Bieliūnas, L. Madise, R. da Silva Passos og K. Kowalik-Bańczyk,

justitssekretær: fuldmægtig G. Predonzani,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 6.-9. juni 2017,

afsagt følgende

Dom¹

I. Tvistens baggrund

A. Sagsøgerne

- 1 Servier-koncernen, der bl.a. består af Servier SAS, dets moderselskab i Frankrig, Les Laboratoires Servier SAS og Servier Laboratories (herefter individuelt eller samlet »Servier« eller »sagsøgerne«), omfatter lægemiddelselskaber i hele verden. Koncernens moderselskab drives egenhændigt af Stichting FIRS, der er en almennyttig nederlandsk fond.

B. Perindopril og patenter på perindopril

1. Perindopril

- 2 Servier udviklede perindopril, som er lægeligt anbefalet til medicinsk behandling af hjerte-kar-sygdomme, og som hovedsageligt skal anvendes mod forhøjet blodtryk og hjerteinsufficiens, med en mekanisme, som hæmmer det enzym, der omdanner angiotensin (herefter »ACE-hæmmer«).
- 3 Perindoprils aktive lægemiddelstof, dvs. det biologisk kemiske aktivstof, der skaber de tilsigtede terapeutiske virkninger, er en saltform. Det oprindeligt anvendte salt var erbumin (eller tert-butylimin), der har en krystallinsk form som følge af Serviers syntesemetode.

2. Molekylepatentet

- 4 Servier indgav ansøgning om patent på perindoprilmolekylet (patent EP0049658, herefter »patent 658«) til Den Europæiske Patentmyndighed (EPO) den 29. september 1981. Patent 658 skulle udløbe den 29. september 2001, men beskyttelsen heraf blev forlænget i flere af Den Europæiske Unions medlemsstater, herunder i Det Forenede Kongerige, til den 22. juni 2003, som tilladt ved Rådets

1 – Der gengives kun de præmisser i denne dom, som Retten finder det relevant at offentliggøre.

forordning (EØF) nr. 1768/92 af 18. juni 1992 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler (EFT 1992, L 182, s. 1). I Frankrig blev beskyttelsen af patent 658 forlænget til den 22. marts 2005 og i Italien til den 13. februar 2009.

3. Sekundære patenter

- 5 I 1988 anmeldte Servier desuden en række patenter til EPO vedrørende metoderne til fremstilling af perindopril-molekylet, som udløb den 16. september 2008: patent EP0308339, EP0308340, EP0308341 og EP0309324 (herefter henholdsvis »patent 339«, »patent 340«, »patent 341« og »patent 324«).
- 6 Servier indgav i 2001 ansøgninger om nye patenter vedrørende erbumin og metoderne til fremstilling heraf til EPO, herunder patent EP1294689 (kaldet »beta-patentet«, herefter »patent 689«), patent EP1296948 (kaldet »gamma-patentet«, herefter »patent 948«) og patent EP1296947 (kaldet »alfa-patentet«, herefter »patent 947«).
- 7 Servier indgav den 6. juli 2001 ansøgning om patent 947 vedrørende den alfavkrySTALLINSKE form af erbumin og fremstillingsprocessen heraf, og EPO udstedte det den 4. februar 2004.
- 8 Servier indgav ligeledes ansøgninger om nationale patenter i flere EU-medlemsstater, før disse blev parter i konventionen om meddelelse af europæiske patenter, som blev undertegnet i München den 5. oktober 1973 og trådte i kraft den 7. oktober 1977 (herefter »EPK«). Servier indgav f.eks. patentansøgninger vedrørende patent 947 i Bulgarien (BG 107 532), i Den Tjekkiske Republik (PV2003-357), i Estland (P200300001), i Ungarn (HU225340), i Polen (P348492) og i Slovakiet (PP0149-2003). Alle de pågældende patentansøgninger blev indgivet den samme dag, nemlig den 6. juli 2001. Patenterne blev udstedt den 16. maj 2006 i Bulgarien, den 17. august 2006 i Ungarn, den 23. januar 2007 i Den Tjekkiske Republik, den 23. april 2007 i Slovakiet og den 24. marts 2010 i Polen.

4. Anden generation af perindopril

- 9 I 2002 begyndte Servier at udvikle en anden generation af perindopril, som blev fremstillet af et andet salt end erbumin, nemlig argininsalt. Dette argininperindopril skulle være forbedret hvad angår holdbarhed, der blev ændret fra to til tre år, stabilitet, der gav mulighed for en enkelt emballagetype til alle klimaområder, og opbevaringstype, der ikke nødvendiggjorde særlige forhold.
- 10 Servier indgav en europæisk patentansøgning for argininperindopril (patent EP1354873B, herefter »patent 873«) den 17. februar 2003. Patent 873 blev udstedt den 17. juli 2004 med en udløbsdato fastsat til den 17. februar 2023. Indførelsen af argininperindopril på Unionens markeder begyndte i 2006.

C. Tvister vedrørende perindopril

1. Tvister for EPO

- 11 Ti generikaproducerende selskaber, heriblandt Niche Generics Ltd (herefter »Niche«), Krka Tovarna Zdravil d.d. (herefter »Krka«), Lupin Ltd og Norton Healthcare Ltd, datterselskab af Ivax Europe (herefter »Ivax«), som senere er fusioneret med Teva Pharmaceuticals Ltd (herefter individuelt eller sammen med de øvrige selskaber i Teva-koncernen omtalt »Teva«), fremsatte i 2004 indsigelse mod patent 947 for EPO med henblik på fuldstændig tilbagekaldelse heraf, idet de påberåbte sig, at patentet manglede nyhedsværdi og opfindeshøjde, og at beskrivelsen af opfindelsen var utilstrækkelig.

- 12 Den 27. juli 2006 godkendte EPO's indsigelsesafdeling gyldigheden af patent 947 efter mindre ændringer af Serviers oprindelige patentkrav (herefter »EPO's afgørelse af 27. juli 2006«). Syv selskaber klagede over denne afgørelse. Niche trak sin indsigelse tilbage den 9. februar 2005, Krka den 11. januar 2007 og Lupin den 5. februar 2007. Ved afgørelse af 6. maj 2009 annullerede EPO's tekniske appelkammer EPO's afgørelse af 27. juli 2006 og tilbagekaldte patent 947. Den anmodning om genoptagelse, som Servier indgav i forhold til denne afgørelse, blev forkastet den 19. marts 2010.
- 13 Niche indgav den 11. august 2004 ligeledes en indsigelse mod patent 948 for EPO, men trak sig fra sagen den 14. februar 2005.
- 14 Teva indledte en indsigelsesprocedure vedrørende patent 873 den 13. april 2005. Indsigelsesafdelingen forkastede denne indsigelse, fordi Teva ikke havde godtgjort, at dette patents opfindeshøjde var tilstrækkelig. Teva klagede over denne afgørelse den 22. december 2008, men frafaldt klagen den 8. maj 2012.

2. Tvister for de nationale retsinstanser

- 15 De generikaproducerende selskaber anfægtede endvidere gyldigheden af patent 947 for retsinstanserne i visse medlemsstater, herunder i Nederlandene og Det Forenede Kongerige.

a) Tvisten mellem Servier og Niche og mellem Servier og Matrix

- 16 I Det Forenede Kongerige anlagde Servier den 25. juni 2004 en sag om patentkrænkelse for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager), Det Forenede Kongerige) i forhold til Niche, idet det førstnævnte selskab påberåbte sig patent 339, 340 og 341, da Niche havde ansøgt om markedsføringstilladelser i Det Forenede Kongerige for en generisk version af perindopril, der var udviklet sammen med Matrix Laboratories Ltd (herefter »Matrix«) i medfør af en aftale, der blev indgået den 26. marts 2001 (herefter »Niche-Matrix-aftalen«). Den 9. juli 2004 fremsatte Niche en modkrav over for Servier om, at patent 947 blev erklæret ugyldigt.
- 17 Retsmøderne for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) vedrørende spørgsmålet, om den angivelige patentkrænkelse var velbegrundet, blev endeligt fastsat til den 7. og 8. februar 2005, men varede kun en halv dag, eftersom der blev indgået forlig mellem Servier og Niche den 8. februar 2005, hvilket afsluttede tvisten mellem disse to parter.
- 18 Matrix blev underrettet af Niche om afviklingen af denne tvist og blev ligeledes knyttet til denne tvist, idet dette selskab for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)), afgav indlæg på Niches vegne. Servier sendte desuden en formel varslingskrivelse til Matrix den 7. februar 2005 og foreholdt dette selskab en krænkelse af patent 339, 340 og 341, idet Servier truede selskabet med et patentkrænkelssøgsmål.
- 19 I efteråret 2004 begyndte Servier i øvrigt at planlægge overtagelsen af Niche. Servier fik med henblik herpå udført forudgående revision, hvis første fase blev afsluttet den 10. januar 2005, da selskabet fremsatte et ikke-bindende bud på overtagelsen af selskabskapitalen i Niche for i alt mellem 15 og 45 mio. pund sterling (GBP). Efter den anden fase af denne forudgående revision, som blev udført den 21. januar 2005, meddelte Servier den 31. januar 2005 Niche mundtligt, at selskabet ikke længere ønskede at overtage Niche.

b) Tvisterne mellem Servier og Ivax og mellem Servier og Teva

- 20 I Det Forenede Kongerige indgav Ivax den 9. august 2005 begæring til High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) om tilbagekaldelse af patent 947. I oktober 2005 besluttede Servier og Ivax imidlertid at udsætte proceduren, indtil der var truffet endelig afgørelse i indsigelsesproceduren for EPO. Til gengæld gav Servier over for Ivax og selskabets licenstagere og kunder tilsagn om, at Servier i udsættelsesperioden og i Det Forenede Kongerige ikke ville anlægge søgsmål, ikke ville anmode om tilbagebetaling af overskud eller økonomisk kompensation ud over et rimeligt vederlag for enhver krænkelse af patent 947 og ikke ville søge fyldestgørelse gennem et påbud eller forlange aflevering af produkter. Servier forpligtede sig også til at videreføre proceduren for EPO med behørig omhu og til ikke at anmode om et foreløbigt påbud i forbindelse med en krænkelsessag, efter at proceduren for EPO var afsluttet.
- 21 I Nederlandene indgav Tevas datterselskab Pharmachemie BV den 15. oktober 2007 begæring til Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag, Nederlandene) om tilbagekaldelse af patent 947, som godkendt i Nederlandene, fordi det manglede nyhedsværdi og opfindeshøjde og ikke var egnet til industriel udnyttelse. Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag) imødekom denne begæring den 11. juni 2008. Servier appellerede denne dom den 7. oktober 2008, men indgav herefter ingen fremstilling af klagepunkterne.

c) Tvisterne mellem Servier og Krka

- 22 Den 30. maj 2006 indgav Servier i Ungarn en begæring om et foreløbigt påbud med henblik på at forbyde afsætningen af en generisk version af perindopril, som var markedsført af Krka, på grund af krænkelsen af patent 947. Denne begæring blev forkastet i september 2006.
- 23 I Det Forenede Kongerige anlagde Servier den 28. juli 2006 en sag om krænkelse af patent 340 mod Krka ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)). Den 2. august 2006 anlagde Servier ligeledes en sag om krænkelse af patent 947 mod Krka ledsaget af en begæring om et foreløbigt påbud. Krka fremsatte den 1. september 2006 et modkrav om ophævelse af patent 947 og den 8. september 2006 et nyt modkrav om ophævelse af patent 340. Den 3. oktober 2006 imødekom High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) Serviers begæring om et foreløbigt påbud, hvorefter den forkastede den begæring om summarisk behandling (motion of summary judgment), som Krka havde fremsat den 1. september 2006 med henblik på at kende patent 947 ugyldigt. Den 1. december 2006 bortfaldt den verserende sag, efter at parterne havde indgået forlig, og det foreløbige påbud blev ophævet.

d) Tvisten mellem Servier og Lupin

- 24 Den 18. oktober 2006 anlagde Lupin en sag ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) med påstand om, at patent 947, som godkendt i Det Forenede Kongerige, blev kendt ugyldigt, og at det blev fastslået, at den generiske version af perindopril, som Lupin havde til hensigt at markedsføre i dette land, ikke krænkede dette patent.

e) Tvisterne mellem Servier og Apotex

- 25 I Det Forenede Kongerige anlagde Servier den 1. august 2006 en sag om patentkrænkelser mod Apotex Inc. ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) under påberåbelse af en krænkelser af patent 947, eftersom Apotex den 28. juli 2006 havde lanceret en generisk version af perindopril. Apotex indgav et modkrav om ophævelse af dette patent. Den 8. august 2006 blev der udstedt et foreløbigt påbud, som forbød Apotex at importere, udbyde og sælge perindopril. Den 6. juli 2007 fastslog High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)), at patent 947 var ugyldigt, fordi det manglede nyhedsværdi og opfindeshøjde i forhold til patent 341. Påbuddet blev som følge heraf straks ophævet, hvorefter Apotex kunne genoptage salget af sin generiske version af perindopril på markedet i Det Forenede Kongerige. Den 9. maj 2008 forkastede Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager), Det Forenede Kongerige) en appel iværksat af Servier til prøvelse af den dom, der var afsagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)).
- 26 Den 9. oktober 2008 tilkendte High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) Apotex et beløb på 17,5 mio. GBP i erstatning for det omsætningstab, som selskabet havde lidt, mens påbuddet var gældende. Den 29. marts 2011 pålagde High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) imidlertid Apotex at tilbagebetale dette beløb til Servier i henhold til princippet *ex turpi causa*, idet perindopril-molekylet indtil 2018 var beskyttet af et gyldigt canadisk patent, og Apotex fremstillede og solgte sit lægemiddel i Canada. Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)) ophævede imidlertid denne afgørelse ved dom af 3. maj 2012. Den 29. oktober 2014 forkastede Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) en appel iværksat af Servier til prøvelse af den dom, der var afsagt af Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)).
- 27 I Nederlandene fremsatte Apotex' datterselskab Katwijk Farma BV den 13. november 2007 en begæring til Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag) om ophævelse af patent 947, som godkendt i Nederlandene. Servier indgav den 7. december 2007 en begæring om et foreløbigt påbud over for Katwijk Farma, som Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag) forkastede den 30. januar 2008. Efter at Rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag) den 11. januar 2008 havde ophævet patent 947 for Nederlandene i forbindelse med en sag anlagt af Pharmachemie, trak Servier og Katwijk Farma sig fra de igangværende procedurer.

D. Forligene i patenttvisterne

- 28 Servier indgik en række patentforligsaftaler med flere generikaproducerende selskaber, med hvilke koncernen havde tvister vedrørende patenterne. Servier indgik imidlertid ikke noget forlig med Apotex.

1. Serviers aftaler med Niche og Unichem og med Matrix

- 29 Den 8. februar 2005 indgik Servier to forligsaftaler – den ene med Niche og dets moderselskab, Unichem Laboratories Ltd (herefter »Unichem«), og den anden med Matrix. Samme dag indgik Niche en licens- og leveringsaftale med Biogaran, der er et helejet datterselskab af Laboratoires Servier.

- 30 Serviers aftale med Niche og Unichem (herefter »Niche-aftalen«) dækkede alle de lande, hvor patent 339, 340, 341 og 947 fandtes (artikel 3).
- 31 Ved Niche-aftalen forpligtede Niche og Unichem sig til at afholde sig fra at fremstille, lade fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere eller råde over perindopril, der var fremstillet efter den proces, som Niche havde skabt, og som Servier mente krænkede patent 339, 340 og 341 som godkendt i Det Forenede Kongerige, efter en i det væsentlige tilsvarende proces eller efter enhver anden proces, der kunne krænte patent 339, 340 og 341 (herefter »den omtvistede proces«) indtil disse patenters lokale udløb (artikel 3). I aftalen bestemtes til gengæld, at Niche efter udløbet af disse patenter kunne markedsføre perindopril fremstillet efter den omtvistede proces uden at krænte disse patenter (artikel 4 og 6). Niche var endvidere forpligtet til at annullere, opsige eller indtil patenternes udløb at udsætte alle sine allerede indgåede kontrakter om perindopril fremstillet efter den omtvistede proces samt ansøgningerne om markedsføringstilladelser for denne perindopril (artikel 11). Niche og Unichem forpligtede sig endvidere til ikke at fremsætte ansøgninger om markedsføringstilladelse for perindopril fremstillet efter den omtvistede proces og til ikke at bistå tredjemand med at opnå en sådan markedsføringstilladelse (artikel 10). Endelig skulle de indtil patenternes udløb afholde sig fra at anlægge søgsmål med påstand om ugyldighed af patent 339, 340, 341, 947, 689 og 948 eller om, at det blev fastslået, at der ikke forelå en krænkelse af disse patenter, undtagen som forsvar som led i en sag om krænkelse af patentet (artikel 8). Niche accepterede desuden at trække sine indsigelser mod patent 947 og 948 for EPO tilbage (artikel 7).
- 32 Til gengæld forpligtede Servier sig dels til ikke at anlægge sag om patentkrænkelse mod Niche eller dette selskabs kunder og Unichem på grundlag af patent 339, 340, 341 og 947 i forhold til enhver angivelig krænkelse indtruffet før Niche-aftalens indgåelse (artikel 5), dels til at betale Niche og Unichem 11,8 mio. GBP i to rater (artikel 13). Dette beløb var modydelse for Niches og Unichems tilsagn og for de »betydelige omkostninger og [det] potentielle ansvar, som Niche og Unichem eventuelt måtte bære som følge af indstillingen af deres program til udvikling af perindopril fremstillet efter den [omtvistede] proces«.
- 33 Den 8. februar 2005 indgik Niche desuden en licens- og leveringskontrakt med Biogaran (herefter »Biogaran-aftalen«) vedrørende overdragelse af dels alle de oplysninger og data, som Niche havde om tre lægemidler, og som var nødvendige for at opnå markedsføringstilladelser, dels den franske markedsføringstilladelse for et af disse lægemidler. Biogaran skulle som modydelse betale Niche et beløb på 2,5 mio. GBP, som ikke skulle tilbagebetales, selv om Biogaran ikke opnåede markedsføringstilladelser. Biogaran skulle desuden bestille de pågældende produkter hos Niche efter at have opnået sine markedsføringstilladelser. Såfremt Biogaran ikke opnåede markedsføringstilladelserne inden for en frist på 18 måneder efter aftalens ikrafttræden, skulle aftalen ophæves automatisk (artikel 14.4), uden at nogen af parterne havde ret til erstatning (artikel 14.5).
- 34 Serviers aftale med Matrix (herefter »Matrix-aftalen«) dækkede alle de lande, hvori patent 339, 340, 341 og 947 fandtes, med undtagelse af en stat, der ikke var medlem af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) [Matrix-aftalens section 1, paragraph 1, litra xiii].
- 35 Ved Matrix-aftalen forpligtede dette selskab sig til at afholde sig fra at fremstille, lade fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere eller råde over perindopril, der var fremstillet efter den omtvistede proces, indtil disse patenter udløb (artikel 1 og 2). I aftalen bestemtes til gengæld, at Matrix efter udløbet af disse patenter frit kunne markedsføre perindopril fremstillet efter den omtvistede proces uden at krænte disse patenter (artikel 4). Matrix var desuden forpligtet til at annullere, opsige eller indtil patenternes udløb at udsætte alle sine allerede indgåede kontrakter om perindopril fremstillet efter den omtvistede proces samt ansøgningerne om markedsføringstilladelser for denne perindopril inden den 30. juni 2005 (artikel 7 og 8). Selskabet forpligtede sig endvidere til ikke at fremsætte ansøgninger om markedsføringstilladelse for perindopril fremstillet efter den omtvistede proces og til ikke at bistå tredjemand med at opnå en sådan markedsføringstilladelse (artikel 6). Endelig skulle Matrix indtil patenternes udløb afholde sig fra at anlægge søgsmål med

påstand om ugyldighed af patent 339, 340, 341, 947, 689 og 948 eller om, at det blev fastslået, at der ikke forelå en krænkelse af disse patenter, undtagen som forsvar som led i en sag om krænkelse af patentet (artikel 5).

- 36 Til gengæld forpligtede Servier sig dels til ikke at anlægge sag om patentkrænkelse mod Matrix på grundlag af patent 339, 340, 341 og 947 i forhold til enhver angivelig krænkelse indtruffet før indgåelsen af Matrix-aftalen (artikel 3), dels til at betale Matrix 11,8 mio. GBP i to rater (artikel 9). Dette beløb var modydelse for Matrix' tilsagn og for de »betydelige omkostninger og [det] potentielle ansvar, som Matrix eventuelt måtte bære som følge af indstillingen af sit program til udvikling af perindopril fremstillet efter den [omtvistede] proces«.

2. Serviers aftale med Teva

- 37 Den 13. juni 2006 indgik Servier en aftale om forlig og eksklusivt køb med Teva (herefter »Teva-aftalen«). Teva-aftalen omhandlede perindopril baseret på erbumin (artikel 1.12).
- 38 Ifølge klausulerne i forliget forpligtede Teva sig til at destruere enhver form for perindopril, som tilhørte selskabet, eller som det udøvede kontrol over, og som var bestemt til salg i Det Forenede Kongerige (artikel 2.2). Teva skulle desuden afholde sig fra i Det Forenede Kongerige at fremstille, lade fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere eller råde over generisk perindopril, som enten var fremstillet efter den proces, som Teva havde skabt, og som Servier mente krænkede patent 947 og 339-341, eller som krænkede disse patenter, indtil Teva-aftalens ophør eller udløb eller indtil de nævnte patenters udløb (artikel 2.3). Teva forpligtede sig i øvrigt til ikke at anfægte ovennævnte patenter i Det Forenede Kongerige i Teva-forligets løbetid, hvilket ikke var til hinder for, at selskabet gjorde indsigelse mod de omtvistede patenter for EPO (artikel 2.4).
- 39 Som modydelse for Tevas tilsagn forpligtede Servier sig til at afstå fra at gøre krav gældende over for Teva vedrørende en eventuel krænkelse af de omtvistede patenter i Det Forenede Kongerige forud for Teva-aftalens ikrafttræden (artikel 2.1).
- 40 I henhold til klausulerne om den eksklusive købsforpligtelse forpligtede Teva sig til udelukkende at forsyne sig hos Servier for at dække hele sit behov for generisk perindopril bestemt til distribution i Det Forenede Kongerige i Teva-aftalens løbetid (artikel 3.1 og 1.14). Hvis Servier ikke var leveringsdygtig, havde Teva ingen klage- eller opsigelsesret, men ret til at modtage en fast godtgørelse på 500 000 GBP pr. måned (artikel 1.8 og 3.8.3).
- 41 Teva-aftalen blev i henhold til de generelle bestemmelser indgået for en periode på tre år og kunne forlænges med yderligere to år (artikel 8.1 og 8.2). Ved Teva-aftalens undertegnelse skulle Servier i øvrigt mod forevisning af en »passende faktura« udbetale et beløb på 5 mio. GBP til Teva som »bidrag til Tevas udgifter i forbindelse med indgåelsen af denne aftale, herunder bl.a. udgifter i forbindelse med opsigelse af selskabets eksisterende leveringskontrakter for Det Forenede Kongerige« (artikel 10).
- 42 Den 23. februar 2007 enedes Servier og Teva om et tillæg til Teva-aftalen (herefter »tillægget til Teva-aftalen«), hvori de bekræftede den faktiske iværksættelse af den eksklusive købsforpligtelse og fastsatte en dato, hvor Teva kunne begynde at forhandle generisk perindopril leveret af Servier. Denne dato skulle fastsættes ensidigt af Servier, eller den skulle svare til datoen for tilbagekaldelsen eller udløbet af patent 947 eller til den dato, hvor tvisten med Servier var løst, og Apotex begyndte at forhandle generisk perindopril i Det Forenede Kongerige.

3. Serviers aftaler med Krka

- 43 Den 27. oktober 2006 indgik Servier en forligsaftale og en licensaftale med Krka ledsaget af et tillæg af 2. november 2006.
- 44 I forligsaftalen med Krka bestemmes det, at patent 947 også dækker de tilsvarende nationale patenter (bilag B).
- 45 I henhold til forligsaftalen med Krka, som gjaldt, indtil patent 947 eller 340 udløb eller blev tilbagekaldt, forpligtede Krka sig til at afstå fra ethvert eksisterende krav vedrørende patent 947 i hele verden og vedrørende patent 340 i Det Forenede Kongerige og fra enhver fremtidig anfægtelse af disse to patenter i hele verden [artikel I, litra ii)]. Krka og dets datterselskaber måtte endvidere ikke lancere eller afsætte en generisk version af perindopril, der var i strid med patent 947, i dette patents gyldighedsperiode og i det land, hvor det stadig var gyldigt, uden Serviers udtrykkelige tilladelse (artikel V). Krka måtte heller ikke levere en generisk version af perindopril, der var i strid med patent 947, til en tredjepart uden Serviers udtrykkelige tilladelse (artikel V, stk. 2). Til gengæld skulle Servier frafalde igangværende sager mod Krka i hele verden baseret på krænkelse af patent 947 og 340, herunder sine begæringer om foreløbige påbud [artikel I, litra i)].
- 46 I henhold til den licensaftale, som var indgået med Krka for en periode, der svarede til gyldigheden af patent 947 (artikel 5), meddelte Servier Krka en »eksklusiv« og uigenkaldelig licens for patent 947 med henblik på at anvende, fremstille, sælge, udbyde til salg, fremme og importere sine egne produkter indeholdende den alfavkrySTALLINSKE form af erbumin (artikel 2) i Den Tjekkiske Republik, Letland, Litauen, Ungarn, Polen, Slovenien og Slovakiet (artikel 1). Som modydelse skulle Krka betale et vederlag på 3% af sin nettoafsætning i alle disse områder til Servier (artikel 3). Servier havde i disse medlemsstater ret til at anvende patent 947 direkte eller indirekte (dvs. for et af sine datterselskaber eller for en enkelt tredjepart i hvert land) (artikel 2).
- 47 Den 5. januar 2007 indgik Servier desuden en overdragelses- og licensaftale med Krka.
- 48 I henhold til overdragelses- og licensaftalen overdrog Krka to patentansøgninger til Servier, hvoraf den ene vedrørte en synteseproces for perindopril (WO 2005 113500), og den anden vedrørte tilberedning af perindoprilformuleringer (WO 2005 094793) (artikel 1). Den teknologi, der beskyttedes ved disse patentansøgninger, blev anvendt til fremstilling af Krkas perindopril.
- 49 Krka forpligtede sig til ikke at anfægte gyldigheden af de patenter, der blev meddelt på grundlag af de omhandlede ansøgninger (artikel 3).
- 50 Som modydelse for denne overdragelse udbetalte Servier et beløb på 15 mio. EUR til Krka for hver af de omhandlede ansøgninger (artikel 2).
- 51 Servier meddelte ligeledes Krka en ikke-eksklusiv, uigenkaldelig, uoverdragelig og vederlagsfri licens uden ret til at meddele underlicenser (undtagen til datterselskaber) vedrørende ansøgningerne eller de heraf følgende patenter, idet denne licens ikke var begrænset med hensyn til tid, sted eller eventuelle anvendelser (artikel 4).

4. Serviers aftale med Lupin

- 52 Den 30. januar 2007 indgik Servier en forligsaftale med Lupin (herefter »Lupin-aftalen«).
- 53 De to parter besluttede i denne forbindelse at bilægge deres indbyrdes tvister vedrørende perindopril (artikel 1.1, 1.2 og 1.4).

- 54 Lupin forpligtede sig endvidere til ikke – hverken direkte eller indirekte – at forsøge at bistå med eller at overlade det til en tredjepart at tilbagekalde, ugyldiggøre eller anfægte patent 947 eller ethvert patent, som Servier eller dets datterselskaber er indehaver af, og som beskytter perindopril, i alle lande med undtagelse af en stat, der ikke var medlem af EØS (artikel 1.3). Lupin og dets datterselskaber skulle desuden afstå fra salg eller udbud til salg af ethvert lægemiddel, hvori det aktive stof var »perindopril[-]erbumin [...] og enhver form for salt i tilknytning hertil«, i alle lande med undtagelse af en stat, der ikke var medlem af EØS (artikel 1.6). Lupin havde imidlertid ret til at afsætte produkter leveret af Servier eller sit eget perindoprilpræparat i lande, hvor der var markedsført en generisk version af perindopril med tilladelse fra Servier, eller såfremt alle Serviers relevante patenter var udløbet, eller i lande, hvor en tredjepart havde markedsført en generisk version af perindopril, og hvor Servier ikke havde fremsat begæring om påbud med henblik på at forbyde salget (artikel 1.6 og 4.1).
- 55 Som led i Lupin-aftalen indgik Servier og Lupin i øvrigt også en aftale om overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og en licensaftale.
- 56 Servier overtog således tre ansøgninger om procespatenter vedrørende perindopril, der var indgivet af Lupin:
- ansøgning W0 2004/075889 (EP1603558 B1) vedrørende en ny proces for tilberedning af perindopril og af salte i tilknytning hertil for 20 mio. EUR
 - ansøgning W0 2006/097941 (EP1861367 A) vedrørende en ny og bedre proces for rensning af perindopril for 10 mio. EUR
 - ansøgning W0 2005/037788 (EP1675827 A1) vedrørende en ny proces for tilberedning af »krystallinsk perindopril-erbumin« for 10 mio. EUR.
- 57 Servier meddelte ligeledes Lupin en ikke-eksklusiv og uoverdragelig licens, som ikke kunne gives videre som underlicens, og som var gratis, permanent og uigenkaldelig, for disse tre patentansøgninger med henblik på fremstilling af perindopril i de lande, der var omfattet af de omhandlede ansøgninger (artikel 3.1).
- 58 Det fremgik endelig af Lupin-aftalen, at parterne inden for fire uger skulle indgå en leveringsaftale, hvilket imidlertid ikke skete.

E. Overtagelse af støtteteknologier

- 59 Den 3. september 2001 indgik sagsøgerne en aftale med Rolabo, SL om køb af en patentansøgning, som dette selskab havde indleveret den 24. juli 2001, vedrørende et aktivt stof i perindopril og en kemisk masterfile for det aktive stof i perindopril for et beløb på 10 mio. amerikanske dollars (USD).
- 60 Den 9. november 2004 indgik sagsøgerne en aftale med Azad Pharmaceutical Ingredients AG (herefter »Azad«) om overdragelse af en patentansøgning, som dette selskab havde indleveret for to nye polymorfe former for perindopril, delta og epsilon, samt den tilsvarende knowhow for hele verden for et beløb på 13 374 243 EUR.
- 61 Den 15. oktober 2007 indgik sagsøgerne et aftalememorandum med Sandoz AG, hvoraf det fremgik, at de skulle overtage den af Sandoz udviklede teknologi for det aktive stof i perindopril, hvis det viste sig, at denne teknologi ikke var patenteret, og at den kunne skabe bæredygtig konkurrence på industrielt plan, for et beløb, der kunne overstige 50 mio. USD. Forhandlingerne fortsatte indtil juli 2008, uden at der blev indgået en endelig aftale.

F. Sektorundersøgelsen

- 62 Den 15. januar 2008 besluttede Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber at indlede en undersøgelse af lægemiddelsektoren på grundlag af artikel 17 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) med henblik på at identificere dels årsagerne til tilbagegangen i innovation i denne sektor, målt ud fra antallet af nye lægemidler, der kom ind på markedet, dels årsagerne til visse generiske lægemidlers forsinkede indbringelse på markedet.
- 63 Kommissionen offentliggjorde den 28. november 2008 en foreløbig rapport om resultaterne af sin undersøgelse, som blev efterfulgt af en offentlig høring. Den 8. juli 2009 vedtog Kommissionen en meddelelse, der indeholdt et sammendrag af dens undersøgelsesrapport om lægemiddelsektoren. I denne meddelelse anførte Kommissionen bl.a., at der fortsat skulle føres tilsyn med de forlig i tvisterne vedrørende patenter, som var indgået mellem originalmedicinproducerende selskaber og generikaproducerende selskaber, for bedre at forstå anvendelsen af disse aftaler og identificere de aftaler, som forsinkede de generiske lægemidlers indbringelse på markedet til skade for EU-forbrugerne, og som kunne udgøre overtrædelser af konkurrencereglerne. Kommissionen fremlagde herefter seks årsrapporter vedrørende tilsynet med forligsaftaler i tilknytning til patenter.

G. Den administrative procedure og den anfægtede afgørelse

- 64 Den 24. november 2008 aflagde Kommissionen uanmeldte kontrolbesøg hos Servier. Kommissionen tilsendte i januar 2009 flere selskaber, heriblandt Servier, anmodninger om oplysninger. Den 2. juli 2009 vedtog Kommissionen en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.
- 65 I august 2009 og derefter fra december 2009 til maj 2012 sendte Kommissionen nye anmodninger om oplysninger til Servier. Da Servier nægtede at efterkomme visse dele af anmodningerne om oplysninger af 7. februar og 11. april 2011 vedrørende Biogaran-aftalen, traf Kommissionen en afgørelse baseret på bestemmelserne i artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 1/2003. Servier fremsendte de ønskede oplysninger den 7. november 2011.
- 66 I perioden fra 2009 til 2012 blev Servier indbudt til at deltage i en række statusmøder.
- 67 Den 27. juli 2012 vedtog Kommissionen en klagepunktsmeddelelse, som blev fremsendt til flere selskaber, heriblandt Servier, der svarede på denne meddelelse den 14. januar 2013.
- 68 Efter høringen af de berørte selskaber den 15., 16., 17. og 18. april 2013 blev der afholdt nye statusmøder og fremsendt nye anmodninger om oplysninger til Servier.
- 69 Kommissionen gav den 18. december 2013 Servier aktindsigt i de beviser, der var indsamlet eller videregivet mere bredt efter klagepunktsmeddelelsen, og fremsendte en sagsfremstilling, som Servier svarede på den 31. januar 2014. Høringskonsulenten afgav sin endelige rapport den 7. juli 2014.
- 70 Den 9. juli 2014 vedtog Kommissionen afgørelse C(2014) 4955 final om en procedure i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF (sag AT.39612 – Perindopril (Servier)), som blev meddelt sagsøgerne den 11. juli 2014.
- 71 Kommissionen fastslog, at sagsøgerne havde tilsidesat dels artikel 101 TEUF, idet de mod omvendt betaling havde deltaget i fem patentforligsaftaler (den anfægtede afgørelses artikel 1-5), dels artikel 102 TEUF, idet de ved hjælp af en teknologiovertagelse og disse fem forligsaftaler havde udtænkt og gennemført en udelukkelsesstrategi på markedet for perindoprilformuleringer i Frankrig, Nederlandene, Polen og Det Forenede Kongerige samt på markedet for teknologi til fremstilling af det aktive stof i perindopril (den anfægtede afgørelses artikel 6).

- 72 For overtrædelserne af artikel 101 TEUF pålagde Kommissionen sagsøgerne følgende bøder, der beløb sig til i alt 289 727 200 EUR (den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 5):
- for Niche-aftalen: 131 532 600 EUR in solidum med Biogaran
 - for Matrix-aftalen: 79 121 700 EUR
 - for Teva-aftalen: 4 309 000 EUR
 - for aftalerne med Krka: 37 661 800 EUR
 - for Lupin-aftalen: 37 102 100 EUR.
- 73 For overtrædelserne af artikel 102 TEUF pålagde Kommissionen sagsøgerne en bøde på 41 270 000 EUR (den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 6).

II. Retsforhandlinger og parternes påstande

- 74 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 21. september 2014 har sagsøgerne anlagt dette søgsmål.
- 75 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- Hel eller delvis annullation af den anfægtede afgørelses artikel 1-8, for så vidt som de vedrører sagsøgerne.
 - Subsidiært at Retten annullerer eller foretager en meget væsentlig nedsættelse af størrelsen af de bøder, som de er blevet pålagt.
 - Retten lader sagsøgerne få fordel af enhver hel eller delvis annullation af den anfægtede afgørelse i de sager, der er anlagt af Biogaran og af de andre adressater for denne afgørelse.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 76 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgerne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 77 Ved processkrift indleveret den 2. februar 2015 har European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) (herefter »EFPIA« eller »intervenienten«) anmodet om tilladelse til at indtræde i sagen støtte for sagsøgernes påstande.
- 78 Sagsøgerne og Kommissionen har anmodet om fortrolig behandling i henseende til EFPIA af visse oplysninger i svarskriftet, i replikken, i duplikken, i svaret på visse foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, i bemærkningerne til disse svar og i sagsøgernes bemærkninger til interventionsindlægget.
- 79 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Anden Afdeling den 14. oktober 2015 har EFPIA fået tilladelse til at intervenere i den foreliggende sag til støtte for sagsøgernes påstande. Da EFPIA ikke har anfægtet anmodningerne om fortrolig behandling, har Retten ikke taget stilling til, om de er velbegrundede.

80 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.

81 Som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til artikel 89, stk. 3, litra a) og d), i Rettens procesreglement blev Kommissionen anmodet om at afgive skriftlige svar på en række spørgsmål og om at fremlægge dokumenter, der bl.a. vedrørte høringen af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, beregningen af bødebøbet og de oplysninger vedrørende aftalerne med Krka, der blev holdt fortrolige i den anfægtede afgørelse. Kommissionen fremlagde sine svar inden for de fastsatte frister.

82 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Niende Afdeling, hvortil denne sag følgelig er blevet henvist.

83 Efter forslag fra Niende Afdeling har Retten i henhold til procesreglementets artikel 28 besluttet at henvise sagen til et udvidet dommerkollegium.

84 Retten har efter forslag fra den refererende dommer besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 89, stk. 3, litra a), stillet parterne skriftlige spørgsmål og opfordret dem til at besvare disse i retsmødet.

85 Den 24. februar 2017 indbød Retten i henhold til procesreglementets artikel 89, stk. 3, litra e), parterne til et uformelt møde med formanden for Rettens Niende Afdeling og den refererende dommer med henblik på at drøfte den nærmere tilrettelæggelse af retsmødet og den fortrolige behandling af visse oplysninger. Sagsøgerne og Kommissionen deltog i dette møde, der blev afholdt for Retten den 3. maj 2017.

86 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret skriftlige og mundtlige spørgsmål fra Retten i det retsmøde, der blev afholdt den 6.-9. juni 2017.

III. Retlige bemærkninger

A. Om formaliteten

1. Om formaliteten vedrørende den tredje påstand

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

89 Ifølge fast retspraksis er betingelserne for antagelse til realitetsbehandling af søgsmål ufravigelige procesforudsætninger, som Unionens retsinstanser i givet fald kan og skal efterprøve af egen drift (dom af 21.3.2002, *Joynson mod Kommissionen*, T-231/99, EU:T:2002:84, præmis 154, og af 14.12.2005, *Honeywell mod Kommissionen*, T-209/01, EU:T:2005:455, præmis 53). Selv om

Kommissionen ikke i sine skriftlige indlæg og kun i retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten har bestridt, at sagsøgernes tredje påstand kan antages til realitetsbehandling, tilkommer det som følge heraf Retten af efterprøve dette spørgsmål af egen drift.

- 90 I henhold til artikel 21, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, som i medfør af samme stats artikel 53, stk. 1, finder anvendelse på rettergangsmåden ved Retten, og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, der var gældende ved sagens anlæg, skal enhver stævning indeholde søgsmålets genstand, påstandene og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Dette krav tjener det formål at opnå tilstrækkeligt klare og præcise angivelser til, at sagsøgte kan føre sit forsvar, og at Unionens retsinstanser kan udøve deres prøvelse på det således foreliggende grundlag (dom af 29.6.1995, ICI mod Kommissionen, T-37/91, EU:T:1995:119, præmis 42, af 24.2.2000, ADT Projekt mod Kommissionen, T-145/98, EU:T:2000:54, præmis 66, og af 16. marts 2004, Danske Busvognmænd mod Kommissionen, T-157/01, EU:T:2004:76, præmis 45). Som Kommissionen gjorde gældende under retsmødet, opfylder den generelle henvisning i en stævning til anbringender og argumenter, som påberåbes til støtte for et søgsmål, der er iværksat som led i en forbunden sag, således ikke dette krav (dom af 24.3.2011, Legris Industries mod Kommissionen, T-376/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:107, præmis 32).
- 91 Det skal imidlertid bemærkes, at Unionens retsinstanser har kunnet acceptere, at anbringender, der ikke udtrykkeligt fremgår af stævningen, anses for gyldigt fremsat på grundlag af en henvisning til anbringender fremført i en anden sag, i tilfælde, hvor sagsøgeren havde henvist til sine egne skriftlige indlæg i en anden sag (jf. dom af 14.12.2005, Honeywell mod Kommissionen, T-209/01, EU:T:2005:455, præmis 61 og 62 samt den deri nævnte retspraksis). Disse tilfælde omfattede situationer, hvor parterne foruden de befuldmægtigede og de advokater, der repræsenterer dem, var identiske. Efter Rettens opfattelse ville det omvendt åbne mulighed for omgåelse af de ufravigelige krav i artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og i artikel 44, stk. 1, i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, såfremt anbringender, der ikke udtrykkeligt er anført i stævningen, admitteres med den begrundelse, at de er blevet gjort gældende af en tredjepart i en anden sag, som der er henvist til i stævningen (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, Honeywell mod Kommissionen, T-209/01, EU:T:2005:455, præmis 63 og 64, af 27.9.2012, Dura Vermeer Infra mod Kommissionen, T-352/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:483, præmis 25 og 26, af 27.9.2012, Koninklijke BAM Groep mod Kommissionen, T-355/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:486, præmis 26 og 27, og af 27.9.2012, Heijmans mod Kommissionen, T-360/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:490, præmis 25 og 26). Det skal endelig bemærkes, at hver part bærer ansvaret for indholdet af sine processkrifter, hvilket navnlig er fastslået i artikel 43, stk. 1, i procesreglementet af 2. maj 1991 (jf. i denne retning dom af 29.6.1995, ICI mod Kommissionen, T-37/91, EU:T:1995:119, præmis 46, og af 14.12.2005, Honeywell mod Kommissionen, T-209/01, EU:T:2005:455, præmis 66). I det foreliggende tilfælde er det imidlertid ubestridt, at sagsøgerne ønsker at påberåbe sig en eventuel annullation opnået af tredjeparter, og at hverken parterne eller deres repræsentanter som følge heraf er identiske.
- 92 Der skal i øvrigt henvises til, at en afgørelse vedtaget på konkurrenceområdet over for flere virksomheder, selv om den er affattet og offentliggjort i form af én enkelt afgørelse, skal forstås som en samling af individuelle afgørelser, der i forhold til hver af de virksomheder, som er adressater herfor, fastslår den eller de overtrædelser, som lægges til grund over for virksomheden og i givet fald pålægger den en bøde (jf. i denne retning dom af 14.9.1999, Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl., C-310/97 P, EU:C:1999:407, præmis 49, og af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, præmis 100). Domstolen har fastslået, at såfremt en adressat for en afgørelse beslutter at anlægge annullationssøgsmål, skal Unionens retsinstanser kun prøve de elementer i afgørelsen, der vedrører den pågældende adressat, hvorimod de elementer, der vedrører andre adressater, ikke er genstand for den tvist, som Unionens retsinstanser skal afgøre (dom af 14.9.1999, Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl., C-310/97 P, EU:C:1999:407, præmis 53, af 29.3.2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl., C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190, præmis 142, og af

11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen, C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 66). Det indebærer efter Domstolens opfattelse, at en præmis i en dom om annullation i princippet ikke have retskraft for personer, der ikke var part i sagen, og over for hvem dommen derfor ikke kan have afgjort noget som helst (dom af 14.9.1999, Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl., C-310/97 P, EU:C:1999:407, præmis 55). En annullation af en individuel afgørelse har således virkning erga omnes og er bindende for alle, men det er – til forskel fra en annullation af en almenyldig retsakt – ikke alle, som kan drage nytte heraf (jf. dom af 15.7.2015, Emesa-Trefilería og Industrias Galycas mod Kommissionen, T-406/10, EU:T:2015:499, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis).

- 93 Domstolen nuancerede imidlertid dette princip i dom af 22. januar 2013, Kommissionen mod Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29, præmis 43-49), hvori den fandt, at for så vidt som moderselskabets ansvar udelukkende var afledt af datterselskabets ansvar, og moderselskabet og dets datterselskab havde anlagt parallelle søgsmål, der havde samme genstand, havde Retten ikke truffet afgørelse ultra petita, da den tog hensyn til resultatet af den sag, som datterselskabet havde anlagt, og annullerede den anfægtede beslutning for den omhandlede periode for så vidt angik moderselskabet, selv om dette selskab ikke i lighed med datterselskabet havde bestridt, at der forelå en overtrædelse i hele denne periode. Domstolen har imidlertid bemærket, at det for at kunne anvende en sådan løsning på en bøde, som pålægges et moderselskab, hvis ansvar udelukkende er afledt af datterselskabets, er nødvendigt, at der foreligger særlige omstændigheder, og navnlig at de to selskaber har fremført anbringender, som »har samme genstand«, og at det sagsøgende moderselskab har gjort disse omstændigheder gældende (jf. i denne retning dom af 11.7.2013, Team Relocation mod Kommissionen, C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 66).
- 94 Domstolen har dog ikke defineret begrebet »samme genstand« og har modereret sin holdning til spørgsmålet om, hvorvidt særlige omstændigheder som dem, der var omhandlet i dom af 22. januar 2013, Kommissionen mod Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), var ufravigelige procesforudsætninger og skulle rejses af retsinstanden af egen drift. Den har således først og fremmest anvendt denne løsning, når begge selskaber havde anfægtet overtrædelsens varighed, og i det mindste en del af den anfægtede periode var identisk (dom af 22.1.2013, Kommissionen mod Tomkins, C-286/11 P, EU:C:2013:29, præmis 43 og 44). Den har imidlertid også stadfæstet en dom, hvori Retten anvendte denne fremgangsmåde, og hvor datterselskabet havde fået nedsat størrelsen af den bøde, som det var blevet pålagt, fordi der ikke var blevet taget tilstrækkeligt hensyn til dets samarbejde i henhold til samarbejdsmeddelelsen, idet moderselskabet i denne sag subsidiært havde nedlagt påstand om nedsættelse af størrelsen af den bøde, som dets datterselskab var blevet pålagt in solidum med moderselskabet, og at visse af dets anbringender »bl.a. havde til formål at berettige en sådan nedsættelse« (dom af 26.9.2013, Alliance One International mod Kommissionen, C-679/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:606, præmis 103-107). I en dom af 17. september 2015, Total mod Kommissionen (C-597/13 P, EU:C:2015:613, præmis 31-42), ophævede Domstolen endelig en dom, hvori Retten for så vidt angik moderselskabet ikke havde taget hensyn til en bødenedsættelse, som datterselskabet den samme dag var blevet indrømmet i en anden dom, på grund af den metode, som Kommissionen havde anvendt ved beregningen af bødebeløbet for at fastsætte en multiplikator, der afspejlede overtrædelsens varighed. Moderselskabet havde imidlertid hverken fremført et sådant anbringende (det havde i stedet anfægtet overtrædelsens varighed) eller anmodet Retten om at få nedsat størrelsen af den bøde, som det var blevet pålagt, hvis dets datterselskab opnåede en sådan nedsættelse.
- 95 I det foreliggende tilfælde har Serviers datterselskab Biogaran ligeledes anlagt et søgsmål (den sag, der har givet anledning til dom af dags dato, Biogaran mod Kommissionen (sag T-677/14)) til prøvelse af den anfægtede afgørelses artikel 1, 7 og 8. Som Kommissionen påpegede i retsmødet, adskiller omstændighederne i den foreliggende sag sig imidlertid fra dem, der forelå i den sag, som gav anledning til dom af 22. januar 2013, Kommissionen mod Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), og i den efterfølgende retspraksis, især da sagsøgernes ansvar ikke udelukkende er afledt af datterselskabet Biogarans ansvar (3006.-3013. betragtning til den anfægtede afgørelse). Hertil kommer, at Biogaran

ikke har fået medhold i den sag, som har givet anledning til dom af dags dato, Biogaran mod Kommissionen (sag T-677/14), hvilket indebærer, at sagsøgernes påstand om, at Retten lader dem få fordel af en annullation, der fastslås til fordel for Biogaran, under alle omstændigheder ikke kan tiltrædes.

- 96 Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at de bør drage fordel af en eventuel annullation, som opnås af en anden adressat for den anfægtede afgørelse, »for at undgå, at situationer, der i retlig og faktisk henseende er identiske, behandles forskelligt«. Det er efter deres opfattelse nødvendigt at anvende denne tilgang, henset til såvel lighedsprincippet som »det generelle krav om kohærens«.
- 97 Det skal herved bemærkes, at ligebehandlingsprincippet er et grundlæggende princip i EU-retten, som er fastslået i artikel 20 og 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, og som kræver, at ensartede situationer ikke behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet (jf. dom af 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen m.fl., C-550/07 P, EU:C:2010:512, præmis 54 og 55 og den deri nævnte retspraksis). En afgørelse, der er vedtaget på konkurrenceområdet over for flere virksomheder, skal imidlertid, selv om den er affattet og offentliggjort i form af en enkelt afgørelse, forstås som en samling af individuelle afgørelser, der i forhold til hver af de virksomheder, som er adressater herfor, fastslår den eller de overtrædelser, som lægges til grund over for virksomheden og i givet fald pålægger den en bøde (jf. præmis 92 ovenfor). Disse virksomheder befinder sig derfor umiddelbart, og medmindre andet er bestemt, i forskellige situationer. Lighedsprincippet giver som følge heraf ikke Unionens retsinstanser adgang til at fravige de processuelle regler om, hvorvidt en påstand kan tages under påkendelse, ved at lade en virksomhed, der er adressat for en konkurrenceretlig afgørelse, drage fordel af, at en anden adressat for den nævnte afgørelse får den annulleret på grundlag af anbringender, som udelukkende er fremført af den sidstnævnte adressat.
- 98 Rettens forpligtelse til at begrunde sine domme indebærer heller ikke, at den skal begrunde den løsning, som den vælger i en sag, i forhold til den løsning, som den vælger i en anden sag, der er indbragt for den, selv om den vedrører den samme afgørelse (jf. i denne retning dom af 11.7.2013, Team Relocation mod Kommissionen, C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 66).
- 99 Sagsøgernes tredje påstand om, at Retten lader dem få fordel af en eventuel annullation opnået af andre adressater for den anfægtede afgørelse på grundlag af de anbringender, som disse adressater har fremført, må som følge heraf afvises. Selv om denne påstand tages under påkendelse, vil den i øvrigt skulle forkastes, eftersom sagsøgerne ikke – som det fremgår af præmis 92-98 ovenfor – med føje kan påberåbe sig en løsning for deres vedkommende, som er valgt for den anfægtede afgørelses andre adressater.

2. Formaliteten med hensyn til visse bilag til stævningen

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- 102 Kommissionen har principalt gjort gældende, at bilag A 2 og A 3 til stævningen bør afvises i henhold til princippet *iura novit curia*. Bilagene, der alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning, kan således ikke anvendes til at fremføre eller uddybe et EU-retligt spørgsmål, som det kun tilkommer Retten at bedømme. Kommissionen har påberåbt sig dom af 5. juli 2011, Edwin mod KHIM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 53), og af 20. marts 2013, El Corte Inglés mod

KHIM – Chez Gerard (CLUB GOURMET) (T-571/11, EU:T:2013:145, præmis 35), hvorefter princippet iura novit curia kun finder anvendelse på EU-retten og ikke på national ret. Det bemærkes, at ifølge dette princip er det dommerne og ikke parterne, der bestemmer lovens betydning. Med udgangspunkt i dette princip er det i retspraksis blevet fastslået, at selv om en domstol kun må træffe afgørelse vedrørende parternes påstande, idet det tilkommer dem at fastlægge tvistens rammer, kan den således ikke være fuldstændig bundet af de argumenter, som parterne har fremført til støtte for deres krav, da den i modsat fald kan tænkes at blive nødsaget til at basere sin afgørelse på urigtige retlige betragtninger (kendelse af 27.9.2004, UER mod M6 m.fl., C-470/02 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2004:565, præmis 69, og af 13.6.2006, Mancini mod Kommissionen, C-172/05 P, EU:C:2006:393, præmis 41, samt dom af 21.9.2010, Sverige m.fl. mod API og Kommissionen, C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, EU:C:2010:294, præmis 65, og af 8.7.2010, Kommissionen mod Putterie-De-Beukelaer, T-160/08 P, EU:T:2010:294, præmis 65). Det følger ligeledes af dette princip, at en nøjere bestemmelse af lovens betydning ikke hører ind under anvendelsesområdet for princippet om parternes ret til frit at disponere over sagens genstand, og Unionens retsinstanser er følgelig ikke forpligtet til at meddele parterne, hvilken fortolkning de agter at lægge til grund, for at gøre det muligt for dem at knytte bemærkninger hertil (jf. dom af 5.10.2009, Kommissionen mod Roodhuijzen, T-58/08 P, EU:T:2009:385, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis), men de er forpligtet til at sikre, at parterne har kendskab til og kontradiktorisk kan diskutere såvel de faktiske som de retlige forhold, der er afgørende for udfaldet af proceduren (dom af 2.12.2009, Kommissionen mod Irland m.fl., C-89/08 P, EU:C:2009:742, præmis 56). Dette princip indebærer dog ikke, at bilag til stævningen, som vedrører EU-rettens fortolkning, må afvises.

- 103 Kommissionens formalitetsindsigelse synes desuden at være begrundet i, at de omhandlede to bilag indeholder responsa til støtte for sagsøgerne fra F. Jacobs og F. Macken i deres egenskab af advokater, som imidlertid er kendt i deres egenskab af tidligere medlemmer af Den Europæiske Unions Domstol, hvilket er den egenskab, som sagsøgerne har påberåbt sig. Adspurgt i retsmødet om, hvorvidt Kommissionen med indsigelsen om, at disse juridiske responsa ikke kunne antages til realitetsbehandling, ønskede at gøre gældende, at disse tidligere medlemmer af Domstolen havde tilsidesat de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til adfærdskodeksen for medlemmerne af Den Europæiske Unions Domstol (EUT 2007, C 223, s. 1) og navnlig i henhold til denne adfærdskodeks' artikel 6 vedrørende medlemmernes forpligtelser efter ophøret af deres embedsvirksomhed, svarede Kommissionen, at dette ikke var dens hensigt. Retten noterede dette i retsbogen.
- 104 Kommissionen har subsidiært gjort gældende, at ifølge retspraksis kan et juridisk responsum, der er knyttet som bilag til en stævning, kun antages til realitetsbehandling, hvis det støtter og udbygger de væsentlige omstændigheder, der skal fremgå af stævningen, og hvis stævningen indeholder oplysninger om og henvisninger til de relevante passager i bilagene. I det foreliggende tilfælde indeholder de tekster og argumenter, der figurerer i bilag A 2 og A 3 til stævningen, imidlertid – for så vidt angår visse anbringender – den afgørende del af sagsøgernes argumentation eller deres samlede argumentation.
- 105 Det skal herved bemærkes, at ifølge den retspraksis, der er omhandlet i præmis 90 ovenfor, skal stævningen ifølge artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, der var gældende ved sagens anlæg, indeholde søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene, og at det, for at et søgsmål kan antages til realitetsbehandling, er nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt fremgår af selve stævningen.
- 106 Selv om stævningens indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte passager i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen. Det tilkommer endvidere ikke Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender og argumenter der kan antages at udgøre

grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning (jf. dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis). I det foreliggende tilfælde kan Retten som følge heraf kun tage bilag A 2 og A 3 til stævningen i betragtning i den udstrækning, hvori de støtter eller supplerer anbringender eller argumenter, som sagsøgerne udtrykkeligt har fremsat som en del af selve stævningen, og hvori Retten kan fastslå, hvilke punkter i bilagene der støtter eller supplerer de pågældende anbringender eller argumenter (dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 99).

- 107 Hvad nærmere angår bilag A 2 til stævningen må det i modsætning til det af Kommissionen anførte konstateres, at den afgørende del af sagsøgernes argumentation faktisk er indeholdt i selve stævningen, og at de omstændigheder, der fremgår af dette bilag, på særlige punkter alene støtter og udbygger anbringender og argumenter, som er indeholdt i selve stævningen, og som Retten let kan identificere.
- 108 Med hensyn til stævningens punkt 103 har sagsøgerne heri konstateret, at det fremgik af den anfægtede afgørelse, at der i almindelighed var et legitimt formål med at bilægge patenttvister i mindelighed, og at visse medlemsstater tilskyndede til indgåelse af forlig. I punkt 24 i bilag A 2 til stævningen, hvortil der henvises i stævningens punkt 103, angives det endvidere, at mindelig bilæggelse af tvister er af stor offentlig interesse, at der i mange nationale retssystemer tilskyndes til eller stilles krav om, at der søges en mindelig løsning, inden sagen indbringes for en domstol, og at den anfægtede afgørelse, for så vidt som den begrænser retten til at bilægge en tvist i mindelighed, strider mod denne politik og medfører, at parter og retsinstanser pålægges unødige udgifter. Da sagsøgerne i punkt 24 i bilag A 2 til stævningen har fremført argumenter, som blot støtter og udbygger de omstændigheder, der udtrykkeligt er påberåbt i selve stævningen, kan disse argumenter således antages til realitetsbehandling.
- 109 Med hensyn til stævningens punkt 29 og 818, hvorom Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgerne blot har henvist til F. Jacobs' responsum, skal det bemærkes, at sagsøgerne i stævningens punkt 816-822 har forklaret nærmere, hvorfor Kommissionen efter deres opfattelse ikke kunne pålægge dem en bøde, da den havde indtaget et helt nyt og uventet standpunkt, og at punkt 70 og 76 i bilag A 2 til stævningen ikke indeholder nye argumenter eller redegørelser herom.
- 110 Hvad angår stævningens punkt 147, hvori sagsøgerne har anført, at den tilgang, der efter deres opfattelse bør anvendes til at identificere de forligsaftaler, som strider mod bestemmelserne i artikel 101 TEUF, er forenelig med det standpunkt, som Supreme Court of the United States indtog i sin dom af 17. juni 2013, Federal Trade Commission mod Actavis (570 U. S. (2013), herefter »Actavis-dommen«), må det konstateres, at der heri i fodnote 153 henvises til punkt 32 og 33 i bilag A 2. I punkt 32 til dette bilag har sagsøgerne imidlertid blot støttet dette argument, og i punkt 33 til dette bilag har de blot gjort gældende, at Actavis-dommens rækkevidde ikke kan begrænses til en national kontekst uden EU-retlig relevans, og at holdningen hos Supreme Court of the United States (øverste domstol, USA) fortjener særlig interesse på grund af denne rets omdømme og erfaring på det konkurrenceretlige område. Disse argumenter kan følgelig antages til realitetsbehandling.
- 111 Med hensyn til bilag A 3 til stævningen må det, som Kommissionen har gjort gældende, konstateres, at selv om sagsøgerne i stævningens punkt 11 har anført, at Kommissionen ikke forholdt sig neutralt til de intellektuelle ejendomsrettigheder, nøjes de imidlertid med at henvise til punkt 8, 15, 31, 34 og 41 i bilag A 3 til stævningen, hvori F. Macken har fremført argumenter om, at det er nødvendigt at sondre mellem de forskellige områder inden for intellektuel ejendomsret, at tildelingen af et patentmonopol udgør en modydelse for, at opfindelsen fremlægges for offentligheden, at Kommissionens anvendte begrebet »markedseneret« forkert i den anfægtede afgørelse, og at Kommissionen fejlforklavede EPK. Det eneste af disse argumenter, der kan antages til realitetsbehandling, er som følge heraf argumentet om, at et monopol på patenter udgør en modydelse for, at opfindelsen fremlægges for offentligheden. I stævningens punkt 67 har sagsøgerne således henvist til, at Kommissionen »slet ikke tog hensyn til dette vigtige aspekt af patenter, nemlig at de offentliggøres med henblik på udbredelse af opfindelser«.

- 112 I stævningens punkt 68 har sagsøgerne endvidere gjort gældende, at Kommissionen fordrejede de bemærkninger, som dommeren ved Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) (appeldomstol (England og Wales) (afdelingen for civile sager)) havde fremsat i dom af 9. maj 2008, hvori Serviers appel af en dom, der var afsagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)), blev forkastet, og sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den i denne forbindelse ikke tog hensyn til professor S.' rapport, der var knyttet som bilag til deres svar på klagepunktsmeddelelsen. De har desuden henvist til punkt 113-117 i bilag A 3 til stævningen. I disse punkter har F. Macken imidlertid ikke kun støttet eller udbygget disse argumenter, men fremført argumenter om Kommissionens urigtige anvendelse af de beviser, på grundlag af hvilke den konkluderede, at patent 947 var ugyldigt. F. Macken har således fremført argumenter, der tilsigter at rejse tvivl om Kommissionens fortolkning af den erklæring fra sagsøgerens patentdirektør, der er nævnt i 127. og 185. betragtning til den anfægtede afgørelse, den erklæring fra Krkas juridiske rådgiver, der er omhandlet i 883. betragtning til denne afgørelse, og den erklæring fra Krkas salgsdirektør for Vesteuropa, der er nævnt i 895. betragtning til samme afgørelse. Disse argumenter kan følgelig ikke antages til realitetsbehandling.
- 113 Med hensyn til stævningens punkt 76 skal det ligeledes, som Kommissionen har fremhævet, konstateres, at selv om sagsøgerne i fodnote 79 til stævningen har nævnt, at det var lovligt at fremsende åbningsskrivelserne, nøjes de imidlertid med at henvise til punkt 58-67 i bilag A 3 til stævningen for at begrunde deres konstatering om, at disse fremsendelser var lovlige. De argumenter herom, der er fremført i bilag A 3 til stævningen, kan derfor ikke antages til realitetsbehandling.
- 114 I stævningens punkt 103 har sagsøgerne blot konstateret, at det fremgik af den anfægtede afgørelse, at der i almindelighed var et legitimt formål med at bilægge patenttvister i mindelighed, og at visse medlemsstater tilskyndede til indgåelse af forlig. I punkt 50-54 i bilag A 3 til stævningen, hvortil der henvises i stævningens punkt 103 (fodnote 113), foreholdes Kommissionen til gengæld ikke at have foretaget en tilstrækkelig vurdering af den forligspraksis, som anvendes på verdensplan, og som er detaljeret beskrevet.
- 115 Med hensyn til replikkens punkt 46 har sagsøgerne gjort gældende, at idéen om, at det ville være bedre, at alle tvister blev afgjort ved dom, »strider mod de aktuelle overvejelser om den retslige procedure«, med henvisning til punkt 112 i bilag A 3 til stævningen, hvoraf det fremgår, at Kommissionens tilgang strider mod Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/52/EF af 21. maj 2008 om visse aspekter af mægling på det civil- og handelsretlige område (EUT 2008, L 136, s. 3). Da disse argumenter ikke blot støtter eller underbygger de omstændigheder, der udtrykkeligt er påberåbt i selve stævningen, må de afvises.
- 116 I stævningens punkt 262 har sagsøgerne endelig anført, at det var af afgørende betydning for Teva at være et af de første generikaproducerende selskaber, der kom ind på markedet i Det Forenede Kongerige, med henvisning til punkt 90 i bilag A 3 til stævningen. I modsætning til det af Kommissionen anførte har sagsøgerne imidlertid i dette punkt i bilag A 3 til stævningen udelukkende støttet og underbygget dette anbringende ved at forklare, hvorfor et generikaproducerende selskab kun havde interesse i at komme ind på et marked, hvis det var et af de første til at gøre det. De argumenter herom, der er fremført i bilag A 3 til stævningen, kan som følge heraf antages til realitetsbehandling.

B. Realiteten

1. Tilsidesættelse af princippet om upartiskhed og af retten til god forvaltning

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- 119 Det bemærkes indledningsvis, at de garantier, som EU-retten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling, bl.a. omfatter princippet om god forvaltning, der er fastsat i artikel 41 i chartret om grundlæggende rettigheder, hvortil er knyttet kravet om, at den kompetente institution omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag (dom af 30.9.2003, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, T-191/98 og T-212/98 – T-214/98, EU:T:2003:245, præmis 404, og af 27.9.2012, *Shell Petroleum m.fl. mod Kommissionen*, T-343/06, EU:T:2012:478, præmis 170). Dette krav om upartiskhed dækker dels den subjektive upartiskhed, hvilket vil sige, at ingen af den omhandlede institutions medlemmer med ansvar for sagen må give udtryk for partiskhed eller en personlig forudfattet mening, dels den objektive upartiskhed, hvilket vil sige, at institutionen skal sikre en tilstrækkelig garanti for, at enhver rimelig tvivl herom kan udelukkes (jf. dom af 11.7.2013, *Ziegler mod Kommissionen*, C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 155 og den deri nævnte retspraksis). Det er også vigtigt at påpege, at Kommissionen ikke kan kvalificeres som en »ret« som omhandlet i artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), og at det således er artikel 41 i chartret om grundlæggende rettigheder og ikke artikel 47 heri, der finder anvendelse i administrative kartelretlige procedurer for Kommissionen (jf. dom af 11.7.2013, *Ziegler mod Kommissionen*, C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 154 og den deri nævnte retspraksis).
- 120 Sagsøgerne har påberåbt sig to domme afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«). Sagsøgerne har for det første påberåbt sig Menneskerettighedsdomstolens dom af 25. marts 2008, *Vitan mod Rumænien* (CE:ECHR:2008:0325JUD004208402), som vedrører den ved EMRK's artikel 6, stk. 2, fastsatte uskyldsformodning, og hvori Menneskerettighedsdomstolen fandt, at der forelå en tilsidesættelse af denne bestemmelse, idet den anklager, der var ansvarlig for den strafferetlige efterforskning af sagsøgeren, under en pressekonference udtalte, at sagsøgeren var skyldig i handel med indflydelse, selv om hans skyld endnu ikke var blevet bevist i overensstemmelse med loven, og idet anklageren hverken havde »modereret sine udtalelser eller sørget for, at de blev relateret til den verserende sag mod sagsøgeren« (§§ 70 og 71). Det skal herved bemærkes, at ifølge Menneskerettighedsdomstolens praksis kan en krænkelse af uskyldsformodningen ikke alene hidrøre fra en dommer eller en domstol, men også fra andre offentlige myndigheder, at det er vigtigt, hvordan statens repræsentanter vælger at udtrykke sig i de udtalelser, som de fremkommer med, før en person er dømt og kendt skyldig i en lovovertrædelse, og at det ved anvendelsen af EMRK's artikel 6, stk. 2, er de pågældende udtalelsers egentlige betydning, der er afgørende, og ikke deres bogstavelige form (jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 15.3.2011, *Begu mod Rumænien*, CE:ECHR:2011:0315JUD002044802, § 126 og den deri nævnte retspraksis). Menneskerettighedsdomstolen har ikke desto mindre anerkendt, at EMRK's artikel 6, stk. 2, ikke – på baggrund af dens artikel 10, som sikrer udtryksfriheden – kan forhindre myndighederne i at oplyse offentligheden om igangværende strafferetlige undersøgelser, men at den kræver, at de gør dette under fuld diskretion og med respekt af hele den tavshedspligt, som overholdelsen af uskyldsformodningen pålægger (Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.1995, *Allenet de Ribemont mod Frankrig*, CE:ECHR:1995:0210JUD001517589, § 38).

- 121 For det andet har sagsøgerne påberåbt sig Menneskerettighedsdomstolens dom af 16. september 1999, Buscemi mod Italien (CE:ECHR:1999:0916JUD002956995), hvori Menneskerettighedsdomstolen fandt, at der forelå en tilsidesættelse af EMRK's artikel 6, stk. 1, og af den ret, som alle har til en retfærdig rettergang for en uafhængig og upartisk domstol, eftersom retspræsidenten offentligt havde ladet forstå, at han vurderede sagsøgerens sag negativt, inden han førte forsædet i det retslige organ, der skulle afgøre sagen (§§ 68 og 69). I denne dom bemærkede Menneskerettighedsdomstolen i øvrigt, at de retslige myndigheder skulle udvise den største diskretion i forhold til de sager, som de skulle pådømme, for at bevare deres image som upartiske dommere, og at denne diskretion burde afholde dem fra at udtale sig til pressen, selv om de blev provokeret (§ 67). Det skal imidlertid påpeges, at ifølge Unionens retspraksis kan Kommissionen ikke kvalificeres som en »ret« som omhandlet i EMRK's artikel 6 (jf. præmis 119 ovenfor).
- 122 Sagsøgerne har desuden påberåbt sig dom af 8. juli 2008, Franchet og Byk mod Kommissionen (T-48/05, EU:T:2008:257, præmis 210-219), hvori Retten i forbindelse med et erstatningssøgsmål fastslog, at Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig (OLAF) havde tilsidesat princippet om uskyldsformodning og princippet om god forvaltningsskik samt sin tavshedspligt, idet det havde fremmet udbredelsen i pressen af sensitive oplysninger fra igangværende undersøgelser, og bemærkede, at sagsøgerne kunne have begået et »omfattende tyveri af [EU-midler]« (præmis 216).
- 123 Retten er i øvrigt allerede fremkommet med præciseringer af Kommissionens forpligtelse til at være upartisk og til at overholde princippet om god forvaltningsskik i konkurrenceretlige sager. I dom af 20. marts 2002, ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen (T-31/99, EU:T:2002:77, præmis 99-107), forkastede Retten således et anbringende om tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik i en sag, hvor den tjenestemand i Kommissionen, som behandlede den sag, der førte til den anfægtede beslutning, under Kommissionens høring af sagsøgeren anvendte en nedsættende bemærkning over for virksomheden vedrørende dens omdømme og stillede den en række tendentiøse spørgsmål om forhold, som den ikke længere bestred, og hvor den samme tjenestemand under et seminar om konkurrenceretlige spørgsmål udtalte sig med anvendelse af et citat, der stillede sagsøgerens virksomhed i et dårligt lys. Selv om Retten erkendte, at disse bemærkninger var udtryk for en uheldig adfærd og sprogbrug fra et medlem af den gruppe, der behandlede sagen, og henviste til, at generaldirektøren for Kommissionens Generaldirektorat (GD) for Konkurrence havde givet sagsøgeren en undskyldning som følge af den udtalelse, der blev fremsat på seminaret, fastslog den således, at disse bemærkninger ikke kunne give anledning til at rejse tvivl om den grad af omhu og upartiskhed, hvormed Kommissionen har gennemført sin undersøgelse af den omhandlede overtrædelse, og at en beklagelig adfærd fra et medlem af den gruppe, der behandlede en sag, ikke i sig selv berørte lovligheden af den beslutning, der blev truffet af kommissionsmedlemmernes kollegium.
- 124 For så vidt angår det forhold, at Kommissionen både udøver bevisoptagelses- og sanktionsfunktioner i forbindelse med tilsidesættelser af konkurrencereglerne, har Domstolen fastslået, at dette ikke i sig selv er i strid med EMRK's artikel 6 som fortolket af Menneskerettighedsdomstolen (jf. i denne retning dom af 18.7.2013, Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen, C-501/11 P, EU:C:2013:522, præmis 33 og 34), og Retten har fastslået, at dette ikke udgør en tilsidesættelse af kravet om upartiskhed (jf. i denne retning dom af 27.6.2012, Bolloré mod Kommissionen, T-372/10, EU:T:2012:325, præmis 65-67). Den manglende adskillelse af Kommissionens tjenestegrenes bevisoptagelses- og sanktionsfunktioner betyder imidlertid, at der påhviler medlemmerne af denne institution, og navnlig konkurrencekommissæren, et særligt ansvar til ikke at have nogen forudfattet mening i forbindelse med undersøgelse og afvikling af overtrædelsesprocedurer, eftersom de har kompetence til at pålægge de pågældende virksomheder sanktioner ved afslutningen af disse procedurer.
- 125 Retten har i øvrigt fundet, at Kommissionens angivelse af, at den ønsker, at medlemmer af konkurrencebegrænsende karteller af formelle årsager ikke undgår EU-retlige sanktioner, ikke udgør en tilsidesættelse af princippet om upartiskhed, men udelukkende bekræfter et klart ønske, der er helt i overensstemmelse med den opgave, som Kommissionen er pålagt, om fra sag til sag at afhjælpe de

formelle uregelmæssigheder, der er fastslået, med henblik på ikke at svække effektiviteten af Unionens konkurrenceret (dom af 27.6.2012, Bolloré mod Kommissionen, T-372/10, EU:T:2012:325, præmis 73 og 74).

- 126 Det skal desuden påpeges, at Unionens retsinstanser tidligere har forkastet et anbringende om, at retten til en retfærdig rettergang eller princippet om god forvaltningsskik var blevet tilsidesat som følge af Kommissionens eller en af dens ansattes offentlige tilkendegivelser under den administrative procedure, med henvisning til, at intet i sagens akter gjorde det muligt at antage, at den anfægtede afgørelse ikke ville være truffet, eller at den ville have haft et andet indhold, hvis de omtvistede udtalelser ikke var blevet fremsat (jf. i denne retning dom af 16.12.1975, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 91, og af 7.7.1994, Dunlop Slazenger mod Kommissionen, T-43/92, EU:T:1994:79, præmis 29). Ifølge retspraksis påhviler det således sagsøgeren i det mindste at fremlægge indicier til støtte for en sådan påstand (dom af 15.3.2006, BASF mod Kommissionen, T-15/02, EU:T:2006:74, præmis 606).
- 127 Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionens funktion er reguleret ved kollegialitetsprincippet, som er nedfældet i artikel 250 TEUF, og som er baseret på, at Kommissionens medlemmer i lige grad deltager i afgørelserne, og indebærer, dels at afgørelser drøftes i fællesskab, dels at samtlige kommissionsmedlemmer i politisk henseende som kollegial enhed har et kollektivt ansvar for alle de trufne afgørelser. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår de retsakter, der udtrykkeligt betegnes som afgørelser, som Kommissionen skal udstede over for virksomheder med henblik på overholdelsen af konkurrencereglerne, og som har til formål at konstatere en overtrædelse af konkurrencereglerne, at meddele virksomhederne pålæg i denne henseende og at pålægge dem bøder. Da en afgørelses dispositive del og dens begrundelse udgør et udeleligt hele, tilkommer det i medfør af kollegialitetsprincippet kun Kommissionen som kollegial enhed samtidig at vedtage begge dele (dom af 27.9.2012, Heijmans Infrastructuur mod Kommissionen, T-359/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:489, præmis 126 og 127). På statsstøtteområdet har Retten i øvrigt fastslået, at den omstændighed, at det kommissionsmedlem, der har ansvar for konkurrencespørgsmål, giver udtryk for en opfattelse vedrørende en verserende procedure, for så vidt som opfattelsen er rent personlig og fremsættes med de fornødne forbehold, kun kan tilregnes det pågældende kommissionsmedlem og ikke kan foregribe det standpunkt, som indtages af kommissionsmedlemmerne som kollegium ved procedurens afslutning (dom af 8.7.1999, Vlaamse Televisie Maatschappij mod Kommissionen, T-266/97, EU:T:1999:144, præmis 49 og 54). En malplaceret solidaritetsfølelse over for det for konkurrencespørgsmål ansvarlige medlem kan heller ikke antages at have begrænset kommissionsmedlemmernes frie skøn (dom af 15.3.2006, BASF mod Kommissionen, T-15/02, EU:T:2006:74, præmis 610).
- 128 Med hensyn til den objektive upartiskhed, dvs. at institutionen skal sikre en tilstrækkelig garanti for, at enhver rimelig tvivl kan udelukkes, skal det bemærkes, at Kommissionen, som den præciserede i retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, har vedtaget en række interne retningslinjer, som pålægger den at overholde visse regler, når den kommunikerer med offentligheden. Det fremgår bl.a. af artikel 1.7 i adfærdskodeksen for kommissærer (C(2011) 2904), der blev vedtaget i 2011, at i henhold til kollegialitetsprincippet må medlemmerne af Kommissionen ikke fremsætte bemærkninger, der vil kunne anfægte en afgørelse truffet af Kommissionen, og at de ligeledes skal afholde sig fra at videregive, hvad der bliver sagt på møderne i Kommissionen. I et bilag med overskriften »Administrativ adfærdskodeks for Europa-Kommissionens medarbejdere hvad angår deres forbindelser med offentligheden« til Kommissionens afgørelse 2000/633/EF, EKSF, Euratom af 17. oktober 2000 om ændring af dens forretningsorden (EFT 2000, L 267, s. 63), er det endvidere bestemt, at »[k]valitetsservice indebærer, at Kommissionen og dens medarbejdere optræder høfligt, objektivt og upartisk«, og ifølge bilagets punkt 2 vedrørende objektivitet og upartiskhed skal »[m]edarbejderne [...] altid handle objektivt og upartisk, i [Unionens] og offentlighedens interesse«, og de skal »handle uafhængigt inden for de politiske rammer, som Kommissionen har fastlagt, og deres adfærd må aldrig være styret af personlige eller nationale interesser eller påvirket af politisk pres«. I GD for Konkurrences kodeks for etik og integritet, der blev vedtaget den 28. juni 2010, henstilles det, at medarbejderne for så vidt angår udtryksfriheden undgår enhver drøftelse af sager, som Kommissionen

ikke har nogen officiel holdning til, og for så vidt angår kontakten med medierne til at undgå at tale om sager, som stadig er genstand for undersøgelse, og hvor Kommissionen endnu ikke har indtaget en officiel holdning.

- 129 Sagsøgerne har gjort gældende, at Ombudsmanden tidligere har fastslået, at den siddende konkurrencekommissær på tidspunktet for den anfægtede afgørelses vedtagelse havde gjort sig skyldig i et tilfælde af fejl og forsømmelser, og at han, som det er tilfældet i den foreliggende sag, offentligt havde ladet forstå, at han var nået frem til en konklusion, allerede før undersøgelsen var afsluttet.
- 130 Der skal i denne forbindelse henvises til, at Ombudsmandens konklusioner om, at der foreligger et »tilfælde af fejl og forsømmelser«, ikke er bindende for Unionens retsinstanser og kun kan udgøre et indicium for, at den omhandlede institution har tilsidesat princippet om god forvaltningssskik. Proceduren for Ombudsmanden, som ikke har kompetence til at træffe bindende afgørelser, er således et udenretligt alternativ for unionsborgerne til søgsmålsmuligheden for Unionens retsinstanser, hvilket alternativ opfylder specifikke kriterier og ikke nødvendigvis har samme formål som en domstolsprøvelse (dom af 25.10.2007, Komninou m.fl. mod Kommissionen, C-167/06 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:633, præmis 44). De fortolkninger af EU-retten, som Ombudsmanden har foretaget, kan så meget desto mere ikke være bindende for Unionens retsinstanser.
- 131 Hvad i det foreliggende tilfælde angår den subjektiv upartiskhed, dvs. at ingen af den omhandlede institutions medlemmer med ansvar for sagen må give udtryk for partiskhed eller en personlig forudfattet mening, har sagsøgerne foreholdt de to på hinanden følgende konkurrencekommissærer – Nellie Kroes og Joaquín Almunia – at de tre gange udtalte sig offentligt om udfaldet af undersøgelsen vedrørende sagsøgerne i løbet af den administrative procedure. Som sagsøgerne fremhævede i retsmødet, var disse to kommissærer stadig i tjeneste ved Kommissionen, da den anfægtede afgørelse blev vedtaget, de var med til at vedtage denne afgørelse, og de var direkte ansvarlige for sagens undersøgelse i forskellige perioder. Den anfægtede afgørelse er i øvrigt underskrevet af Joaquín Almunia.
- 132 Det fremgår for det første af sagsakterne, at Nellie Kroes ved en pressekonference, hvor resultatet af undersøgelsesrapporten om lægemiddelsektoren blev fremlagt, gav udtryk for, at »[r]apporten desværre [bekræftede], at der [forelå] konkurrenceproblemer i lægemiddelsektoren«, at »virksomhedernes praksis [var] en vigtig faktor i denne forbindelse«, og at »[r]apporten navnlig [konkluderede], at producenter af originale lægemidler aktivt [forsøgte] at forhale generiske lægemidlers introduktion på deres markeder« (denne tale kan læses på GD for Konkurrencens websted). Ifølge sagsøgerne tilføjede Nellie Kroes desuden, at det »overordnet set [måtte] konkluderes, at der [var] noget råddent i kongeriget« (uddrag fra nyhedswebstedet *EU Observer*). Kommissionen har i duplikken gjort gældende, at disse udtalelser blot er viderebragt af en journalist, og at det fremgår af artiklen, at ordet »råddent« var møntet på sektorundersøgelsen og ikke på sagsøgerne. På den samme pressekonference meddelte den samme konkurrencekommissær under et særligt punkt med overskriften »Konkurrence- og kontrolanliggender«, at der var indledt en procedure mod sagsøgerne og visse generikaproducerende selskaber, idet hun præciserede, at »[d]er [var] tale om formodede tilsidesættelser af [EUF-traktatens] regler om såvel restriktiv handelspraksis (artikel [101 TEUF]) som misbrug af dominerende markedsstilling (artikel [102 TEUF])«, at der »[i]forbindelse med denne sag [skulle] ske en undersøgelse af et vist antal generikaproducerende selskaber«, og at »[d]isse aftaler [havde] påvirket introduktionen af generiske alternativer til perindopril, et fremtrædende lægemiddel til bekæmpelse af hjertesygdomme og forhøjet blodtryk«. Konkurrencekommissæren sondrede således reelt mellem sektorundersøgelsens resultater og afgørelsen om at indlede en procedure mod sagsøgerne. Med hensyn til den sidstnævnte afgørelse anså konkurrencekommissæren det for vigtigt at præcisere, at der var tale om potentielle tilsidesættelser af konkurrencereglerne. Den omstændighed, at kommissæren i den efterfølgende sætning henviste til, at de pågældende aftaler havde påvirket generiske lægemidlers introduktion på markedet, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at antage, at der efter hendes opfattelse forelå en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, henset til de omstændigheder,

der er nævnt i den foregående sætning. På denne pressekonference nøjedes konkurrencekommissæren således med at underrette offentligheden om en igangværende undersøgelse med den diskretion og respekt af tavshedspligten, som overholdelsen af uskyldsformodningen pålægger.

- 133 For det andet henviste Joaquín Almunia den 8. oktober 2012 i en tale, hvori han præsenterede Europa-Parlamentet for Kommissionens handlingsprogram på konkurrenceområdet for perioden 2013-2014, bl.a. til proceduren vedrørende de omtvistede aftaler, idet han anførte, at »[i] lægemiddelsektoren [var] [...] og Servier blevet meddelt [Kommissionens] klagepunkter inden sommeren«, at han »[frygtede], at disse selskaber havde misbrugt deres patenter til at hindre billigere generiske lægemidlers adgang til markedet«, og at han »[håbede], at de afgørelser, der [blev] truffet – ideelt set i 2013 – [ville] føre til ændring af den aktuelle praksis hos visse aktører i sektoren, som [lod] meget tilbage at ønske« (denne tale kan læses på GD for Konkurrences websted). Med udtalelsen om, at Kommissionen havde fremsendt en klagepunktsmeddelelse til sagsøgerne og til andre virksomheder i den foreliggende sag og i en anden sag, og at afgørelserne ville blive truffet i 2013, tilsidesatte kommissæren imidlertid ikke sin forpligtelse til at være upartisk og underrettede blot Parlamentet om en igangværende undersøgelse med den diskretion og respekt af tavshedspligten, som overholdelsen af uskyldsformodningen pålægger. Det skal nemlig bemærkes, at klagepunktsmeddelelsen har foreløbig karakter, idet klagepunktsmeddelelsens rolle i henhold til EU-lovgivningen består i at give virksomhederne alle de oplysninger, der er nødvendige for, at de kan forsvare sig effektivt, før Kommissionen vedtager en endelig beslutning (jf. dom af 27.9.2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin mod Kommissionen, T-357/06, EU:T:2012:488, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis). Selv om Kommissionen således i henhold til artikel 27, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 kun kan vedtage en endelig beslutning på grundlag af de klagepunkter, hvortil parterne har fået lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger, har den imidlertid ikke pligt til at gentage alle de oplysninger, der er nævnt i klagepunktsmeddelelsen, navnlig ikke når disse elementer anses for utilstrækkelige. Klagepunktsmeddelelsen er således efter sin natur midlertidig og kan ændres under den vurdering, som Kommissionen senere foretager på grundlag af de oplysninger, parterne har fremlagt, og andre faktiske oplysninger (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 63). Efter at Kommissionen har fremsendt en klagepunktsmeddelelse, hvori den umiddelbart har vurderet, at der er begået en overtrædelse, er konkurrencekommissæren endvidere ikke underlagt den samme tavshedspligt, idet kommissæren med den fornødne forsigtighed – i og med at der er tale om en foreløbig vurdering – kan udtale sig offentligt om, hvad der lægges en virksomhed til last, i denne faste af proceduren.
- 134 For det tredje fremgår det endelig af sagsakterne, at Joaquín Almunia den 12. april 2013 i en tale til American Bar Association (det amerikanske advokatråd) i Washington, som blev gengivet i pressen, oplyste, at »Kommissionen [...] inden for de kommende måneder [ville] tage stilling til om lovligheden af de aftaler, der [var] indgået mellem lægemiddelselskaber med det formål at forhale billigere generiske lægemidlers indtrængning på markedet«, og at »resultaterne af sektorundersøgelsen [ville] blive udmøntet i afgørelser i [...] og Servier-sagen« (uddrag fra webstedet MLex). Det bør fremhæves, at kommissærens udtalelser kun blev refereret indirekte i denne artikel. Hvis det antages, at konkurrencekommissæren reelt fremkom med disse udtalelser, kan de desuden ikke fortolkes på anden måde, end at det var muligt, at der ville blive truffet en afgørelse i den omhandlede sag (jf. i denne retning og analogt dom af 8.7.1999, Vlaamse Televisie Maatschappij mod Kommissionen, T-266/97, EU:T:1999:144, præmis 53). Konkurrencekommissæren nøjedes derfor med at underrette offentligheden om en igangværende undersøgelse med den diskretion og respekt af tavshedspligten, som overholdelsen af uskyldsformodningen pålægger. Det må under alle omstændigheder ikke glemmes, at disse udtalelser alene var udtryk for konkurrencekommissærens opfattelse vedrørende en igangværende procedure, og at denne opfattelse kun kunne tilregnes den pågældende kommissær og ikke kunne foregribe det standpunkt, som kommissionsmedlemmerne indtog som kollegium ved procedurens afslutning (jf. præmis 127 ovenfor).

- 135 Det er som følge heraf uforholdent at behandle sagsøgernes argument om, at den anfægtede afgørelse ville have været anderledes, hvis kommissionsmedlemmerne ikke var fremkommet med disse udtalelser.
- 136 Til støtte for dette anbringende har sagsøgerne desuden foreholdt konkurrencekommissæren og hans kabinet, at de udeblev fra det meste af høringen. Den omstændighed, at Joaquín Almunia, som sagsøgerne fremhævede i retsmødet, ikke deltog i Kommissionens høring af sagsøgerne og lod sig repræsentere ved et medlem af sit kabinet, kan imidlertid ikke godtgøre, at sanktionsafgørelsen i princippet var blevet truffet allerede før denne høring. Det er heller ikke noget krav, at kommissæren eller et medlem af dennes kabinet skal deltage i høringen. Unionens retsinstanser har imidlertid fastslået, at princippet om god forvaltningsskik ikke kan gøre noget til en forpligtelse, som lovgiver ikke har betragtet som værende en sådan (jf. i denne retning Domstolens dom af 27.9.2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin mod Kommissionen, T-357/06, EU:T:2012:488, præmis 242).
- 137 Sagsøgerne har i øvrigt foreholdt Kommissionen, at den tilsidesatte gældende bevisregler og -standarder, med henvisning til en række betragtninger til den anfægtede afgørelse, som de har anfægtet i forbindelse med andre anbringender i deres stævning (urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder, fejlagtigt retligt kriterium for kvalificering af en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, for vidtgående fortolkning af begrebet potentiel konkurrence mv.). I replikken har de anført, at formålet med disse eksempler er at vise, at undersøgelsen var tendentiøs. Som Kommissionen har gjort gældende, hører denne argumentation fra sagsøgernes side imidlertid sammen med spørgsmålet om, hvorvidt de faktiske konstateringer i den anfægtede afgørelse underbygges tilstrækkeligt af det bevismateriale, som Kommissionen har fremlagt, og om den har begået retlige fejl i sin analyse (jf. i denne retning dom af 24.10.1991, Atochem mod Kommissionen, T-3/89, EU:T:1991:58, præmis 39). Disse argumenter vil som følge heraf blive undersøgt senere sammen med de materielle anbringender. Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at disse argumenter er udtryk for ubestyrkede påstande, der ikke kan vise, at Kommissionen faktisk har været forudindtaget i forhold til udfaldet af den administrative procedure eller har gennemført undersøgelsen på partisk måde (jf. i denne retning dom af 6.7.2000, Volkswagen mod Kommissionen, T-62/98, EU:T:2000:180, præmis 272).
- 138 Sagsøgerne har endelig gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er partisk, eftersom sagen ikke blev undersøgt yderligere af et internt panel i GD for Konkurrence, og at afgørelsen bør annulleres på grund af tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning og af artikel 41 i chartret om grundlæggende rettigheder. Det skal imidlertid påpeges, at der ikke findes nogen retsforordning eller anden intern regel, som pålægger Kommissionen at sørge for, at alle sager undersøges yderligere af et internt panel, og at princippet om god forvaltningsskik ikke kan gøre noget til en forpligtelse, som lovgiver ikke har betragtet som værende en sådan (jf. præmis 136 ovenfor). I 2004 blev der ganske vist indført et peer review-system i GD for Konkurrence. Det fremgår imidlertid af et dokument med titlen »Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances«, som Kommissionen offentliggjorde i september 2011, at generaldirektøren for GD for Konkurrence i samråd med konkurrencekommissæren træffer afgørelse i de sager, hvori der er nedsat et sådant internt panel, at beslutningen om at anvende et sådant panel og dets sammensætning ikke offentliggøres, og at peer reviewet af en sag under ingen omstændigheder involverer de parter, der er genstand for proceduren, eller en tredjepart. GD for Konkurrence behøver således ikke at iværksætte en sådan yderligere undersøgelse i alle sager, og det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den ikke iværksatte en sådan yderligere undersøgelse i det foreliggende tilfælde.
- 139 Anbringendet må derfor forkastes.

2. Manglende effektiv høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- ¹⁴² Artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, der er indeholdt i kapitel IV om samarbejdet mellem på den ene side Kommissionen og på den anden side medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole, fastsætter, at »Kommissionen hører et rådgivende udvalg for kartel- og monopolspørgsmål, inden der vedtages en beslutning i henhold til [samme forordnings] artikel 7, 8, 9, 10 og 23, artikel 24, stk. 2, samt artikel 29, stk. 1«. Artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 bestemmer, at »[d]et rådgivende udvalg [...] med henblik på drøftelse af konkrete sager [er] sammensat af repræsentanter for medlemsstaternes konkurrencemyndigheder«. Artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 præciserer, at det rådgivende udvalg afgiver skriftlig udtalelse om Kommissionens foreløbige beslutningsforslag, og samme forordnings artikel 14, stk. 5, præciserer, at »Kommissionen tager størst muligt hensyn til udtalelsen fra det rådgivende udvalg, og at den »underretter udvalget om, hvorledes den har taget hensyn til udtalelsen«. Endvidere skal »[d]e holdninger, der er angivet i udtalelsen, [...] efter anmodning fra et eller flere medlemmer begrundes« (artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 1/2003). Punkt 58 i Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder (EUT 2004, C 101, s. 43, herefter »meddelelsen om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder«) bestemmer desuden, at »[d]et rådgivende udvalg er det forum, hvor eksperter fra de forskellige konkurrencemyndigheder drøfter konkrete sager og generelle spørgsmål om EU's konkurrenceregler«.
- ¹⁴³ Hvad proceduren angår foreskriver artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003, at høringen af det rådgivende udvalg »kan finde sted på et møde, som Kommissionen indkalder til og er formand for, og som tidligst afholdes 14 dage efter, at indkaldelsen samt en sagsfremstilling med angivelse af de vigtigste dokumenter og et foreløbigt beslutningsforslag er fremsendt«. Det fremgår imidlertid også, at »[h]vis Kommissionen fremsender en mødeindkaldelse med en kortere frist end angivet ovenfor, kan mødet finde sted på den foreslåede dato, hvis ingen af medlemsstaterne gør indvendinger«. I punkt 66 i meddelelsen om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder præciseres det endvidere, at »Rådets forordning giver medlemsstaterne mulighed for at indvilge i et kortere tidsrum mellem mødeindkaldelsen og mødet«. Artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 fastsætter desuden, at det rådgivende udvalg »kan afgive udtalelse, selv om nogle af udvalgets medlemmer eller deres stedfortrædere ikke er til stede«. Artikel 14, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 bestemmer endelig, at »[h]øringen [...] ligeledes [kan] ske ved skriftlig procedure«, men »[h]vis en medlemsstat anmoder derom, skal Kommissionen [...] indkalde til et møde«. Ifølge denne bestemmelse »fastsætter Kommissionen [i tilfælde af skriftlig procedure] en frist på mindst 14 dage, inden for hvilken medlemsstaterne kan fremsætte bemærkninger, der skal tilsendes alle de øvrige medlemsstater«.
- ¹⁴⁴ I et dokument af 19. december 2008 med titlen »Working Arrangements for the functioning of the Advisory Committee« (herefter »Working Arrangements«), som Kommissionen fremlagde den 6. november 2015 i forlængelse af en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, præciseres de forskellige faser, der går forud for høringen af det rådgivende udvalg, og navnlig de faser, hvor de nationale konkurrencemyndigheder har mulighed for at gøre sig bekendt med sagsakterne, mens sagen undersøges.
- ¹⁴⁵ Det skal herved for det første påpeges, at ifølge bestemmelserne i artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 skal »Kommissionen [forelægge] medlemsstaternes konkurrencemyndigheder en kopi af de vigtigste dokumenter, den har indsamlet med henblik på anvendelsen af [den nævnte forordnings] artikel 7, 8, 9 og 10 samt artikel 29, stk. 1«, og »[e]fter anmodning fra en medlemsstat

konkurrencemyndighed [forelægge] denne en kopi af andre eksisterende dokumenter, der er nødvendige for at vurdere sagen«. Artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 fastsætter desuden, at »[n]år Kommissionen indleder en procedure med henblik på vedtagelse af en beslutning i henhold til kapitel III, mister medlemsstaternes konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF]«, og hvis »en medlemsstats konkurrencemyndighed allerede [er] ved at behandle en sag, indleder Kommissionen først en procedure efter at have rådført sig med den nationale konkurrencemyndighed«. I medfør af disse bestemmelser forelægger Kommissionen de nationale konkurrencemyndigheder den oprindelige afgørelse om indledning af proceduren, den klagepunktsmeddelelse, der er fremsendt til den pågældende virksomhed, virksomhedens svar på dette dokument og de dokumenter, der i øvrigt er vigtigst i sagen, så snart de er blevet meddelt eller modtaget af denne virksomhed (jf. punkt 6 og 7 i Working Arrangements).

- 146 For det andet fremgår det af punkt 33-36 i Working Arrangements, at Kommissionen for hver sag, hvori den fremsender en klagepunktsmeddelelse til en virksomhed, senest 45 dage efter klagepunktsmeddelelsens fremsendelse til de berørte parter udpeger en af de nationale konkurrencemyndigheder til at være referent i sagen (herefter »den nationale referent«) i den rækkefølge, som svarer til de roterende formandskaber for Rådet for Den Europæiske Union, medmindre det af hensyn til objektiviteten er nødvendigt at vælge en anden national konkurrencemyndighed, i hvilket tilfælde Kommissionen, forudsat at den førstnævnte nationale konkurrencemyndighed har givet sit samtykke, kan vælge den næste myndighed på listen over roterende formandskaber (punkt 28, 33 og 34). Den nationale referent, der skal bidrage til de øvrige nationale konkurrencemyndigheders forståelse af sagen og underrette dem om de vigtigste faser i sagens undersøgelse, arbejder i denne forbindelse tæt sammen med Kommissionen (punkt 40 og 42). I Working Arrangements anbefales det ligeledes, at den nationale referent rundsender en liste over de centrale spørgsmål i sagen mindst fem dage inden mødet i det rådgivende udvalg [punkt 44, nr. i)], og at sagen og hovedpunkterne heri præsenteres ved indledningen af mødet i det rådgivende udvalg [punkt 44, nr. ii)].
- 147 For det tredje fremgår det af artikel 11, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18), at »Kommissionen skal give de parter, som den har rettet en meddelelse af klagepunkter til, lejlighed til at blive hørt, før høring af det rådgivende udvalg, der er nævnt i artikel 14, stk. 1, i forordning [...] nr. 1/2003«. Artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 773/2004 bestemmer desuden, at »Kommissionen indbyder konkurrencemyndighederne i medlemsstaterne til at deltage i den mundtlige høring«, og at »[d]en [ligeledes] kan [...] indbyde embedsmænd og andre ansatte fra andre myndigheder i medlemsstaterne«. Det er ifølge punkt 12 i Working Arrangements gavnligt for det rådgivende udvalgs effektive funktion, at de nationale konkurrencemyndigheder deltager i høringen. Det fremgår imidlertid ikke, at den nationale referent spiller nogen særlig rolle under høringen.
- 148 Ifølge retspraksis vedrørende de tilsvarende bestemmelser i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 1959-1962, s. 81), som forordning nr. 1/2003 er trådt i stedet for, er høringen af det rådgivende udvalg en væsentlig formforskrift, hvis tilsidesættelse påvirker lovligheden af Kommissionens endelige beslutning, hvis det er bevist, at den manglende overholdelse af høringsreglerne har forhindret det rådgivende udvalg i at afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen. Indholdet af de forpligtelser, som følger af bestemmelserne om høring af det rådgivende udvalg, og spørgsmålet om, hvorvidt de er væsentlige, skal således bedømmes i hvert enkelt tilfælde ud fra formålet, som består i at give udvalget mulighed for at udøve sin rådgivende funktion med fuldt kendskab til sagen (jf. i denne retning dom af 10.7.1991, RTE mod Kommissionen, T-69/89, EU:T:1991:39, præmis 21 og 23, og af 15.3.2000, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, EU:T:2000:77, præmis 742).

- 149 I denne forbindelse har Retten med hensyn til de dokumenter, der skal sendes til det rådgivende udvalg, fastslået, at selv om høringen falder inden for rammerne af samarbejdet mellem Kommissionen og medlemsstaterne og ikke har til formål at skabe en kontradiktorisk procedure i forhold til de berørte virksomheder, skal det rådgivende udvalg navnlig underrettes helt objektivt om virksomhedernes synspunkter og væsentligste argumenter, således som de er kommet til udtryk i deres bemærkninger til alle de klagepunkter, som Kommissionen efter afslutningen af sagens forberedelse har rejst over for dem. Høringsreferatet hører således som udgangspunkt til de vigtigste dokumenter som omhandlet i artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17 og skal derfor tilstilles det rådgivende udvalg, når det indkaldes. Det er imidlertid ikke noget væsentligt formelt krav, at høringsreferatet sendes til det rådgivende udvalg, medmindre det i et konkret tilfælde viser sig at være nødvendigt for, at udvalget kan afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen, altså uden at blive vildledt på væsentlige punkter på grund af unøjagtigheder eller udeladelser. Dette er ikke tilfældet, når høringsreferatet ikke indeholder væsentlige nye oplysninger, som ikke er indeholdt i den berørte virksomheds skriftlige svar på meddelelsen om klagepunkterne, som er bilagt indkaldelsen af det rådgivende udvalg. I et sådant tilfælde medfører Kommissionens unkladelse af at sende høringsreferatet til det rådgivende udvalg i forbindelse med indkaldelsen ikke noget indgreb i den berørte virksomheds ret til forsvar, og unkladelsen har ingen indflydelse på resultatet af høringsproceduren. En sådan unkladelse kan derfor ikke gøre hele den administrative procedure ugyldig og således rejse tvivl om lovligheden af den endelige beslutning (dom af 10.7.1991, RTE mod Kommissionen, T-69/89, EU:T:1991:39, præmis 21-23).
- 150 Retten har desuden fastslået, at selv om Kommissionen ikke underrettede det rådgivende udvalg om den foreslåede bødes nøjagtige størrelse, var der ikke tale om en tilsidesættelse af den væsentlige formforskrift om høring af dette udvalg, eftersom udvalget modtog alle de væsentlige oplysninger, der var nødvendige for, at det kunne afgive en udtalelse om bøderne. Det rådgivende udvalg skal kun orienteres om de kriterier, der agtes anvendt ved bødeudmålingen (jf. i denne retning dom af 15.3.2000, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, EU:T:2000:77, præmis 747 og 748). I punkt 23 i Working Arrangements henvises der således til behovet for at hemmeligholde de drøftelser, der finder sted i udvalget, navnlig hvad angår bødens størrelse. Det fremgår af punkt 24 i Working Arrangements, at Kommissionen med hensyn til fastsættelsen af bødens størrelse på mødet i det rådgivende udvalg udleverer et dokument, hvori der gøres rede for den valgte beregningsmetode, og hvori der netop henvises til retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006, C 210, s. 2, herefter »retningslinjerne for beregning af bøder«), at medlemmerne af det rådgivende udvalg kan anmode om at få mere tid til at gennemgå dette dokument, og at dokumentet efter mødet blev afleveret til Kommissionen.
- 151 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne for det første gjort gældende, at Kommissionen ikke foretog en effektiv høring af det rådgivende udvalg, eftersom den del af det foreløbige afgørelsesudkast, der vedrørte bøderne, og virksomhedernes svar på klagepunktsmeddelelsen ikke blev fremsendt, det foreløbige udkast til den anfægtede afgørelse blev fremsendt meget sent til udvalgets medlemmer, der var udeladelser i det resumé af det foreløbige afgørelsesudkast, som blev fremsendt til de nationale konkurrencemyndigheder, og begrundelsen for det rådgivende udvalgs udtalelse var utilstrækkelig. Disse argumenter skal undersøges under hensyntagen til sagsakterne og navnlig til de faktuelle præciseringer, som Kommissionen fremkom med den 6. november 2015 som svar på ovennævnte foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse samt i retsmødet.
- 152 Med hensyn til sagsøgernes argument om manglende fremsendelse af den del af det foreløbige afgørelsesudkast, der vedrørte bøderne, frafaldt sagsøgerne dette argument i retsmødet, hvilket blev tilført retsbogen. I retsmødet gjorde sagsøgerne ganske vist gældende, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke var blevet underrettet om metoden for bødeberegning i forbindelse med møderne i det rådgivende udvalg, men dette kritikpunkt savner grundlag i de faktiske omstændigheder, da det fremgår af sagsakterne, at Kommissionen den 3. juli 2014 sendte kapitel 10

vedrørende bøder til de nationale konkurrencemyndigheder, og dette kapitel indeholdt en redegørelse for de vigtigste elementer i denne metode og en påmindelse om indkaldelsen til det rådgivende udvalgs andet møde den 7. juli 2014. Det bør i denne forbindelse fremhæves, at de nationale konkurrencemyndigheder den 23. juli 2013 var blevet tilsendt virksomhedernes svar på klagepunktsmeddelelsen, den 19. december 2013 en sagsfremstilling og den 13. februar 2014 virksomhedernes svar på denne sagsfremstilling. Den 20. maj 2014 sendte Kommissionen dem endelig en sagsfremstilling om pålæggelse af ansvaret for overtrædelserne samt Mylans, Niches og Unichems svar på denne sagsfremstilling.

- 153 Med hensyn til tidspunktet for fremsendelse af det foreløbige afgørelsesudkast fremgår det af sagsakterne, at Kommissionen sendte dette udkast til medlemsstaternes konkurrencemyndigheder i tre omgange: Kapitel 1-4 blev sendt til dem den 12. juni 2014 sammen med indkaldelsen til det rådgivende udvalgs første møde den 30. juni 2014, kapitel 5-9 blev sendt til dem den 20. juni 2014 sammen med et resumé af det foreløbige afgørelsesudkast, og kapitel 10 vedrørende bøderne (uden angivelse af deres nøjagtige størrelse) blev sendt til dem den 3. juli 2014 sammen med en påmindelse om indkaldelsen af 30. juni 2014 til det rådgivende udvalgs andet møde den 7. juli 2014, som skulle omhandle hele det foreløbige afgørelsesudkast. Det skal herved fremhæves, at selv om det, som sagsøgerne har gjort gældende, fremgår af bestemmelserne i punkt 10 på s. 109 i GD for Konkurrencens håndbog om procedurer inden for konkurrencepolitikken, at der som hovedregel afholdes to møder i dette udvalg, hvoraf det ene vedrører sagens substans, og det andet vedrører bødernes størrelse, er det imidlertid ikke et krav, at disse organisatoriske rammer systematisk overholdes. Det fremgår endvidere af sagsakterne, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde i indkaldelsen til det andet møde, som blev sendt den 30. juni 2014, og i en e-mail af 3. juli 2014 udtrykkeligt angav, at ifølge dagsordenen for mødet den 7. juli 2014 skulle sagen drøftes i sin helhed.
- 154 Når dokumenterne blev fremsendt i flere omgange, og fristen på 14 dage i visse tilfælde blev overskredet, var det udtryk for et vist hastværk, som sandsynligvis skyldtes, at Kommissionen allerede i mødeindkaldelsen af 30. juni 2014 havde meddelt de nationale konkurrencemyndigheder, at den havde til hensigt at træffe sin afgørelse den 9. juli 2014, og at den ikke gav udvalgets medlemmer de bedste forudsætninger for at fastlægge en holdning. Det må imidlertid konstateres, at ingen national konkurrencemyndighed gjorde indvendinger mod datoerne for disse møder, selv om sådanne indvendinger i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 ville have medført, at de pågældende møder ikke kunne afholdes. Det fremgår desuden af sagsakterne, at Kommissionen tilsendte de nationale konkurrencemyndigheder den oprindelige afgørelse om indledning af proceduren den 6. juli 2009, den klagepunktsmeddelelse, der var fremsendt til de pågældende virksomheder, den 31. juli 2012, virksomhedernes svar på klagepunktsmeddelelsen den 23. juli 2013, en sagsfremstilling den 19. december 2013, virksomhedernes svar på sagsfremstillingen den 13. februar 2014 og en sagsfremstilling om pålæggelse af ansvaret for overtrædelserne samt Mylans, Niches og Unichems svar på denne sagsfremstilling den 20. maj 2015. Den 25. juni 2014 sendte Kommissionen dem endvidere det foreløbige udkast til høringsreferatet, som høringskonsulenten havde udarbejdet.
- 155 Selv om det især kan virke uheldigt i betragtning af længden (næsten 600 sider) og kompleksiteten af kapitel 5-9 i det foreløbige afgørelsesudkast, at Kommissionen først sendte disse kapitler til medlemsstaternes konkurrencemyndigheder ti dage før afholdelsen af det rådgivende udvalgs første møde, må det som følge heraf – henset til alle de omstændigheder, der er nævnt i præmis 153 og 154 ovenfor – konstateres, at det rådgivende udvalgs medlemmer blev tilstrækkeligt informeret om sagens substans og om indholdet af det foreløbige afgørelsesudkast, og at udvalget efterfølgende kunne afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen.
- 156 Det skal desuden præciseres, at i modsætning til det af sagsøgerne anførte fremgår det hverken af bestemmelserne i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 eller af bestemmelserne i punkt 66 i meddelelsen om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder, at Kommissionen på forhånd skal indhente medlemsstaternes konkurrencemyndigheders udtrykkelige samtykke for at kunne fravige den frist på 14 dage, der løber fra mødeindkaldelsens fremsendelse til det rådgivende

udvalgs medlemmer til afholdelsen af mødet i dette udvalg. Det fremgår nemlig af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003, at hvis Kommissionen fremsender en mødeindkaldelse med en kortere frist end angivet ovenfor, tilkommer det medlemsstaterne at gøre indvendinger herimod, og hvis det ikke sker, finder mødet sted på den foreslåede dato. Med hensyn til den hævdede tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik skal det endvidere påpeges, at dette princip ikke kan gøre noget til en forpligtelse, som lovgiver ikke har betragtet som værende en sådan (jf. præmis 136 ovenfor).

- 157 Med hensyn til det rådgivende udvalgs udtalelse skal det bemærkes, dels at det fremgår af artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, at denne udtalelse ikke systematisk offentliggøres, og at det forhold, at udtalelsen ikke er blevet meddelt de pågældende virksomheder, ifølge retspraksis heller ikke er i strid med princippet om overholdelse af retten til forsvar (jf. i denne retning dom af 7.6.1983, *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, 100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 35 og 36), dels at det fremgår af bestemmelserne i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003, at de holdninger, der er angivet i udtalelsen, kun skal begrundes, hvis et af medlemmerne af det nævnte udvalg har anmodet herom, hvilket ikke er sket i det foreliggende tilfælde. Artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 fastsætter ligeledes, at parterne i en procedure, som Kommissionen har iværksat i henhold til artikel 101 TEUF, ikke har aktindsigt i korrespondancen mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller mellem medlemsstaternes konkurrencemyndigheder indbyrdes, herunder dokumenter, som er udarbejdet i henhold til den nævnte forordnings artikel 11 og 14. Ifølge artikel 28, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 er embedsmænd og andre ansatte ved Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder desuden forpligtede til ikke at videregive de oplysninger, som de har indhentet eller udvekslet i henhold til den nævnte forordning, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt, og denne forpligtelse påhviler ligeledes alle repræsentanter og eksperter for medlemsstaterne, der deltager i møderne i det rådgivende udvalg i henhold til artikel 14 i forordning nr. 1/2003. Sagsøgerne kan følgelig ikke med rette gøre gældende, at det rådgivende udvalgs udtalelse var utilstrækkeligt begrundet. Henset til de gældende bestemmelser følger det ikke af den omstændighed, at udtalelsen er kortfattet og uden detaljer, at det rådgivende udvalg ikke var i besiddelse af alle de oplysninger, der var nødvendige for at træffe afgørelse på et informeret grundlag, og det følger heller ikke, at det nævnte udvalg ikke udtalte sig med fuldt kendskab til sagen, selv om dets udtalelse var summarisk.
- 158 Sagsøgerne har endelig gjort gældende, at resuméet af det foreløbige afgørelsesudkast, som Kommissionen sendte til medlemmerne af det rådgivende udvalg, var partisk og ufuldstændigt, og at udvalget derfor ikke kunne træffe afgørelse med fuldt kendskab til sagen. Som Kommissionen har gjort gældende, bør det imidlertid påpeges, at formålet med dette resumé ikke er at opregne den pågældende virksomheds forsvarsargumenter, men at lette det rådgivende udvalgs drøftelser af det foreløbige afgørelsesudkast. I det foreliggende tilfælde fremgår det under alle omstændigheder af Kommissionens svar på foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse, at Kommissionen i det resumé, der ledsagede det foreløbige afgørelsesudkast, gennemgik hovedpunkterne i dette udkast og fremhævede de mest følsomme aspekter af sin analyse (kriterierne for påvisning af, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, markedsafgrænsningen og anvendelsen af artikel 102 TEUF). Den omstændighed, at Kommissionen i dette resumé ikke gjorde rede for samtlige tvister vedrørende patent 947, fortolkningen af rækkevidden af visse bestemmelser i forligsaftalerne, de faktiske omstændigheder, der indtraf, efter at EPO havde kendt patent 947 ugyldigt, eller forskellen mellem at overtage Rolabos teknologi og at overtage et andet selskabs teknologi, indikerer ikke i sig selv, at det rådgivende udvalg, som i øvrigt var i besiddelse af et stort antal dokumenter om sagen og navnlig af de argumenter, som sagsøgerne havde fremført i deres bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen og til sagsfremstillingen (jf. præmis 152 og 154 ovenfor), ikke kunne afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen.
- 159 Sagsøgerne har for det andet anført, at det rådgivende udvalg ikke blev hørt forskriftsmæssigt, for så vidt som kun et mindre antal af dets medlemmer var til stede på udvalgs møderne, og at den nationale referent i sagen, som blev udpeget for sent, ikke var til stede under høringen af parterne og ved det andet møde i det rådgivende udvalg.

- 160 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den ikke udpegede den nationale referent inden for 45 dage efter klagepunktsmeddelelsens fremsendelse, og at den bevidst valgte en national konkurrencemyndighed, der ikke havde deltaget i høringen.
- 161 Det er ubestridt, at den nationale referent ifølge Working Arrangements i princippet skal udpeges inden for 45 dage efter klagepunktsmeddelelsens fremsendelse til virksomhederne og ud fra et objektivi kriterium, dvs. som udgangspunkt i den rækkefølge, der svarer til Rådets roterende formandskaber (jf. præmis 146 ovenfor). I det foreliggende tilfælde fremgår det af sagsakterne, at proceduren for udpegelse af den nationale referent blev indledt den 7. maj 2014, og at Bundeswettbewerbbehörde (forbundskonkurrencemyndigheden, Østrig, herefter »BWB«) blev udpeget som national referent den 3. juni 2014, dvs. efter høringen, men længe inden møderne i det rådgivende udvalg, og at udpegelsen var baseret på et objektivi kriterium, nemlig rækkefølgen i Rådets roterende formandskaber. I det foreliggende tilfælde kan den ene omstændighed, at fristen på 45 dage for udpegelse af den nationale referent var blevet overskredet, hvilket Kommissionen erkendte i retsmødet, imidlertid ikke anses for at have hindret det rådgivende udvalg i at udøve dets funktioner på et informeret grundlag. Den nationale referents rolle i forhold til at gøre sagen forståelig for de nationale konkurrencemyndigheder og at holde dem orienteret, er nemlig ikke af særlig betydning forud for den fase, hvor møderne i det rådgivende udvalg forberedes (jf. præmis 164 nedenfor), og i det foreliggende tilfælde var den nationale referent blevet udpeget på dette trin i proceduren. Hvad angår udpegelsen af BWB som national referent skal det i øvrigt fremhæves, at sagsøgerne ikke har fremlagt beviser for, at denne nationale konkurrencemyndighed blev valgt, fordi den ikke var til stede under høringen den 15., 16., 17. og 18. april 2013, og at udpegelsen under alle omstændigheder var baseret på et rent objektivi kriterium, nemlig rækkefølgen i Rådets roterende formandskaber.
- 162 Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at det rådgivende udvalg ikke kunne udtale sig med fuldt kendskab til sagen, eftersom den nationale referent hverken deltog i høringen af parterne den 15., 16., 17. og 18. april 2013 eller i det rådgivende udvalgs møde den 7. juli 2014. Kommissionen har anført, at det ikke er noget krav, at den nationale referent deltager i høringen, og henvist til, at otte medlemsstater var til stede under høringen.
- 163 Det er vigtigt at bemærke, at selv om det præciseres i punkt 12 i Working Arrangements, at det er gavnligt for det rådgivende udvalgs effektive funktion, at de nationale konkurrencemyndigheder deltager i høringen, findes der ingen bestemmelse om, at den nationale referent skal deltage i høringen, idet det blot fremgår af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 773/2004, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder indbydes til at deltage i høringen, hvortil kommer, at samtlige nationale konkurrencemyndigheder modtager en kopi af høringsreferatet. Det kan i øvrigt bemærkes, at de nationale konkurrencemyndigheder, som Kommissionen har gjort gældende, blev behørigt indbudt til at deltage i høringen, og at otte af dem faktisk var repræsenteret under denne høring (jf. vedrørende et tilfælde, hvor de nationale konkurrencemyndigheder ikke blev indbudt til høringen, dom af 21.9.2017, Feralpi mod Kommissionen, C-85/15 P, EU:C:2017:709, præmis 38-44). Det skal desuden påpeges, at den nationale referents rolle i forhold til at gøre sagen forståelig for de nationale konkurrencemyndigheder og at holde dem orienteret er særlig vigtig inden for rammerne af det rådgivende udvalg og ikke i høringsfasen. I Working Arrangements anbefales det således, at den nationale referent rundsender en liste over centrale spørgsmål i sagen mindst fem dage inden det første møde i det rådgivende udvalg for bl.a. at undersøge, om de nationale konkurrencemyndigheder overordnet kan tilslutte sig det foreløbige afgørelsesudkast, om de har bemærkninger til visse aspekter, og om de ønsker, at udtalelsen offentliggøres [punkt 44, nr. i)], og at sagen og hovedpunkterne heri præsenteres ved indledningen af mødet i det rådgivende udvalg [punkt 44, nr. ii)]. Det fremgår imidlertid af sagsakterne, at BWB reelt indgik i en dialog med Kommissionen med henblik på at udarbejde den liste over spørgsmål, som Kommissionen fremsendte til behandling i det rådgivende udvalg, og at myndigheden deltog i det rådgivende udvalgs første møde, hvor den fremlagde sin rapport, og sagsøgerne har ikke bestridt, at BWB ved denne lejlighed udfyldte sin rolle som national referent. Den omstændighed, at Kommissionen sendte listen over de centrale spørgsmål i sagen til de andre nationale konkurrencemyndigheder den 26. juni 2014 om morgenen, dvs. fire dage inden det

rådgivende udvalgs første møde, hvorimod det i Working Arrangements anbefales, at dette sker fem dage inden mødet, er i øvrigt ikke tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at det rådgivende udvalg ikke var i stand til at udtale sig med fuldt kendskab til sagen. I modsætning til det af sagsøgerne anførte var Kommissionen desuden ikke forpligtet til at udpege en anden national referent, da det alene fremgår af punkt 38 i Working Arrangements, at den fysiske person, der repræsenterer den nationale konkurrencemyndighed, efter behov kan erstattes af en anden fysisk person fra samme myndighed. Den omstændighed, at BWB i det foreliggende tilfælde ikke deltog i høringen af parterne den 15., 16., 17. og 18. april 2013, og desværre heller ikke deltog i det rådgivende udvalgs andet møde den 7. juli 2015, hindrede som følge heraf ikke det rådgivende udvalg i at udtale sig med fuldt kendskab til sagen.

- 164 Hvad angår klagepunktet om, at der deltog et begrænset antal medlemsstater i det rådgivende udvalgs møder, fremgår det af sagsakterne, at kun fem nationale konkurrencemyndigheder (fra Kongeriget Spanien, Den Italienske Republik, Republikken Østrig, Republikken Finland og Kongeriget Sverige) var repræsenteret ved mødet den 30. juni 2014, og at kun to nationale konkurrencemyndigheder (fra Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Finland) var repræsenteret ved mødet den 7. juli 2014. Det følger reelt heraf, at et begrænset antal repræsentanter for medlemsstaterne bidrog til den udtalelse, som det rådgivende udvalg afgav i det foreliggende tilfælde, da det ifølge punkt 20 og 21 i Working Arrangements kun er kommentarer og bemærkninger fra de medlemmer, som er til stede på mødet, der tages i betragtning i den udtalelse, som afgives af det rådgivende udvalg. Da Kommissionen i retsmødet blev adspurgt om årsagerne til den ringe deltagelse og om muligheden for at udsætte møderne i det rådgivende udvalg, svarede den, at den var blevet underrettet om togstrejker og havde rettet henvendelse til udvalgets medlemmer for at få at vide, om de havde særlige kommentarer, men at den ikke havde overvejet at udsætte møderne.
- 165 Selv om det under disse omstændigheder kunne have været hensigtsmæssigt, at Kommissionen udsatte møderne i det rådgivende udvalg, kan det imidlertid ikke udledes af det beskedne antal repræsentanter for medlemsstaterne, der deltog i møderne, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde tilsidesatte den væsentlige formforskrift om høring af det rådgivende udvalg.
- 166 Det må nemlig indledningsvis konstateres, at selv om det kan virke usædvanligt og uforeneligt med en bestemt opfattelse af god forvaltningsskik, findes der ingen regler om, hvor mange medlemmer der skal være til stede, for at det rådgivende udvalg kan vedtage udtalelser. Artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 fastsætter desuden udtrykkeligt, at det rådgivende udvalg »kan afgive udtalelse, selv om nogle af udvalgets medlemmer eller deres stedfortrædere ikke er til stede«. Det bør dernæst bemærkes, at Kommissionen har pligt til at gøre det muligt for medlemsstaternes konkurrencemyndigheder at deltage i det rådgivende udvalg, og at den i det foreliggende tilfælde tog alle de nødvendige skridt hertil, eftersom den sendte dem indkaldelser til det rådgivende udvalgs møder den 30. juni og den 7. juli 2014 og alle de nødvendige dokumenter, siden proceduren blev indledt (jf. præmis 153 og 154 ovenfor), og eftersom der ikke blev gjort indvendinger mod datoen for disse møder (jf. præmis 154 ovenfor). Det bør endelig fremhæves, at det rådgivende udvalg kun kan tjene som et forum, der bidrager til en ensartet anvendelse af Unionens konkurrenceregler som angivet i 19. betragtning til forordning nr. 1/2003, hvis medlemsstaternes konkurrencemyndigheder er villige til at samarbejde effektivt i dette udvalg, da Kommissionen ikke har nogen tvangsbeføjelser i denne forbindelse.
- 167 Anbringendet må derfor forkastes.

3. Tilsidesættelse af retten til effektive retsmidler, retten til forsvar og princippet om processuel ligestilling

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- ¹⁷⁰ Det bemærkes, at princippet om effektiv retsbeskyttelse er et generelt EU-retligt princip, som i dag er udtrykt i artikel 47 i chartret om grundlæggende rettigheder (dom af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 52). Dette princip består af flere elementer, herunder bl.a. retten til forsvar, princippet om processuel ligestilling, adgang til domstolsprøvelse og retten til at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret (dom af 6.11.2012, Otis m.fl., C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 48). Princippet om processuel ligestilling, der følger af selve begrebet en retfærdig rettergang, indebærer en forpligtelse til at give begge parter rimelig mulighed for at fremlægge sin sag, herunder sine beviser, under betingelser, der ikke stiller ham i en situation, der er til hans ugunst i forhold til modparten (dom af 6.11.2012, Otis m.fl., C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 71, og af 12.11.2014, Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, præmis 31).
- ¹⁷¹ Sagsøgerne har gjort gældende, at de krav, som de var underlagt i forbindelse med stævningens indgivelse, stillede dem i en situation, der var til deres ugunst i forhold til Kommissionen, som ikke var underlagt noget tidskrav eller krav om den anfægtede afgørelses længde. Det skal imidlertid påpeges, at det fremgår af Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende fortolkningen af EMRK's artikel 6, stk. 1, som man i overensstemmelse med artikel 52, stk. 3, i chartret om grundlæggende rettigheder skal henholde sig til, at retten til domstolsprøvelse ikke er en absolut ret. Udøvelsen af denne ret er undergivet begrænsninger, navnlig for så vidt angår betingelserne for realitetsbehandling af et søgsmål (dom af 28.2.2013, fornyet prøvelse Arango Jaramillo m.fl. mod EIB, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, præmis 43). Selv om de berørte må forvente, at reglerne om realitetsbehandling af søgsmål vil blive anvendt, må anvendelsen heraf imidlertid ikke hindre de retsundergivne i at benytte sig af et til rådighed stående retsmiddel (dom af 28.2.2013, fornyet prøvelse Arango Jaramillo m.fl. mod EIB, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, præmis 43). Menneskerettighedsdomstolen har således fastslået, at disse begrænsninger ikke må begrænse et retssubjekts adgang på en sådan måde eller i et sådant omfang, at retten til adgang til domstolsprøvelse reelt er uden indhold, og at disse begrænsninger kun er forenelige med EMRK's artikel 6, stk. 1, hvis de sigter mod et legitimt mål, og der er en rimelig forholdsmæssig sammenhæng mellem de anvendte midler og det mål, der søges opnået (jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 6.12.2011, Anastasakis mod Grækenland, CE:ECHR:2011:1206JUD004195908, § 24 og den deri nævnte retspraksis).
- ¹⁷² Det følger af Domstolens faste praksis, at en streng overholdelse af EU-bestemmelserne vedrørende procesfrister er i overensstemmelse med hensynet til retssikkerheden og nødvendigheden af at undgå enhver forskelsbehandling eller vilkårlighed i retsplejen (jf. dom af 15.1.1987, Misset mod Rådet, 152/85, EU:C:1987:10, præmis 11 og den deri nævnte retspraksis, og kendelse af 8.11.2007, Belgien mod Kommissionen, C-242/07 P, EU:C:2007:672, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis) og ikke påvirker retten til effektiv retsbeskyttelse (jf. i denne retning kendelse af 17.5.2002, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, C-406/01, EU:C:2002:304, præmis 20). Som Kommissionen har gjort gældende, fordrer princippet om processuel ligestilling ikke, at den administrative procedure varighed er identisk med fristen for anlæggelse af annullationssøgsmål. Formålet med den administrative procedure er nemlig at gøre det muligt for Kommissionen at iværksætte undersøgelser for at afgøre, om der skal træffes en afgørelse, hvori der fastslås en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, og for virksomhederne at sikre deres forsvar. Det skal herved bemærkes, at overholdelsen af retten til forsvar indebærer, 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 af 7.6.1983, *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, 100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 10, og 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, EU:C:2004:6, præmis 66). Med henblik herpå foreskriver forordning nr. 1/2003, at der skal tilstilles parterne en meddelelse af klagepunkter, der 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 beslutningen 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. Dette er begrundelsen for, at Kommissionen kan – og endog skal – tage hensyn til resultatet af den administrative procedure, bl.a. med henblik på at frafalde klagepunkter, der viser sig ikke at være tilstrækkeligt begrundede (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, EU:C:2004:6, præmis 67).

- 173 I det foreliggende tilfælde må det konstateres, at sagsøgerne i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 263, stk. 6, TEUF og i artikel 102, stk. 2, i procesreglementet af 2. maj 1991 fik en frist på to måneder og ti dage til at anlægge søgsmål til prøvelse af den anfægtede afgørelse regnet fra dens meddelelse, og selv om det var meget besværligt at udarbejde stævningen inden for denne frist i betragtning af den usædvanligt lange anfægtede afgørelse, som i øvrigt blev meddelt i sommerperioden, fik de imidlertid lejlighed til at drøfte sagen med Kommissionen adskillige gange under den administrative procedure. Kommissionen sendte således anmodninger om oplysninger til sagsøgerne i januar 2009, i august 2009 og i perioden fra december 2009 til maj 2012. Sagsøgerne blev desuden indbudt til at deltage i en række statusmøder i perioden fra 2009 til 2012. Den 27. juli 2012 vedtog Kommissionen en klagepunktsmeddelelse, som sagsøgerne svarede på den 14. januar 2013. Sagsøgerne blev dernæst hørt den 15., 16., 17. og 18. april 2013, der blev afholdt nye statusmøder, og der blev fremsendt nye anmodninger om oplysninger til sagsøgerne. Kommissionen gav den 18. december 2013 sagsøgerne aktindsigt i de beviser, der var indsamlet eller videregivet mere bredt efter klagepunktsmeddelelsen, og fremsendte en sagsfremstilling, som sagsøgerne svarede på den 31. januar 2014. Det skal endvidere bemærkes, at sagsøgerne under den skriftlige forhandling for Retten opnåede alle de forlængelser af frister, som de anmodede om, og at de derfor – til trods for de særlige krav, som de blev udsat for, da de skulle indgive stævningen – ikke generelt blev stillet i en situation, der var til deres ugunst i forhold til Kommissionen, i forbindelse med den foreliggende sag.
- 174 Med hensyn til stævningens længde skal det påpeges, at reglerne om de formaliteter, der skal overholdes i forbindelse med et sagsanlæg, ifølge Menneskerettighedsdomstolens praksis skal sikre en god retspleje, og at de berørte parter må forvente, at disse regler anvendes (Menneskerettighedsdomstolens dom af 6.12.2011, *Anastasakis mod Grækenland*, CE:ECHR:2011:1206JUD004195908, § 24). For så vidt angår proceduren for Retten skal det bemærkes, at i henhold til punkt 15 i de praktiske anvisninger til parterne ved Retten af 24. januar 2012 (EUT 2012, L 68, s. 23), der var gældende, da søgsmålet blev anlagt, må stævningen i princippet ikke være på mere end 50 sider, hvilket dog altid afhænger af den omhandlede sags retlige eller faktiske kompleksitet (jf. i denne retning kendelse af 10.4.2014, *Langguth Erben mod KHIM*, C-412/13 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2014:269, præmis 63). I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne imidlertid gjort gældende, at den omhandlede sag er kompliceret i retlig henseende, og fået Rettens tilladelse til at indlevere en stævning på 186 sider med kort linjeafstand ledsaget af 10 158 siders bilag. Selv om den anfægtede afgørelse er meget lang og repetitiv på visse punkter, skyldes dette imidlertid, som Kommissionen har gjort gældende, antallet af overtrædelser, som foreholdes sagsøgerne, og som har visse fællestræk, samt de bevisstandarder, der ifølge Unionens retspraksis kræves i forbindelse med overtrædelser af artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Som Kommissionen har påpeget, har sagsøgerne endvidere haft lejlighed til at tage stilling til klagepunktsmeddelelsen, der er på 755 sider, i et dokument, der er på over 600 sider. Stævningens længde og de mange anbringender, der er fremført, viser i øvrigt, at sagsøgerne har haft tid til at forberede deres argumentation, selv om det uden tvivl

har krævet en stor indsats. De kan som følge heraf ikke hævde, at de havde uoverstigelige vanskeligheder ved at få adgang til Retten, og at de blev stillet i en situation, der var til deres ugunst i forhold til Kommissionen.

- 175 Hvad angår argumentet om de gentagelser og henvisninger, som Kommissionen kom med i den anfægtede afgørelse, skal det bemærkes, at det i henhold til artikel 296 TEUF påhviler Kommissionen klart og utvetydigt at angive sine betragtninger, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den truffe foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet om, hvorvidt en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 296 TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 27.9.2012, Heijmans Infrastructuur mod Kommissionen, T-359/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:489, præmis 133 og den deri nævnte retspraksis). I modsætning til det af sagsøgerne anførte er den omstændighed, at Kommissionen har nævnt de samme interne dokumenter mange gange i den anfægtede afgørelse, og at den har foretaget mange henvisninger til andre dele af den anfægtede afgørelse, ikke i sig selv tilstrækkelig til at godtgøre, at den anfægtede afgørelse ikke har gjort det muligt for dem at få kendskab til grundlaget for den truffe foranstaltning, eller at den har forhindret Retten i at udøve sin prøvelsesret.
- 176 Hvad angår argumentet om, at der savnes et klart retligt kriterium, har sagsøgerne anført, at det svarer til andre anbringender i deres stævning. Det vil derfor blive behandlet i forbindelse med de tilsvarende anbringender.
- 177 Endelig kan de argumenter, som sagsøgerne har udledt af Menneskerettighedsdomstolens dom af 27. oktober 1993, *Dombo Beheer B. V. mod Nederlandene* (CE:ECHR:1993:1027JUD001444888), af 15. juli 2003, *Ernst m.fl. mod Belgien* (CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), og af 18. april 2006, *Vezon mod Frankrig* (CE:ECHR:2006:0418JUD006601801), ikke tiltrædes. De faktiske og retlige omstændigheder i disse sager var nemlig meget anderledes end i den foreliggende sag. Den sag, der gav anledning til Menneskerettighedsdomstols dom af 27. oktober 1993, *Dombo Beheer B.V. mod Nederlandene* (CE:ECHR:1993:1027JUD001444888), og hvori Menneskerettighedsdomstolen fastslog en tilsidesættelse af EMRK's artikel 6, vedrørte således en tvist mellem to privatpersoner, hvor den ene part var stillet i en ugunstig situation i forhold til modparten, som var den eneste, der kunne anvende en vidneerklæring. I den sag, der gav anledning til Menneskerettighedsdomstols dom af 15. juli 2003, *Ernst m.fl. mod Belgien* (CE:ECHR:2003:0715JUD003340096), og hvori Menneskerettighedsdomstolen fastslog, at der ikke forelå en tilsidesættelse af EMRK's artikel 6, skulle det efterprøves, om en stat kunne give en sagsøger adgang alene til prøvelse af et indledende formalitetsspørgsmål, fordi sagen var rettet mod en retsombudsmand, som var omfattet af særlige værnetingsregler. Den sag, der gav anledning til Menneskerettighedsdomstols dom af 18. april 2006, *Vezon mod Frankrig* (CE:ECHR:2006:0418JUD006601801), vedrørte endelig en krænkelse af retten til en retfærdig rettergang som følge af et lovindgreb, som endeligt og med tilbagevirkende gyldighed regulerede tvister, der verserede for de nationale domstole, uden at det var begrundet i et tilstrækkeligt alment hensyn.
- 178 Det følger af det ovenfor anførte, at anbringendet under alle omstændigheder er ugrundet, uanset om det er relevant for en indsigelse om den anfægtede afgørelses lovlighed.

4. Urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- 184 Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, med støtte i bestemmelserne i artikel 44, stk. 1, litra c), i procesreglementet af 2. maj 1991, som finder anvendelse i den foreliggende sag, og hvorefter stævningen skal angive søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Disse angivelser skal være så klare og præcise, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og at Retten i givet fald på det foreliggende grundlag kan tage stilling til sagen. Såfremt et søgsmål efter de nævnte bestemmelser skal kunne admitteres, er det af retssikkerhedshensyn og af hensyn til en god retspleje nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt, fremgår af selve stævningen (kendelse af 28.4.1993, De Hoe mod Kommissionen, T-85/92, EU:T:1993:39, præmis 20). Domstolen har mere specifikt fastslået, at fremstillingen af søgsmålsgrundene i stævningen ikke nødvendigvis skal følge terminologien og opregningen i artikel 263, stk. 2, TEUF, og at det kan være tilstrækkeligt at fremstille disse søgsmålsgrunde ved deres indhold i højere grad end ved deres retlige betegnelse, forudsat at det fremgår tilstrækkeligt klart af stævningen, hvilken af de i traktaten omhandlede søgsmålsgrunde der påberåbes (dom af 15.12.1961, Fives Lille Cail m.fl. mod Den Høje Myndighed, 19/60, 21/60, 2/61 og 3/61, EU:C:1961:30, s. 270).
- 185 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne i det væsentlige foreholdt Kommissionen, at den ikke fremstillede visse faktiske omstændigheder på en objektiv måde, og at den gjorde rede for faktiske omstændigheder, som ikke var relevante for at fastslå, om der forelå en overtrædelse. Selv om sagsøgerne har kvalificeret dette anbringende som »urigtig gengivelse af den faktiske baggrund for den praksis, der er genstand for afgørelsen«, har de imidlertid ikke angivet den af Kommissionen tilsidesatte retsregel, som sagen støttes på, og angivelserne i stævningen er ikke så klare og præcise, at Kommissionen kan tage stilling til de fremførte argumenter, og at Retten kan udøve sin prøvelsesret. De argumenter, som de har fremført, vil nemlig kunne henføres til et anbringende om urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder, urigtig retlig kvalificering af faktiske omstændigheder, tilsidesættelse af princippet om upartiskhed eller af forpligtelsen til at udvise omhu, magtfordrejning eller skade på omdømme, hvor der er grundlag for at anlægge et erstatningsøgsmål.
- 186 Dette anbringende må af denne grund afvises.
- 187 Kommissionen har subsidiært gjort gældende, at dette anbringende ligeledes må afvises, for så vidt som de eneste handlinger fra sagsøgernes side, der er bebyrdende for dem og kan anfægtes i forbindelse med en retssag, er dem, der i den anfægtede afgørelses dispositive del blev anset for at udgøre overtrædelser af artikel 101 TEUF og 102 TEUF.
- 188 Ifølge retspraksis er det kun en beslutnings konklusion, der kan have retsvirkninger og være bebyrdende, og de opfattelser, der fremføres i en afgørelses dispositive del, kan ikke som sådanne gøres til genstand for annulationssøgsmål. Disse opfattelser kan kun undergives Unionens retsinstitutters prøvelse, for så vidt som de som begrundelse for en bebyrdende retsakt er nødvendige til støtte for retsaktens dispositive del (kendelse af 28.1.2004, Nederlandene mod Kommissionen, C-164/02, EU:C:2004:54, præmis 21, og dom af 17.9.1992, NBV og NVB mod Kommissionen, T-138/89, EU:T:1992:95, præmis 31), samt nærmere bestemt hvis denne begrundelse kan ændre væsensindholdet af det, der er bestemt i den dispositive del af den pågældende retsakt (jf. dom af 2.10.2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse mod Kommissionen, T-474/04, EU:T:2007:306,

præmis 73 og den deri nævnte retspraksis). Det bemærkes herved, at der skal tages hensyn til indholdet af en retsakts begrundelse, når det skal fastslås, hvad der er bestemt i den dispositive del (dom af 15.5.1997, TWD mod Kommissionen, C-355/95 P, EU:C:1997:241, præmis 21, og af 20.11.2002, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, T-251/00, EU:T:2002:278, præmis 67).

- 189 I det foreliggende tilfælde skal det derfor afgøres, om de oplysninger, som sagsøgerne har kritiseret, og som findes i den anfægtede afgørelses afsnit 4, er nødvendige til støtte for denne afgørelses dispositive del, og om disse opfattelser kan ændre væsensindholdet af det, der er bestemt i denne dispositive del.
- 190 Det skal bemærkes, at Kommissionen i 85. og 110. betragtning til den anfægtede afgørelse, som omhandler de forskellige elementer i sagsøgernes strategi mod generiske lægemidler (bl.a. skabelse af en »patentklynge« med »papirpatenter« og gradvis overgang til argininsalt), anførte, at beskrivelsen af den praksis, der ikke blev undersøgt i den anfægtede afgørelses afsnit 5 (undersøgelse af forlig i forhold til artikel 101 TEUF) og afsnit 8 (undersøgelse af teknologiovertagelse og forlig i forhold til artikel 102 TEUF), ikke vedrørte deres lovlighed i forhold til konkurrenceretten. I 2764. betragtning til den anfægtede afgørelse præciserede Kommissionen endvidere, at ingen af elementerne i sagsøgernes overordnede strategi »i sig selv [kan] betegnes som problematisk i forhold til Unionens konkurrenceret«. I 2917. og 2960. betragtning pegede Kommissionen desuden på, at »[v]edrørende misbruget af dominerende stilling er genstanden for denne afgørelse den samlede overtrædelse af artikel 102 TEUF, som består af flere på hinanden følgende forligsaftaler om patenter og af overtagelsen af Azads teknologi«. Sagsøgerne har i øvrigt selv anmodet Retten om at holde en lang række passager i den anfægtede afgørelse, som vedrører deres strategi mod generiske lægemidler, fortrolige i forhold til intervenienten med den begrundelse, at disse faktiske oplysninger og deres fortolkning ikke lå inden for rammerne af de klagepunkter, som Kommissionen havde lagt til grund over for dem, og at disse oplysninger, hvis de gøres offentligt tilgængelige, vil påføre dem alvorlig skade ved at krænke uskyldsformodningen og deres omdømme. Der blev som følge heraf ikke taget hensyn til de elementer i sagsøgernes strategi mod generiske lægemidler, som Kommissionen ikke havde kvalificeret som overtrædelser, ved konstateringen af de overtrædelser, der er omhandlet i den anfægtede afgørelses dispositive del, og pålæggelsen af sanktioner herfor.
- 191 Sagsøgerne har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen i 2766. betragtning til den anfægtede afgørelse, som findes i den anfægtede afgørelses afsnit 8, anførte, at der ved undersøgelsen af den adfærd, som udløser sanktioner i henhold til artikel 102 TEUF, skal »tages hensyn til samtlige faktiske omstændigheder, herunder andre former for praksis, der følger af denne strategi, og hvis bidrag til den fortrængende virkning ikke er fastlagt i den foreliggende afgørelse«. I 2772. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen endvidere, at sagsøgernes strategi mod generiske lægemidler, som er beskrevet i den nævnte afgørelses afsnit 4, og navnlig skabelsen af en patentklynge, var »væsentlige faktiske omstændigheder, som – bl.a. i forbindelse med undersøgelsen af, om Serviers adfærd havde konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkninger – kunne forklare, hvorfor det (potentielle) konkurrenceniveau for forsyningen med generisk perindopril var meget lavt«.
- 192 I svarskriftet har Kommissionen anført, at den i den anfægtede afgørelse var forpligtet til at angive de former for praksis, som indgik i sagsøgernes strategi mod generiske lægemidler, men som ikke var blevet kvalificeret som overtrædelser af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, for at kunne undersøge disse overtrædelser i deres retlige, økonomiske og faktuelle sammenhæng. I retsmødet pegede Kommissionen på, at den anfægtede afgørelses afsnit 4 var særlig vigtig for at forstå Serviers overordnede strategi over for de generikaproducerende selskaber og rækkevidden af Serviers markedspraksis, og den sondrede mellem den faktuelle sammenhæng, som disse former for praksis indgik i, og som bl.a. blev belyst i afsnit 4, og deres retsstridige karakter. Denne sondring fremgik klart af 2766. betragtning til den anfægtede afgørelse.
- 193 Ifølge fast retspraksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder er tilstrækkeligt skadelig til at anses for at have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, nødvendigt at forholde sig til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (jf. dom af

16.7.2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis). Vurderingen af den pågældende aftale bør ses i den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftaleparterne er gået ud fra, og en sådan fremgangsmåde kan ikke anses for utidig indblanding i retsakter eller retsforhold, som lå uden for Kommissionens behandling af sagen (dom af 13.7.1966, Consten og Grundig mod Kommissionen, 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 255). I forbindelse med denne vurdering af den retlige og økonomiske 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 (jf. dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis, og af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 117 og den deri nævnte retspraksis).

- 194 Kommissionen er ligeledes i forbindelse med sin undersøgelse af en dominerende virksomheds adfærd og med henblik på at identificere et eventuelt misbrug af en sådan dominerende stilling forpligtet til at tage alle relevante faktiske omstændigheder vedrørende denne adfærd i betragtning (jf. i denne retning dom af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67, og af 27.3.2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 26). Herved bemærkes i øvrigt, at når Kommissionen foretager en undersøgelse af en dominerende virksomheds adfærd, er den – idet undersøgelsen er nødvendig for at drage en konklusion vedrørende spørgsmålet, om der foreligger misbrug af dominerende stilling – nødvendigvis tvunget til at vurdere den pågældende virksomheds forretningsstrategi. I forbindelse hermed forekommer det normalt, at Kommissionen fremfører subjektive forhold såsom de motiver, der ligger til grund for den omhandlede forretningsstrategi (dom af 19.4.2012, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 19).
- 195 Det følger af præmis 193 og 194 ovenfor, at selv om Kommissionen er forpligtet til at tage hensyn til den sammenhæng, hvori en virksomheds adfærd indgår, når den undersøger, om denne adfærd er forenelig med artikel 101 TEUF og 102 TEUF, må denne hensyntagen imidlertid ikke medføre, at Kommissionen konkluderer eller bekræfter, at der foreligger en overtrædelse, på grundlag af en bestemt adfærd, som anses for at være i strid eller ude af trit med konkurrenceretten, uden at denne adfærd selv kvalificeres som en overtrædelse.
- 196 I det foreliggende tilfælde fremgår det af den anfægtede afgørelse (jf. præmis 190 ovenfor), at Kommissionen ikke kvalificerede de elementer i sagsøgernes strategi mod generiske lægemidler, som er nævnt i den anfægtede afgørelses afsnit 4, og som stillede Serviers handlinger i et negativt lys, som en overtrædelse, og at der ikke blev taget hensyn til dem, da den kvalificerede de former for praksis, for hvilke den pålagde en bøde, som en overtrædelse. Hvis Kommissionen rent faktisk havde taget dem i betragtning, da den kvalificerede de former for praksis, der udløste sanktioner, som en overtrædelse, kunne det hævdes, at den i et vist omfang havde fastslået overtrædelser på grundlag af mistanker eller antagelser, som var foranlediget af en anden adfærd end den praksis, som den besluttede at pålægge sanktioner for. En sådan tilgang kunne medføre, at en virksomheds angivelige dårlige omdømme, som fulgte af simple udsagn eller udokumenterede fakta, blev betragtet som et parameter i forbindelse med undersøgelsen af den konkurrencebegrænsende praksis, som virksomheden blev lagt til last. Den upartiskhed og objektivitet, der skal udvises i forbindelse med Kommissionens kvalificering og forfølgning af overtrædelser, samt retten til iagttagelse af uskyldsformodningen er imidlertid i princippet til hinder for forudsætninger af denne art. Kommissionens ambivalente holdning til rækkevidden af disse meget væsentlige aspekter af Serviers adfærd, som er beskrevet i den anfægtede afgørelses afsnit 4, og hvorom Kommissionen både har udtalt, at de er vigtige for dens analyse, og at de ikke kan anfægtes for Retten, vidner om den tvivl, som disse begrundelser for den anfægtede afgørelse kan give anledning til.
- 197 Det bør endelig præciseres, at selv om det antages, at de forskellige aspekter af sagsøgernes overordnede strategi mod generiske lægemidler er elementer i den sammenhæng, hvori de overtrædelser, der blev fastslået i den anfægtede afgørelse, indgår, synes disse vurderinger ikke at have kunnet ændre det egentlige indhold af den anfægtede afgørelses dispositive del. Det skal nemlig bemærkes, at hensyntagen til sammenhængen ved påvisningen af det konkurrencebegrænsende formål

ikke kan kompensere for en manglende faktisk påvisning af et konkurrencebegrænsende formål (generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 44). Hertil kommer, at selv om Kommissionen for så vidt angår artikel 102 TEUF er forpligtet til at tage alle relevante faktiske omstændigheder vedrørende den omhandlede adfærd i betragtning med henblik på at identificere et eventuelt misbrug af dominerende stilling, udgør den omstændighed, at der foreligger en eventuelt konkurrencebegrænsende hensigt, imidlertid kun en ud af flere faktiske omstændigheder, som kan tages i betragtning med henblik på at fastslå et misbrug af en sådan stilling (jf. i denne retning dom af 19.4.2012, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 18-20).

- 198 Dette anbringende må som følge heraf og under alle omstændigheder afvises som irrelevant, eftersom det er rettet mod begrundelser i den anfægtede afgørelse, som ikke vedrører den adfærd og praksis, hvormed sagsøgerne tilsidesatte konkurrenceretten, og som udløste sanktioner i den nævnte afgørelse. Det skal imidlertid bemærkes, at mange faktiske omstændigheder, som sagsøgerne har kritiseret i forbindelse med dette anbringende (bl.a. overtagelsen af alternative teknologier og de mindelige bilæggelser af patenttvister), er direkte knyttet til den praksis, som Kommissionen kvalificerede som en overtrædelse, og også er nævnt i forbindelse med andre anbringender, hvilket Kommissionen har gjort gældende i sit svarskrift. Disse omstændigheder, der således kan være relevante, vil blive undersøgt ved gennemgangen af de nævnte anbringender.

5. Retlige fejl i forbindelse med definitionen af begrebet konkurrencebegrænsende formål

[udelades]

- 211 Med dette anbringende har sagsøgerne og intervenienten anført, at Kommissionen begik retlige fejl, da den kvalificerede patentforligsaftalerne som aftaler med konkurrencebegrænsende formål, og at den ikke tog hensyn til rækkevidden af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er knyttet til patenter. Det tilkommer som følge heraf Retten at afgøre, hvorvidt og under hvilke betingelser sådanne forligsaftaler kan have et konkurrencebegrænsende formål, og at undersøge, om Kommissionen ikke tog hensyn til patenters rækkevidde i forbindelse med sin analyse.
- 212 Det skal herved bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse undersøgte, hvordan forligsaftaler i patenttvister efter dens opfattelse burde vurderes i forhold til bestemmelserne i artikel 101, stk. 1, TEUF, og navnlig om sådanne aftaler kunne kvalificeres som aftaler med konkurrencebegrænsende formål (1102.-1155. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 213 Kommissionen erkendte således i det væsentlige, at virksomhederne som udgangspunkt har ret til at bilægge tvister i mindelighed, også når de vedrører patenter (1118. betragtning til den anfægtede afgørelse), men fastslog, at patentforligsaftaler skulle overholde Unionens konkurrenceret og i særdeleshed bestemmelserne i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. bl.a. 1119., 1122. og 1123. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 214 Kommissionen tog ligeledes hensyn til den særlige sammenhæng, hvori konkurrencen mellem originalmedicinproducerende selskaber og generikaproducerende selskaber udøves i lægemiddelsektoren. Den pegede bl.a. på patentsagers betydning i denne sektor (1125.-1132. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 215 På denne baggrund anførte Kommissionen, at det i princippet kan være rimeligt, at parterne indgår en forligsaftale, som afslutter en tvist, og endda indsætter ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler i denne aftale (1133. og 1136. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 216 Kommissionen fastslog imidlertid, at en patentforligsaftale, hvorved et generikaproducerende selskab går med til at begrænse sin evne og sit incitament til at konkurrere med konkurrenter til gengæld for en værdioverførsel i form af udbetalingen af et betydeligt pengebeløb eller et andet væsentligt incitament, henset til de særlige omstændigheder i sagen, kan have et konkurrencebegrænsende formål i strid med artikel 101 TEUF (1134. betragtning til den anfægtede afgørelse). I et sådant tilfælde giver det generikaproducerende selskab ikke afkald på at udfolde selvstændige bestræbelser på at trænge ind på markedet, fordi parterne har vurderet, at patentet er velfunderet, men fordi der er overført en værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab (1137. betragtning til den anfægtede afgørelse), som dermed har modtaget penge for at holde sig væk (1140. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 217 Kommissionen meddelte som følge heraf, at den ved vurderingen af, om de pågældende forligsaftaler havde et konkurrencebegrænsende formål eller ej, ville foretage en individuel analyse af de faktiske omstændigheder i forbindelse med alle disse aftaler. Til dette formål præciserede den, at den nærmere bestemt ville afklare, for det første om »det generikaproducerende selskab og det originalmedicinproducerende selskab i det mindste var potentielle indbyrdes konkurrenter«, for det andet om »det generikaproducerende selskab i aftalen [havde forpligtet] sig til i aftalens løbetid at begrænse sine selvstændige bestræbelser på at markedsføre et generisk produkt på et eller flere markeder i EU«, og for det tredje om »aftalen indebar en værdioverførsel fra det originalmedicinproducerende selskab, som udgjorde et væsentligt incitament, der i betydelig grad fjernede det generikaproducerende selskabs incitament til selvstændigt at søge at komme ind på et eller flere markeder i EU med et generisk produkt« (1154. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 218 Kommissionen anvendte dernæst de tre kriterier, der er opregnet i præmis 217 ovenfor, på de enkelte forligsaftaler og konkluderede for hver af disse aftaler, at disse tre kriterier var opfyldt, og at de nævnte aftaler som følge heraf bl.a. måtte kvalificeres som aftaler med konkurrencebegrænsende formål.

a) Patentforligsaftalernes konkurrencebegrænsende formål

1) De konkurrencebegrænsende formål

- 219 Artikel 101, stk. 1, TEUF bestemmer, at alle 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. Ifølge fast retspraksis siden dom af 30. juni 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, s. 216), medfører den alternative karakter af disse betingelser – hvilket ses af bindeordet »eller« – at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Hvis en analyse af aftalens indhold imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der 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 (jf. dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 116 og den deri nævnte retspraksis, og af 16.7.2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis). Det er derimod ikke nødvendigt at undersøge en aftales virkninger for konkurrencen, hvis det allerede er godtgjort, at den har et konkurrencebegrænsende formål (jf. dom af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis). I den anfægtede afgørelse henviste Kommissionen således med rette til, dels at en aftales konkurrencebegrænsende formål og virkning er alternative og ikke kumulative betingelser ved bedømmelsen af, om en aftale falder ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (1109. betragtning), dels at det ikke er nødvendigt at påvise en adfærds konkrete konkurrencebegrænsende virkninger, hvis det allerede er godtgjort, at den har et konkurrencebegrænsende formål (1112. betragtning).

- 220 Begrebet konkurrencebegrænsende formål kan kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der efter deres art kan være tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen (jf. i denne retning dom af 30.6.1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, s. 359, af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49, 50 og 58 samt den deri nævnte retspraksis, af 16.7.2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, præmis 31, og af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 20).
- 221 Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at anses for at have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, nødvendigt at forholde sig til indholdet af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (jf. dom af 16.7.2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis). I forbindelse med vurderingen af den retlige og økonomiske 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 (jf. dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 117 og den deri nævnte retspraksis). Det bør ikke desto mindre fremhæves, at undersøgelsen af, hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, ikke må foranledige Retten til at vurdere den omhandlede samordnings virkninger (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 72-82), da den sondring, der er indført ved bestemmelserne i artikel 101, stk. 1, TEUF, ellers vil miste sin effektive virkning.
- 222 Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en type af samordning mellem virksomheder, er der desuden intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (jf. dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 118 og den deri nævnte retspraksis). Den omstændighed alene, at en aftale ligeledes forfølger lovlige mål, kan imidlertid ikke hindre, at den kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 21; jf. i denne retning også dom af 8.11.1983, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, EU:C:1983:310, præmis 25, og af 6.4.2006, General Motors mod Kommissionen, C-551/03 P, EU:C:2006:229, præmis 64).
- 223 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den begik en retlig fejl, da den fastslog, at den omstændighed, at en aftale kan påvirke konkurrencen negativt, var tilstrækkelig til at kvalificere den som en aftale med konkurrencebegrænsende formål. I 1111. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen ganske vist med henvisning til Domstolens praksis (dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 31, og af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 35-38), at »[f]or at en aftale kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, er det tilstrækkeligt, at den kan påvirke konkurrencen negativt«, og at aftalen »[m]ed andre ord [...] blot i det konkrete tilfælde og under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng [skal] kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«.
- 224 Hertil skal det indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse korrekt henviste til den retspraksis vedrørende definitionen af konkurrencebegrænsende formål, der er nævnt i præmis 219-222 ovenfor. Det fremgår nemlig af 1109. og 1110., 1112.-1117. og 1211. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen ikke begik nogen retlig fejl, da den henviste til denne retspraksis, og at den anvendte denne retspraksis i forbindelse med sin analyse af de enkelte aftaler (jf. bl.a. 1369.-1375., 1475.-1481., 1622.-1627., 1763., 1804.-1810. og 1994.-2000. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det er uden betydning, at Kommissionen ikke anvendte udtrykket »tilstrækkeligt skadelig« i den anfægtede afgørelse, da det fremgår af den nævnte afgørelse, at Kommissionen

opfattede begrebet konkurrencebegrænsende formål korrekt. I 1110. og 1113. betragtning til den nævnte afgørelse angav den nærmere bestemt, at der var tale om begrænsninger, som »efter deres art kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår«, at det »[f]or at vurdere, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, [...] bl.a. [er] nødvendigt at forholde sig til indholdet af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår«, og at der »[i] forbindelse med vurderingen af denne sammenhæng [...] også [bør] tages hensyn til arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes det eller de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer«. Kommissionen henviste også med rette til, at »[s]elv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er der [...] intet, der forbyder Kommissionen eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning« (1113. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 225 Det skal dernæst fremhæves, at Domstolens hensigt med præmis 31 i dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343), der er gengivet i præmis 38 i dom af 14. marts 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160), ikke var at fastslå, at en forholdsvis uskadelig aftale, der eventuelt kunne påvirke konkurrencen negativt, kunne have et konkurrencebegrænsende formål, men blot at fastslå, dels at det ikke er relevant at påvise en aftales konkrete virkninger for konkurrencen i forbindelse med analysen af det konkurrencebegrænsende formål, dels at den omstændighed, at en aftale ikke er blevet gennemført, ikke i sig selv er til hinder for, at den kvalificeres som en aftale med konkurrencebegrænsende formål. Når præmis 31 i dom af 4. juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343), sammenholdes med præmis 29 og 30 heri samt med punkt 46 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i denne sag, hvortil der udtrykkeligt henvises i dommen, og med punkt 47 i dette forslag til afgørelse, kan den nemlig placeres i sammenhæng med sondringen mellem konkurrencebegrænsende virkninger og konkurrencebegrænsende formål.
- 226 Sagsøgernes argumenter om, at Kommissionen begik en retlig fejl i 1111. betragtning til den anfægtede afgørelse, må som følge heraf forkastes.
- 227 Sagsøgerne og intervenienten har desuden under påberåbelse af dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), gjort gældende, at begrebet overtrædelse på grund af formålet bør fortolkes indskrænkende, hvilket Kommissionen ikke gjorde i den anfægtede afgørelse.
- 228 Det skal herved indledningsvis påpeges, at Domstolen i dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 58), udtalte, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« kun kan anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig, og ikke på aftaler, med hensyn til hvilke det slet ikke er godtgjort, at de efter deres art kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår. Den betragtede som følge heraf Rettens bemærkning om, at begrebet overtrædelse på grund af formålet ikke skulle fortolkes indskrænkende, som en retlig fejl. Domstolen har imidlertid ikke rejst tvivl om den retspraksis, hvori den har konkluderet, at de i artikel 101, stk. 1, litra a)-e), TEUF omhandlede aftaletyper ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 23; jf. i denne retning ligeledes dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 58), på grundlag af anvendelsen af ordet »navnlig« i artikel 101, stk. 1, TEUF (generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:467, punkt 46).
- 229 Det skal dernæst bemærkes, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde anvendte en tilgang, der var i overensstemmelse med dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), idet den analyserede de omtvistede aftaler ud fra de kriterier, der er angivet i præmis 219-222 ovenfor (jf. præmis 224 ovenfor), og at disse kriterier som sådan er indskrænkende,

eftersom de forudsætter, at det påvises, at aftalerne var tilstrækkeligt skadelige. I modsætning til, hvad sagsøgerne og intervenienten har gjort gældende, skulle Kommissionens analyse ikke umiddelbart gøres til genstand for en mere indskrænkende tilgang end den, der følger af kriterierne vedrørende begrebet om konkurrencebegrænsende formål, men det var en forudsætning, at der blev påvist en tilstrækkeligt skadelig konkurrencebegrænsning eller foretaget en analyse af de omtvistede aftalers konkurrencebegrænsende virkninger.

- 230 Sagsøgerne har i øvrigt anført, at den manglende præcedens var til hinder for enhver kvalificering af konkurrencebegrænsende formål, og gjort gældende, at den tidligere sagsansvarlige kontorchef offentligt havde erkendt, at sagen var uden fortilfælde, hvilket Kommissionen også selv indrømmede i den anfægtede afgørelse. Det er imidlertid vigtigt at påpege, at de former for praksis, der er nævnt i artikel 101, stk. 1, litra a)-e), TEUF, ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 23), og selv om de erfaringer, der er gjort, utvivlsomt kan bekræfte, at visse former for samarbejde i sagens natur er konkurrenceskadelige (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51), er den omstændighed, at Kommissionen ikke tidligere har vurderet, at en aftale af en bestemt type på grund af sit formål var konkurrencebegrænsende, 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 (jf. dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 438 og den deri nævnte retspraksis).
- 231 I modsætning til det af sagsøgerne anførte er den omstændighed, at det skal vurderes fra sag til sag, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, ikke til hinder for, at der foretages en sådan kvalificering. Ifølge retspraksis kræves det nemlig ikke, at en aftale for at kunne kvalificeres som konkurrencebegrænsning på grund af formålet som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF for en umiddelbar betragtning eller uden nogen tvivl skal være tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, uden at Kommissionen eller Unionens retsinstanter iværksætter en grundig undersøgelse af dens indhold, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (jf. i denne retning dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 51, og af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 775).
- 232 Sagsøgerne og intervenienten har i øvrigt gjort gældende, at den anfægtede afgørelse er behæftet med en selvmodsigende begrundelse, da det fremgår af 2764. betragtning, at patentforligene ikke i sig selv er konkurrencebegrænsende i forhold til artikel 102 TEUF. Det fremgår imidlertid klart af den omtvistede sætning i 2764. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen alene henviste til de former for praksis, som ifølge den anfægtede afgørelse udgjorde en del af sagsøgernes strategi mod generiske lægemidler, men som ikke blev kvalificeret som overtrædelser af konkurrenceretten i den anfægtede afgørelse. Denne sætning vedrørte som følge heraf ikke de forlig, som sagsøgerne havde indgået. Det fremgår i øvrigt af den anfægtede afgørelse og navnlig af afsnit 8.3 heri, at Kommissionen fastslog, at de forlig, som sagsøgerne havde indgået, udgjorde et misbrug, som bidrog til den samlede og vedvarende overordnede udelukkelsesstrategi, der var i strid med bestemmelserne i artikel 102 TEUF. Den anfægtede afgørelse er derfor ikke behæftet med den hævdede selvmodsigende begrundelse.
- 233 Efter at have gennemgået betingelserne for anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål og undersøgt sagsøgernes klagepunkter om fortolkningen af dette begreb bemærker Retten, at i det foreliggende tilfælde var formålet med de omtvistede aftaler ifølge sagsøgerne at bilægge tvisterne mellem de kontraherende parter i mindelighed, og de blev indgået i specifik sammenhæng med patentretten, idet de pågældende tvister vedrørte sagsøgernes patenter. Da der for at afgøre, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, kræves en undersøgelse af den pågældende aftales indhold, dens formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (jf. præmis 221 ovenfor), er det imidlertid i det foreliggende tilfælde nødvendigt at vurdere de ikke-anfægtelsesklausuler vedrørende patenterne og de ikke-markedsføringsklausuler vedrørende produkter, der krænker disse patenter, som er indeholdt i forligene generelt og især i de omtvistede

aftaler, henset til deres formål om at bilægge patenttvisterne i mindelighed og til den specifikke patentsammenhæng, for at efterprøve, om Kommissionen med rette og ved hjælp af passende retlige kriterier kvalificerede disse aftaler som aftaler med konkurrencebegrænsende formål.

2) De intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder patenterne

²³⁴ Det specifikke formål med at meddele et patent er at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderens for dennes 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, EU:C:1974:114, præmis 9). Når en offentlig myndighed har meddelt et patent, anses det normalt for at være gyldigt, og en virksomheds indehavelse heraf forudsættes at være lovlig. En virksomheds blotte indehavelse af en sådan eksklusiv ret har normalt den virkning at holde konkurrenterne på afstand, idet disse i henhold til offentlige regler er forpligtet til at respektere denne eksklusive ret (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 362).

²³⁵ Udøvelsen af rettigheder i henhold til et patent, der er tildelt i medfør af en medlemsstats lovgivning, indebærer imidlertid ikke i sig selv en krænkelse af traktatens konkurrenceregler (dom af 29.2.1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, s. 109). Reglerne om intellektuelle ejendomsrettigheder er endda væsentlige for opretholdelsen af en ufordrejet konkurrence på det indre marked (dom af 16.4.2013, Spanien og Italien mod Rådet, C-274/11 og C-295/11, EU:C:2013:240, præmis 22). For det første er patentretten ved at belønne opfinderens kreative indsats med til at fremme et gunstigt miljø for innovation og investeringer, og for det andet sigter den mod at offentliggøre opfindelsers virkemåde og dermed skabe grobund for andre nyskabelser. Punkt 7 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, hvis bestemmelser i det hele er gentaget i punkt 7 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler, har således følgende ordlyd:

»[Der er ingen] iboende konflikt mellem intellektuelle ejendomsrettigheder og [Unionens] konkurrenceregler. Faktisk deler de to lovkomplekser samme grundlæggende formål, nemlig at fremme forbrugernes velfærd og en effektiv ressourceallokering. Innovation udgør en essentiel og dynamisk komponent i en åben og konkurrencepræget markedsøkonomi. Intellektuelle ejendomsrettigheder fremmer en dynamisk konkurrence ved at tilskynde virksomhederne til at investere i udvikling af nye eller forbedrede produkter og produktionsmetoder. Det samme gør konkurrence ved at presse virksomhederne til at innovere. Derfor er både intellektuelle ejendomsrettigheder og konkurrence nødvendige for at fremme innovationen og sikre en konkurrencepræget udnyttelse heraf.«

²³⁶ Ifølge fast retspraksis udgør ejendomsretten, der også omfatter intellektuelle ejendomsrettigheder, et almindeligt EU-retligt princip (dom af 29.1.2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, præmis 62; jf. i denne retning også dom af 12.7.2005, Alliance for Natural Health m.fl., C-154/04 og C-155/04, EU:C:2005:449, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis).

²³⁷ Den intellektuelle ejendomsret, herunder patentretten, er imidlertid ikke en absolut rettighed, men skal ses i sammenhæng med sin funktion i samfundet og forenes med andre grundlæggende rettigheder, og den kan underlægges begrænsninger for at tilgodese almene hensyn, som Unionen forfølger, forudsat at begrænsningerne ikke, når henses til deres formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb over for det centrale indhold af den beskyttede rettighed (jf. dom af 12.7.2005, Alliance for Natural Health m.fl., C-154/04 og C-155/04, EU:C:2005:449, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen har f.eks. i tvister om fortolkningen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 469/2009 af 6. maj 2009 om det supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler (EUT 2009, L 152, s. 1) fundet, at der bør foretages en afvejning mellem hensynet til

lægemiddelindustrien, der er indehaver af patenter, og folkesundheden (jf. i denne retning dom af 12.3.2015, *Actavis Group PTC og Actavis UK, C-577/13, EU:C:2015:165*, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

- 238 I artikel 3, stk. 3, TEU præciseres det ligeledes, at Unionen opretter et indre marked, der i overensstemmelse med protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrence, som er knyttet som bilag til Lissabontraktaten, og som i henhold til artikel 51 TEU har samme værdi som traktaterne, omfatter et system, der sikrer, at konkurrencen ikke forvrides. Artikel 101 TEUF og 102 TEUF er imidlertid blandt de konkurrenceregler, der – som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra b), TEUF – er nødvendige for det indre markeds funktion. Formålet med sådanne regler er således netop at forhindre, at konkurrencen fordrejes til skade for almenheden, de enkelte virksomheder og forbrugerne, og dermed at bidrage til at sikre Unionens økonomiske velfærd (jf. dom af 17.2.2011, *TeliaSonera Sverige, sag C-52/09, EU:C:2011:83*, præmis 20-22).
- 239 Selv om traktaterne aldrig har indeholdt udtrykkelige bestemmelser om, at der skal ske en forening af intellektuelle ejendomsrettigheder og konkurrenceretten, var det imidlertid fastsat i EF-traktatens artikel 36, hvis bestemmelser er gengivet i artikel 36 TEUF, at intellektuelle ejendomsrettigheder skulle forenes med princippet om frie varebevægelser, idet det fremgik, at traktatens bestemmelser om forbud mod kvantitative restriktioner mellem medlemsstaterne ikke var til hinder for restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, som bl.a. var begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, og præciseredes, at disse restriktioner hverken måtte udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne. Domstolen har bemærket, at hensigten med EF-traktatens artikel 36 således var at foretage en sondring mellem de i en medlemsstats lovgivning anerkendte rettigheder vedrørende beskyttelsen af den kunstneriske og intellektuelle ejendomsret, som ikke er berørt af traktatens bestemmelser, og ejendomsrettens udøvelse, som kan udgøre en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. i denne retning dom af 6.10.1982, *Coditel m.fl., 262/81, EU:C:1982:334*, præmis 13).
- 240 EU-lovgiver har i øvrigt haft lejlighed til at pege på behovet for en sådan forening. Det præciseres således i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT 2004, L 157, s. 45) – som har til formål indbyrdes at tilnærme lovgivningerne med henblik på at sikre et højt, ækvivalent og ensartet beskyttelsesniveau i det indre marked (10. betragtning) og »at sikre, at den intellektuelle ejendomsret overholdes fuldt ud i overensstemmelse med [...] artikel 17, stk. 2[, i chartret om grundlæggende rettigheder]« (32. betragtning) – at dette direktiv »ikke [bør] berøre anvendelsen af konkurrencereglerne, særlig [...] artikel [101 TEUF] og [102 TEUF]«, og at »[f]oranstaltningerne i dette direktiv [ikke] bør [...] anvendes til uretmæssigt at begrænse konkurrencen på en måde, der er i strid med traktaten« (12. betragtning).
- 241 Domstolen har udviklet en praksis vedrørende de forskellige former for intellektuelle ejendomsrettigheder, som har til formål at forene konkurrencereglerne med udøvelsen af disse rettigheder, uden at det griber ind i deres egentlige indhold, baseret på samme ræsonnement, som den har anvendt for at forene disse rettigheder med de frie varebevægelser. Der skal således efter Domstolens opfattelse pålægges sanktioner for usædvanlig anvendelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og ikke for retmæssig udøvelse af disse rettigheder, hvilket Domstolen har defineret på grundlag af deres særlige genstand – et begreb, som i Domstolens praksis anvendes synonymt med de begreber, der vedrører disse rettigheders egentlige indhold og de væsentligste særrettigheder for indehaveren af disse rettigheder. Ifølge Domstolen angår en udøvelse af beføjelser, der hører under den særlige genstand for en intellektuel ejendomsrettighed, således dennes eksistens (jf. i denne retning generaladvokat Gulmanns forslag til afgørelse RTE og ITP mod Kommissionen, C-241/91 P, EU:C:1994:210, præmis 31 og 32 samt den deri nævnte retspraksis). Domstolen har ikke desto mindre fastslået, at indehaverens udøvelse af eneretten under særlige omstændigheder kan føre

til en adfærd, der strider mod konkurrencereglerne (dom af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen, C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, præmis 50; jf. i denne retning også dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 691).

- 242 Med hensyn til patenter har Domstolen udtalt, at det ikke er udelukket, at artikel 101 TEUF finder anvendelse på den intellektuelle ejendomsrettighed, dersom flere virksomheders samordnede brug af et eller flere patenter skulle føre til en situation, der kan beskrives ved hjælp af begreberne aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder eller samordnet praksis efter betydningen i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom af 29.2.1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, s. 110). I 1974 fastslog Domstolen på ny, at selv om de rettigheder, der hjemles ved en medlemsstats lovgivning på området for industriel ejendomsret, ikke berøres i deres eksistens af artikel 101 TEUF, kan betingelserne for udøvelsen heraf imidlertid falde ind under de forbud, som er indeholdt i denne artikel, og at dette kan være tilfældet, når som helst udøvelsen af en sådan rettighed fremtræder som formål med, middel til eller følge af en kartelaftale (dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 39 og 40).
- 243 Det bemærkes, at når den patentret, der finder anvendelse i den foreliggende sag, ikke er harmoniseret på EU-plan, kan omfanget af den beskyttelse, der følger af et patent udstedt af et nationalt patentkontor eller af EPO, kun bestemmes på grundlag af bestemmelser, som ikke er en del af EU-retten, men af national ret eller EPK (jf. i denne retning dom af 16.9.1999, Farmitalia, C-392/97, EU:C:1999:416, præmis 26, og af 24.11.2011, Medeva, C-322/10, EU:C:2011:773, præmis 22 og 23). Når Unionens retsinstanser i forbindelse med et annullationssøgsmål til prøvelse af en kommissionsafgørelse skal undersøge en forligsaftale vedrørende en patenttvist, som er omfattet af andre regler end de EU-retlige, tilkommer det som følge heraf ikke dem at fastlægge det nævnte patents rækkevidde eller at tage stilling til dets gyldighed. Det skal i øvrigt bemærkes, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde i 113.-123. betragtning til den anfægtede afgørelse ganske vist henviste til en strategi, som sagsøgerne anvendte for at skabe en »patentklynge« og »papirpatenter«, men at den ikke tog stilling til de omtvistede patenters gyldighed på tidspunktet for aftalernes indgåelse.
- 244 Selv om det hverken tilkommer Kommissionen eller Retten at tage stilling til et patents gyldighed, skal der imidlertid tages hensyn til patentets eksistens i forbindelse med den vurdering, der foretages inden for rammerne af Unionens konkurrenceregler. Domstolen har nemlig allerede bemærket, at skønt Kommissionen ikke er kompetent til at fastlægge rækkevidden af et patent, forholder det sig alligevel således, at den ikke kan afholde sig fra ethvert initiativ, dersom rækkevidden af patentet er relevant i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, eftersom Kommissionen selv i tilfælde, hvor selve rækkevidden af et patent er genstand for et søgsmål for de nationale retter, skal kunne udøve sine beføjelser i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 1/2003, at de resultater, som Kommissionen når til, på ingen måde foregriber de afgørelser, som de nationale retter træffer i forskellige tvister vedrørende patentrettighederne, der bliver indbragt for dem, og at Kommissionens afgørelse er underkastet Unionens retsinstansers kontrol (dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 26 og 27).
- 245 Det bør endelig fremhæves, at intellektuelle ejendomsrettigheder er beskyttet ved chartret om grundlæggende rettigheder. Det fremgår af artikel 17, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, der ved Lissabontraktaten er tillagt samme juridiske værdi som traktaterne (artikel 6, stk. 1, TEU), at »[e]nhver har ret til at besidde lovligt erhvervet ejendom, at anvende den, at træffe dispositioner hermed og at lade den gå i arv«, at »[i]ngen må berøves sin ejendom, medmindre det skønnes nødvendigt i samfundets interesse, og det sker i de tilfælde og på de betingelser, der er fastsat ved lov, og mod rimelig og rettidig erstatning for tabet«, og at »[a]nvendelsen af ejendommen kan reguleres ved lov, i det omfang det er nødvendigt af hensyn til almenvellet«. Artikel 17, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder præciserer desuden, at »[i]ntellektuel ejendomsret er beskyttet«. De garantier, der er fastsat i artikel 17, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, finder som følge

heraf også anvendelse på intellektuel ejendomsret. Domstolen har imidlertid fastslået, at anerkendelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder i chartret om grundlæggende rettigheder indebærer et krav om stærk beskyttelse af disse rettigheder, og at der må foretages en afvejning af dels bevarelsen af den frie konkurrence, under hensyntagen til hvilken den primære ret og særlig artikel 101 TEUF og 102 TEUF forbyder konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling, dels nødvendigheden af at sikre den intellektuelle ejendomsret, som er sikret ved artikel 17, stk. 2, i chartret om grundlæggende rettigheder (jf. i denne retning dom af 16.7.2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, præmis 42 og 58).

3) Forligene i patenttvisterne

- 246 Det skal indledningsvis præciseres, at følgende gennemgang ikke omfatter patenter, der er opnået ved svig, »fiktive« tvister eller uoverensstemmelser, som ikke er blevet indbragt for en domstol. Kommissionen erkendte nemlig i 1170. betragtning til den anfægtede afgørelse, at samtlige sagsøgere og generikaproducerende selskaber på tidspunktet for forligsaftalernes indgåelse var parter eller impliceret i en tvist ved en national ret eller ved EPO vedrørende gyldigheden af visse af sagsøgernes patenter eller den patentkrænkende karakter af det generikaproducerende selskabs produkt.
- 247 Det skal indledningsvis bemærkes, at det umiddelbart er legitimt, at parterne i en tvist om et patent indgår en forligsaftale i stedet for at lade en domstol afgøre sagen. Som Kommissionen med rette anførte i 1102. betragtning til den anfægtede afgørelse, har virksomhederne som udgangspunkt ret til at indgå forlig, bl.a. om patenter, og disse forlig er ofte til gavn for begge parter i tvisten og gør det muligt at foretage en mere effektiv fordeling af ressourcer, end hvis sagen skulle afgøres ved dom. En sagsøger har nemlig ikke pligt til at videreføre en sag, som den pågældende selv har valgt at indbringe for retten. Det skal tilføjes, at det er dyrt for samfundet at bilægge tvister ad retslig vej, og at der heller ikke er tale om den foretrukne og optimale måde at løse konflikter på. Det stigende antal sager, der indbringes for domstolene, kan skyldes svagheder eller mangler, som kan afhjælpes på andre måder eller gøres til genstand for målrettede forebyggelsesforanstaltninger. Hvis det antages, at medlemsstaternes eller EPO's systemer for meddelelse af patenter rammes af sådanne vanskeligheder, f.eks. fordi det er for let at opnå beskyttelse af processer uden opfindeshøjde, kan disse problemer ikke begrunde, at virksomheder forpligtes, endsige tilskyndes til at videreføre patenttvister, indtil de afgøres ved dom.
- 248 Det fremgår endvidere af punkt 204 og 209 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, som i hvert fald finder anvendelse på aftaler om licensering af teknologi, at det er muligt at indgå forligsaftaler og ikke-påberåbelsesaftaler, som omfatter licensering, og at ikke-anfægtelsesklausuler i forbindelse med forligsaftaler og ikke-påberåbelsesaftaler normalt anses for at falde uden for artikel 101, stk. 1, TEUF. Det angives ligeledes i punkt 235 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler, som er trådt i stedet for retningslinjerne fra 2004, at »forligsaftaler, der indgås i forbindelse med tvister om teknologi, ligesom forligsaftaler på mange andre områder, [er] en legitim måde at nå frem til et gensidigt acceptabelt kompromis i en reel juridisk tvist«. I dette punkt præciseres det desuden, at »[p]arterne kan foretrække at bringe tvisten eller retssagen til ophør, fordi den viser sig at være for omkostningsfuld, tidskrævende og/eller at have et uforudsigeligt udfald«, og at »[f]orlig [...] desuden [kan] spare domstole og/eller kompetente administrative organer for arbejdet med at tage stilling til sagen, hvilket derfor kan gavne samfundet«.
- 249 Kommissionen har i øvrigt selv benyttet sig af en administrativ procedure i kartelsager, som på visse punkter minder om et forlig. Den forligsprocedure, der blev indført ved Kommissionens forordning (EF) nr. 622/2008 af 30. juni 2008 om ændring af forordning (EF) nr. 773/2004 vedrørende gennemførelse af forligsprocedurer i kartelsager (EUT 2008, L 171, s. 3), har nemlig til formål at forenkle og fremskynde administrative procedurer samt at begrænse antallet af søgsmål, som anlægges

for Unionens retsinstanser med det sigte at gøre det muligt for Kommissionen at behandle flere sager med de samme ressourcer (dom af 20.5.2015, Timab Industries og CFPR mod Kommissionen, T-456/10, EU:T:2015:296, præmis 59 og 60).

250 Det fremgår desuden af retspraksis, at muligheden for at gøre sine rettigheder gældende ved domstolene og den domstolsprøvelse, dette indebærer, er udtryk for et almindeligt retsprincip, der ligger til grund for medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner, og som har fundet udtryk i EMRK's artikel 6 og 13. Da adgangen til domstolene er en grundlæggende rettighed og et almindeligt retsprincip, der skal tjene til at opretholde respekten for loven, er det kun under helt ekstraordinære omstændigheder, at iværksættelse af et søgsmål kan udgøre en overtrædelse af konkurrenceretten (dom af 17.7.1998, ITT Promedia mod Kommissionen, T-111/96, EU:T:1998:183, præmis 60). Som Domstolen har påpeget, indebærer kravet om stærk beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, at deres indehaver i princippet ikke må fratages muligheden for at anlægge søgsmål ved domstolene, som kan sikre den faktiske overholdelse af indehaverens enerettigheder (dom af 16.7.2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, præmis 58). Den omstændighed, at en virksomhed beslutter ikke at gå til domstolene og foretrækker en udenretslig bilæggelse af tvisten, er tilsvarende udtryk for den samme frihed til at vælge, hvordan den vil forsvare sine rettigheder, og kan i princippet ikke udgøre nogen overtrædelse af konkurrenceretten.

251 Selv om adgangen til domstolene er en grundlæggende rettighed, kan den imidlertid ikke betragtes som en forpligtelse, uanset om den kan forstærke konkurrencen mellem de erhvervsdrivende. Det skal således på den ene side bemærkes, at en intellektuel ejendomsret – til trods for de mange procedurer og systemer for meddelelse af patenter, der fandtes i de forskellige EU-medlemsstater og ved EPO på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen – normalt anses for at være gyldig, og at en virksomheds indehavelse heraf forudsættes at være lovlig (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 362). På den anden side er det selvfølgelig i den offentlige interesse at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent (jf. i denne retning dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 92 og 93), og selv om det er almindeligt anerkendt, at de offentlige budgetter, navnlig vedrørende dækning af sundhedsudgifter, er udsat for et stort pres, og at konkurrencen, navnlig med hensyn til generiske lægemidler udviklet af generikaselskaber, kan bidrage effektivt til at styre disse budgetter, skal det ligeledes fremhæves – hvilket Kommissionen med rette anførte i 1201. betragtning til den anfægtede afgørelse – at enhver virksomhed frit kan beslutte, om den vil anlægge sag til prøvelse af patenter på originale lægemidler, som indehaves af de originalmedicinproducerende selskaber. Hertil kommer, at en sådan beslutning om, at anlægge sag eller at bilægge en tvist i mindelighed i princippet ikke er til hinder for, at andre virksomheder beslutter at anfægte de nævnte patenter.

252 Det følger af det ovenfor anførte, at der for at forene patentretten med konkurrenceretten i den særlige situation, hvor der indgås forlig mellem parterne i en patenttvist, skal findes en balance mellem dels behovet for at give virksomhederne mulighed for at indgå forlig, hvilket er til gavn for samfundet, dels behovet for at undgå risikoen for, at forligsaftaler anvendes i strid med konkurrenceretten, hvilket medfører, at patenter, der er fuldstændig ugyldige, opretholdes, og at de offentlige budgetter, især i lægemiddelsektoren, pålægges en urimelig økonomisk byrde.

4) Foreningen af patentforligsaftalerne med konkurrenceretten

253 Det skal påpeges, at selv om parterne har indgået et forlig i en patenttvist, er de stadig underlagt konkurrenceretten (jf. i denne retning dom af 27.9.1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 15, og af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 118; jf. analogt dom af 30.1.1985, BAT Cigaretten-Fabriken mod Kommissionen, 35/83, EU:C:1985:32, præmis 33; jf. ligeledes punkt 204 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler samt punkt 237 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler).

- 254 Domstolen har således bl.a. fastslået, at en klausul om ikke-angreb på et patent, også når den er optaget i en aftale, som skal bringe en verserende retssag til ophør, under hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng kan være konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101 TEUF, stk. 1 (dom af 27.9.1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 14-16).
- 255 Det er derfor nødvendigt at påvise de relevante omstændigheder, som gør det muligt at konkludere, at en klausul om ikke-anfægtelse af et patent og i videre forstand en patentforligsaftale har et konkurrencebegrænsende formål, og for at afgøre, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, kræves der en undersøgelse af den pågældende aftales indhold, de formål, den tilsigter at opfylde, samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår (jf. præmis 221 ovenfor).
- 256 Det skal indledningsvis bemærkes, at en patentforligsaftale ikke må påvirke konkurrencen negativt. Dette er f.eks. tilfældet, hvis parterne aftaler, at det omtvistede patent ikke er gyldigt, og derfor bestemmer, at det generikaproducerende selskab straks kan træde ind på markedet.
- 257 De aftaler, der er omhandlet i den foreliggende sag, hører ikke under denne kategori, da de indeholder ikke-anfægtelsesklausuler vedrørende patenterne og ikke-markedsføringsklausuler vedrørende produkter, hvilke klausuler i sig selv har en konkurrencebegrænsende karakter. Ikke-anfægtelsesklausulen skader nemlig den offentlige interesse i at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent (jf. i denne retning dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 92), og ikke-markedsføringsklausulen medfører en udelukkelse fra markedet af en af patenthaverens konkurrenter.
- 258 Indsættelsen af sådanne klausuler kan imidlertid være lovlig, men alene for så vidt som den støttes på parternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed (samt af de pågældende generiske produkters patentkrænkende karakter).
- 259 For det første er ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler nødvendige for at kunne bilægge visse patenttvister i mindelighed. Hvis parterne i en tvist ikke havde mulighed for at anvende sådanne klausuler, ville det ikke være relevant at bilægge tvister i mindelighed, hvor begge parter er enige om patentets gyldighed. Der skal i øvrigt henvises til, at Kommissionen i punkt 209 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler angav, at »[d]et ligger i [forligsaftaler], at parterne er enige om, at de ikke efterfølgende vil anfægte de intellektuelle ejendomsrettigheder, der er omfattet af aftalen[, eftersom] [s]elve formålet med aftalen består [...] i at bilægge eksisterende tvister og/eller forhindre tvister i fremtiden«. For at kunne opfylde dette formål er det så meget desto mere nødvendigt, at parterne enes om, at der ikke må markedsføres et patentkrænkende produkt.
- 260 For det andet indsættes ikke-markedsføringsklausuler til dels for alene at understøtte de eksisterende retsvirkninger af et patent, hvis gyldighed parterne udtrykkeligt eller stiltiende har anerkendt. Patentet er nemlig normalt til hinder for, at det patenterede produkt eller et produkt, der er fremstillet ved hjælp af den patenterede proces, markedsføres af patenthaverens konkurrenter (jf. præmis 234 ovenfor). Når et generikaproducerende selskab underkaster sig en ikke-markedsføringsklausul, forpligter det sig imidlertid til ikke at sælge produkter, der kan krænke det pågældende patent. Selv om denne klausul er begrænset til det omtvistede patents anvendelsesområde, kan den således anses for i det væsentlige at reproducere dette patents virkninger, for så vidt som den er støttet på anerkendelsen af dets gyldighed. Med hensyn til ikke-anfægtelsesklausuler kan patentet ikke fortolkes således, at det sikrer beskyttelse mod søgsmål, hvorunder gyldigheden af et patent anfægtes (dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 92). Disse klausuler har derfor ikke de samme virkninger som patentet. Når der er vedtaget en ikke-anfægtelsesklausul som led i en mindelig bilæggelse af en egentlig tvist, hvori konkurrenten allerede har haft lejlighed til at anfægte det pågældende patents gyldighed og ender med at anerkende

denne gyldighed, kan en sådan klausul imidlertid ikke i en sådan sammenhæng anses for at skade den offentlige interesse i at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent (jf. præmis 257 ovenfor).

- 261 Kommissionen anførte selv i den anfægtede afgørelse, at ikke-anfægtelsesklausuler og ikke-markedsføringsklausuler var en naturlig del af ethvert forlig. Den fastslog således, at »[n]år der i en tvist eller en retssag vedrørende et patent opnås et forlig på grundlag af de enkelte parter vurdering af den patentsag, som de er impliceret i, er det ikke sandsynligt, at et sådant patentforlig vil tilsidesætte konkurrenceretten, selv om det kan indebære, at det generikaproducerende selskab forpligtes til ikke at anvende den opfindelse, der er omfattet af patentet, i beskyttelsesperioden (f.eks. i henhold til en ikke-markedsføringsklausul) og/eller til ikke at anfægte det pågældende patent ved en domstol (f.eks. i henhold til en ikke-anfægtelsesklausul)« (1136. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 262 Den blotte eksistens i forligsaftaler af ikke-markedsføringsklausuler og ikke-anfægtelsesklausuler, hvis rækkevidde er begrænset til det pågældende patents, gør det således ikke, selv om disse klausuler i sig selv har begrænsende karakter (jf. præmis 257 ovenfor), muligt at konkludere, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, der er tilstrækkeligt skadelig til at kunne kvalificeres som et konkurrencebegrænsende formål, når disse aftaler støttes på parternes anerkendelse af patentets gyldighed (samt af de pågældende generiske produkters patentkrænkende karakter).
- 263 Eksistensen af ikke-markedsføringsklausuler og ikke-anfægtelsesklausuler, hvis rækkevidde er begrænset til det pågældende patent, er derimod problematisk, når det fremgår, at det generikaproducerende selskab ikke har underkastet sig disse klausuler med støtte i dets anerkendelse af patentets gyldighed. Som Kommissionen med føje har anført, udgør »[...] begrænsningerne i aftalen [af] det generikaproducerende selskabs kommercielle selvstændighed[, selv om] de ikke går ud over patentets materielle anvendelsesområde, [...] en tilsidesættelse af [artikel 101 TEUF], da disse begrænsninger ikke kan være berettigede og ikke følger af parternes vurdering af, at selve denne eksklusive ret er velbegrundet« (1137. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 264 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at eksistensen af en »omvendt betaling«, dvs. en betaling fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, er dobbelt mistænkelig som led i en forligsaftale. Det skal nemlig for det første bemærkes, at et patent tilsigter at belønne opfinderens kreative indsats ved at gøre det muligt for vedkommende at opnå en rimelig fortjeneste af sin investering (jf. præmis 234 ovenfor), og at et gyldigt patent således principielt skal give mulighed for at overføre værdier til indehaveren – f.eks. ved en licensaftale – og ikke omvendt. For det andet giver eksistensen af en omvendt betaling mistanke om, at forliget er støttet på forligsparternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed.
- 265 Den blotte eksistens af en omvendt betaling gør det imidlertid ikke muligt at konkludere, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. Det er nemlig ikke udelukket, at visse omvendte betalinger er berettigede, når de er en iboende del af forliget i den pågældende tvist (jf. præmis 277-280 nedenfor). Såfremt en omvendt betaling, der ikke er berettiget, sker ved forligets indgåelse, skal det generikaproducerende selskab imidlertid anses for at være tilskyndet ved denne betaling til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, og det kan fastslås, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. De konkurrencebegrænsninger, som ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne medfører, er i dette tilfælde ikke længere knyttet til patentet og forliget, men skyldes, at der er betalt for en fordel, der tilskynder det generikaproducerende selskab til at give afkald på konkurrencemæssige indsatser.
- 266 Det bemærkes, at selv om hverken Kommissionen eller Unionens retsinstanser har kompetence til at træffe afgørelse om patentets gyldighed (jf. præmis 243 og 244 ovenfor), følger det ikke desto mindre heraf, at disse institutioner inden for rammerne af deres respektive kompetencer og uden at træffe afgørelse om patentets iboende gyldighed kan fastslå, at der foreligger en usædvanlig anvendelse af

dette, som ikke har forbindelse med dets konkrete formål (jf. i denne retning dom af 29.2.1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, s. 109 og 110, og af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 7 og 8; jf. ligeledes analogt dom af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen, C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, præmis 50, og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 104-106).

- 267 Den omstændighed, at et selskab tilskynder en konkurrent til at acceptere ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler som beskrevet i præmis 265 ovenfor eller den logiske følge heraf, at konkurrenten underkaster sig sådanne klausuler som følge af et incitament, udgør en usædvanlig anvendelse af patentet.
- 268 Som Kommissionen med føje har anført i 1137. betragtning til den anfægtede afgørelse, fastsætter »patentretten ikke en ret til at betale sine reelle eller potentielle konkurrenter for, at de forbliver uden for markedet, eller at de afholder sig fra at anfægte et patent, inden de træder ind på markedet«. Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at »patentindehaverne ikke må betale generikaproducerende selskaber for at holde dem uden for markedet og reducere de konkurrencebetingede risici, uanset om det sker som led i en forligsaftale på patentområdet eller med andre midler« (1141. betragtning til den anfægtede afgørelse). Endelig har Kommissionen med føje anført, at »betaling eller andet incitament for potentielle konkurrenter til at blive uden for markedet ikke [var] en del af nogen rettighed knyttet til patenterne og ikke [svarede] til et af de andre midler fastsat i patentretten for at sikre, at patenterne overholdes« (1194. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 269 Når det er fastslået, at der foreligger et incitament, kan parterne ikke længere som led i forliget påberåbe sig, at de anerkender patentets gyldighed. Den omstændighed, at patentets gyldighed bekræftes af en retsinstans eller en administrativ myndighed, er i denne henseende uden betydning.
- 270 Det er således incitamentet og ikke forligsparternes anerkendelse af patentets gyldighed, der skal anses for den egentlige grund til de konkurrencebegrænsninger, som ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne indfører (jf. præmis 257 ovenfor), hvilke klausuler, eftersom de i dette tilfælde ikke er lovlige, følgerig er tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår til, at de kan kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål.
- 271 Når der foreligger et incitament, skal de omhandlede aftaler således anses for at være aftaler om udelukkelse fra markedet, hvori de tilbageblivende betaler en kompensation til de udtrædende. Sådanne aftaler består i virkeligheden af opkøb af konkurrence og skal følgerig kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål, således som det fremgår af dom af 20. november 2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 8 og 31-34), og generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:467, punkt 75), der bl.a. er nævnt i 1139. og 1140. betragtning til den anfægtede afgørelse. Endvidere er udelukkelsen af konkurrenter fra markedet en ekstrem form for markedsoptdeling og begrænsning af produktionen (dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 435), som i en sådan sammenhæng som den, hvori den omtvistede aftale og det omtvistede forlig indgår, er mere skadelig, eftersom de udelukkede selskaber er generikaproducerende selskaber, hvis indtræden på markedet principielt er til gavn for konkurrencen og i øvrigt bidrager til den almene interesse i at sikre billigere sundhedspleje. Endelig styrkes denne udelukkelse i de omtvistede aftaler af, at det ikke er muligt for de generikaproducerende selskaber at anfægte de omtvistede patenter.
- 272 Det følger af det ovenstående, at som led i patentforligsaftaler kræver kvalificeringen af et konkurrencebegrænsende formål, at der inden for forligsaftalen er både en tilskyndende fordel i forhold til et generikaproducerende selskab og en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab. Når disse to betingelser er opfyldt, må det konstateres, at der foreligger en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, henset til den således indgæede aftales skadelighed for de normale konkurrencevilkår.

- 273 Når der er indgået en patentforligsaftale, som omfatter ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, og der ikke er rejst begrundet tvivl om, at disse klausuler i sagens natur er konkurrencebegrænsende (jf. præmis 257 ovenfor), må det således ud fra den omstændighed, at det generikaproducerende selskab tilskyndes til at underkaste sig disse klausuler, konstateres, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål, uanset at der foreligger en egentlig tvist, at forligsaftalen indeholder ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, hvis rækkevidde ikke overstiger det omtvistede patents, og at parterne – navnlig henset til de administrative myndigheders eller kompetente domstoles afgørelser – med rette kan anse dette patent for at være gyldigt på tidspunktet for denne aftales vedtagelse.
- 274 I den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen imidlertid med føje, om de omhandlede aftaler indebar en værdioverførsel fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, som udgjorde et »væsentligt« incitament, der kunne få det sidstnævnte selskab til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, hvoraf det kunne udledes, at der som følge af dette incitament forelå et konkurrencebegrænsende formål.
- 275 Da Kommissionen således anvendte kriteriet om dette incitament til at sondre mellem forligsaftaler, der har konkurrencebegrænsende formål, og forligsaftaler, der ikke har sådanne formål – dette kriterium vil i det følgende blive betegnet som kriteriet om »incitamentet« eller kriteriet om den »tilskyndende fordel« – behæftede den i lyset af ovenstående betragtninger ikke sin afgørelse med en retlig fejl.
- 276 En sådan retlig fejl kan heller ikke udledes af en formodning om, at der ikke er blevet taget hensyn til den sammenhæng, hvori de omtvistede aftaler indgår (jf. vedrørende begrebet sammenhæng dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53), eftersom det ligeledes fremgår af ovenstående ræsonnement, at kriteriet om incitamentet hviler på en vurdering af de omtvistede aftalers indhold ikke blot i forhold til deres erklærede mål, som er at bilægge patenttvister i mindelighed, men også til den særlige sammenhæng, hvori de indgår, og som på lægemiddelområdet kendetegnes ved patenter i form af enerettigheder, som formodes at være gyldige, og hvis besiddelse normalt medfører, at konkurrenter holdes på afstand (jf. præmis 234 ovenfor). I det foreliggende tilfælde blev den sammenhæng, hvori de omtvistede aftaler blev indgået, så meget desto mere taget i betragtning, som Kommissionen for hver af disse aftaler bestræbte sig på at godtgøre, at det omhandlede generikaproducerende selskab var en potentiel konkurrent til Servier, dvs. at det havde reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet (jf. præmis 317 ff. nedenfor). For at give et fyldestgørende svar på anbringendet om den retlige fejl, som Kommissionen angiveligt begik, da den lagde til grund, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, og for dernæst at kunne undersøge, om Kommissionen foretog et fejlskøn i forbindelse med de enkelte aftaler, skal det endvidere præciseres, under hvilke betingelser der kan konstateres et incitament.

5) *Incitamentet*

- 277 Ved vurderingen af, om en omvendt betaling, dvs. en overførsel af værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, udgør et incitament til at acceptere ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, skal det under hensyntagen til denne betalings karakter og begrundelse undersøges, om den dækker omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten. I den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen således med føje, om værdioverførslen svarede til de specifikke omkostninger i forbindelse med forliget, som det generikaproducerende selskab afholdt (1333. betragtning ff., 1461. betragtning ff., 1592. betragtning ff. og 1969. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse).
- 278 Såfremt den omvendte betaling, der er fastsat i en forligsaftale, som omfatter konkurrencebegrænsende klausuler, har til formål at kompensere for omkostninger forbundet med forliget, som afholdes af det generikaproducerende selskab, kan denne betaling i princippet anses for at være tilskyndende. Når

sådanne omkostninger er forbundet med forliget, må det antages, at de som sådan er støttet på anerkendelsen af gyldigheden af de omtvistede patenter, som dette forlig har til formål at bekræfte ved at bringe anfægtelsen af denne gyldighed og den potentielle krænkelse af de nævnte patenter til ophør. Det kan derfor ikke lægges til grund, at en sådan omvendt betaling giver mistanke om, at forliget er støttet på forligsparternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed (jf. præmis 264 og 265 ovenfor). Dette er dog ikke til hinder for, at det i så fald konstateres, at der foreligger et incitament og et konkurrencebegrænsende formål. Det forudsætter imidlertid, at Kommissionen godtgør, at de beløb, som svarer til disse omkostninger i forbindelse med forliget, selv om de er fastlagt og opgjort præcist af parterne i dette forlig, er for høje (jf. i denne retning 1338., 1465., 1600. og 1973. betragtning til den anfægtede afgørelse). Et sådant misforhold bryder nemlig forbindelsen mellem de pågældende omkostninger og forliget og er derfor til hinder for, at det af godtgørelsen af disse omkostninger udledes, at den pågældende forligsaftale er støttet på anerkendelsen af de omtvistede patenters gyldighed.

- 279 Det kan, som sagsøgerne og Kommissionen medgav i retsmødet, antages, at de omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, navnlig dækker procesomkostninger, som det generikaproducerende selskab har afholdt i forbindelse med den tvist, der verserer mellem dette selskab og det originalmedicinproducerende selskab. Disse omkostninger er nemlig afholdt alene i forbindelse med en tvist om gyldigheden eller krænkelsen af de pågældende patenter, som forliget netop sigter mod at bringe til ophør ved hjælp af en aftale, der anerkender patenternes gyldighed. De er således betalt i direkte tilknytning til et sådant forlig. Når det generikaproducerende selskabs procesomkostninger er fastlagt af forligsparterne, kan Kommissionen som følge heraf kun konstatere, at de har tilskyndende karakter, ved at godtgøre, at de er uforholdsmæssige. I denne henseende må beløbene for de procesomkostninger, hvis objektive nødvendighed for den omtvistede procedures gennemførelse – bl.a. henset til de behandlede spørgsmåls retlige og faktiske kompleksitet og den økonomiske interesse, som tvisten har for det generikaproducerende selskab – ikke er godtgjort på grundlag af præcise og detaljerede dokumenter, anses for at være uforholdsmæssige.
- 280 Til gengæld er visse omkostninger, som påhviler det generikaproducerende selskab, for perifere i forhold til tvisten og dens bilæggelse, til at de kan anses for at være forbundet med den mindelige bilæggelse af en patenttvist. Det drejer sig f.eks. om omkostningerne til fremstilling af de patentkrænkende produkter, nærmere bestemt værdien af beholdningen af de nævnte produkter, samt de forsknings- og udviklingsomkostninger, der er afholdt for at udvikle disse produkter. Sådanne omkostninger er som udgangspunkt afholdt uafhængigt af eventuelle tvister og deres bilæggelse og har ikke resulteret i tab som følge af denne bilæggelse, hvilket navnlig fremgår af den omstændighed, at de pågældende produkter ofte til trods for det markedsføringsforbud, der er fastsat i forligsaftalen, sælges på markeder, som ikke er omfattet af den nævnte aftale, og af den omstændighed, at de tilsvarende forskningsaktiviteter kan udnyttes til at udvikle andre produkter. Det samme gælder for beløb, som det generikaproducerende selskab skal betale til tredjeparter på grund af kontraktlige forpligtelser, der ligger uden for tvisten (f.eks. leveringskontrakter). Sådanne omkostninger i forbindelse med ophævelse af kontrakter, der er indgået med tredjeparter, eller ydelse af erstatning til disse tredjeparter er nemlig som oftest fastlagt i de pågældende kontrakter eller i direkte tilknytning til disse kontrakter, som det pågældende generikaproducerende selskab i øvrigt har indgået uafhængigt af enhver tvist med det originalmedicinproducerende selskab eller af dens bilæggelse. Hvis aftaleparterne vil undgå, at betalingen af disse omkostninger kvalificeres som incitament og indicium for, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, er de derfor nødt til at godtgøre, at omkostningerne er forbundet med tvisten eller dens bilæggelse, hvorefter de skal begrunde deres størrelse. De kan i samme øjemed gøre gældende, at godtgørelsen af disse udgifter, der ikke umiddelbart er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, er af ubetydelig størrelse og dermed utilstrækkelig til at udgøre et væsentligt incitament til at acceptere de konkurrencebegrænsende klausuler, der er fastsat i forligsaftalen (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 360).

281 For at afslutte bedømmelsen af den retlige fejl, som Kommissionen angiveligt begik, da den lagde til grund, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, vil Retten endvidere undersøge tre sekundære argumenter, som sagsøgerne og intervenienten har fremført, og som vedrører anvendelsen af teorien om accessoriske begrænsninger, amerikansk rets betydning for tvistens løsning og de ambivalente virkninger, som patentforligsaftaler kan have.

6) Anvendelsen af teorien om accessoriske begrænsninger på forligsaftalerne

282 Sagsøgerne og intervenienten har gjort gældende, at Kommissionen som følge af det legitime formål med forligsaftaler i patenttvister burde have anvendt kriteriet om objektiv nødvendighed, hvorefter en aftale kan undtages fra anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF, når den forfølger et legitimt formål, og når de konkurrencebegrænsninger, som den pålægger, er objektivt nødvendige og forholdsmæssige.

283 Det må indledningsvis konstateres, at sagsøgerne under den administrative procedure ikke forlangte, at teorien om accessoriske begrænsninger skulle anvendes, og at dette heller ikke er nævnt i den anfægtede afgørelse.

284 Det fremgår 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, EU:C:2014:2201, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis). Når det ikke er muligt at adskille en sådan begrænsning, der kvalificeres som en accessorisk begrænsning, fra hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten, uden at det er til skade for forekomsten heraf eller genstanden herfor, skal dennes 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 af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 90).

285 Kommissionen har gjort gældende, at forudsætningen for at kunne anvende kriteriet om objektiv nødvendighed ikke er opfyldt, da et forlig i en patenttvist i princippet ikke kan kvalificeres som en transaktion, som ikke er konkurrencebegrænsende, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå. Det fremgår ganske vist af fast retspraksis, at selv om parterne har indgået et forlig i en patenttvist, er de stadig underlagt konkurrenceretten, da 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. præmis 253 ovenfor). Som sagsøgerne og intervenienten med rette har anført, udelukker retspraksis imidlertid ikke, at en patentforligsaftale ikke er omfattet af det forbud, der er fastsat i artikel 101, stk. 1, TEUF, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå. Anvendelsen af kriteriet om objektiv nødvendighed i et konkret tilfælde forudsætter nemlig, at hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten ikke er konkurrencebegrænsende, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå, men kræver ikke, at hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten i sagens natur og uafhængigt af omstændighederne i hvert enkelt tilfælde ikke er konkurrencebegrænsende. I retspraksis henvises der i øvrigt til, at undersøgelsen af hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten ikke kan foretages abstrakt, men afhænger af det nærmere indhold af de klausuler eller accessoriske begrænsninger, der foreligger i hvert enkelt tilfælde (jf. i denne retning dom af 28.1.1986, Pronuptia de Paris, 161/84, EU:C:1986:41, præmis 14, af 15.12.1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 31, og af 12.12.1995, Oude Luttikhuis m.fl., C-399/93, EU:C:1995:434, præmis 12-14). Det skal desuden påpeges, at der i mange EU-retlige bestemmelser tilskyndes til mindelig bilæggelse af tvister (jf. præmis 247-250 ovenfor).

- 286 Kommissionen kan i øvrigt i princippet ikke afvise enhver mulighed for at anvende teorien om accessoriske begrænsninger på mindelig bilæggelse af tvister under henvisning til dom af 27. september 1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448). Det fremgår nemlig af denne dom, at Domstolen ganske vist nægtede at følge Kommissionens ræsonnement om, at en klausul om ikke-angreb på et patent, som er optaget i en licensaftale, er forenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF, når visse betingelser er opfyldt, og præciserede, at artikel 101, stk. 1, TEUF ikke sondrer mellem aftaler, som har til formål at bringe en tvist til ophør, og aftaler, som forfølger andre mål, men at den ikke udelukkede, at en forligsaftale, der indeholder ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, alt efter den retlige og økonomiske sammenhæng ikke nødvendigvis er konkurrencebegrænsende (dom af 27.9.1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 21). Denne dom blev i øvrigt ikke afsagt i forbindelse med mindelig bilæggelse af en tvist, men i forbindelse med en licensaftale.
- 287 Selv om en patentforligsaftale, som ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå, i princippet ikke kan udelukkes fra anvendelsesområdet for teorien om accessoriske begrænsninger, er der imidlertid to aspekter, der skal undersøges for at klarlægge den accessoriske konkurrencebegrænsnings rækkevidde. Det skal nemlig undersøges, dels om begrænsningen er objektivt nødvendig for gennemførelsen af hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten, dels om begrænsningen står i rimeligt forhold til transaktionen (dom af 18.9.2001, M6 m.fl. mod Kommissionen, T-112/99, EU:T:2001:215, præmis 106, og af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 64).
- 288 Med hensyn til den første betingelse skal det ifølge retspraksis undersøges, om gennemførelsen af denne transaktion eller denne aktivitet ville være umulig uden den pågældende begrænsning. Det forhold, at nævnte transaktion eller nævnte aktivitet blot bliver vanskeligere at gennemføre eller mindre profitabel uden den pågældende begrænsning, kan således 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 eller hovedaktiviteten. Et sådant resultat er til skade for den effektive virkning af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 91).
- 289 Ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler er kun forbundet med visse forlig, nemlig forlig, der er støttet på en anerkendelse af det eller de pågældende patenters gyldighed (jf. præmis 259 ovenfor). Da sådanne klausuler afspejler de enkelte parter anerkendelse af patentets gyldighed, og deres rækkevidde er begrænset til det pågældende patents, må de således anses for at kunne opfylde den første undtagelsesbetingelse, der er fastsat ved teorien om accessoriske begrænsninger.
- 290 Med hensyn til den anden betingelse skal det bemærkes, at hvis en begrænsning er objektivt nødvendig for gennemførelsen af en hovedtransaktion eller en hovedaktivitet, skal det stadig undersøges, om begrænsningens varighed og dens saglige, tidsmæssige og geografiske anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre den nævnte transaktion eller den nævnte aktivitet. Hvis begrænsningens anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre hovedtransaktionen eller hovedaktiviteten, skal begrænsningen vurderes særskilt i forhold til artikel 101, stk. 3, TEUF (dom af 18.9.2001, M6 m.fl. mod Kommissionen, T-112/99, EU:T:2001:215, præmis 113). En forligsaftale, hvis ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler ikke går ud over varigheden af og anvendelsesområdet for det patent, hvis gyldighed den anerkender, kan som følge heraf omfattes af teorien om accessoriske begrænsninger.
- 291 I det foreliggende tilfælde kunne Kommissionen imidlertid med rette undlade at anvende teorien om accessoriske begrænsninger, eftersom ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne efter dens opfattelse ikke var baseret på en anerkendelse af patentets gyldighed, men på en værдиоoverførsel fra originalmedicinproducenten til det generikaproducerende selskab, som udgjorde et incitament for dette selskab til ikke at udøve konkurrencepres på det selskab, der var indehaver af patentet. I et

sådant tilfælde har forligsaftalen nemlig et konkurrencebegrænsende formål og kan ikke kvalificeres som en transaktion, som ikke er konkurrencebegrænsende, fordi den ikke har nogen indvirkning på konkurrencen eller har en positiv indvirkning herpå. Ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler kan i øvrigt kun være et nødvendigt accessorium til en forligsaftale, som er støttet på aftaleparternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed (jf. præmis 289 ovenfor). Når der foreligger et incitament, er forliget imidlertid ikke støttet på en sådan anerkendelse. Ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler kan således ikke anses for at være nødvendige for et sådant forlig.

7) Foreningen af patentforligsaftalerne med den amerikanske konkurrenceret

- 292 Sagsøgerne har med støtte i Actavis-dommen gjort gældende, at Supreme Court of the United States (øverste domstol, USA) har forkastet den tilgang, som Kommissionen anvendte i det foreliggende tilfælde. Kommissionen, der henviste til denne dom i den anfægtede afgørelse (1199. betragtning), har imidlertid gjort gældende, at den anvendte samme tilgang som Supreme Court of the United States (øverste domstol, USA), da den fastslog, at der ikke var nogen formodning om, at forligsaftaler, som indebar en værdioverførsel fra originalmedicinproducenten til det generikaproducerende selskab, var ulovlige.
- 293 Actavis-dommen vedrørte forligsaftaler, som var indgået i lægemiddelsektoren, og hvori generikaproducerende selskaber havde forpligtet sig til først at indtræde på markedet på et tidspunkt før udløbet af det originalmedicinproducerende selskabs patent (65 måneder før patentets udløb for Actavis' vedkommende) og til at fremme det pågældende lægemiddel over for læger mod at få udbetalt store beløb (for Actavis' vedkommende årlige betalinger på 19-30 mio. USD over en niårig periode).
- 294 Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis kan national lovgivning eller praksis, selv hvis det antages, at de er fælles for alle medlemsstaterne, ikke være bindende for anvendelsen af traktatens konkurrenceregler (jf. i denne retning dom af 17.1.1984, VBVB og VBBB mod Kommissionen, 43/82 og 63/82, EU:C:1984:9, præmis 40), hvilket gælder så meget desto mere, når der er tale om national praksis i tredjelande (jf. i denne retning dom af 28.2.2002, Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, T-86/95, EU:T:2002:50, præmis 341 og den deri nævnte retspraksis). Den tilgang, der er valgt i Unionens konkurrenceret for så vidt angår sondringen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning, adskiller sig nemlig fra den amerikanske kartellovgivning, hvor der sondres mellem konkurrencebegrænsninger per se, dvs. tilfælde, hvor de konkurrencebegrænsende virkninger er så indlysende, at der kræves en hurtig og umiddelbar tilgang («quick look approach») uden hensyntagen til sammenhængen, og hvor virkningerne nødvendigvis og uopretteligt er forbudte, idet overtrædelser skal bevises ud fra et rimelighedskriterium («rule of reason»), dvs. efter en undersøgelse, der indebærer en afvejning af aftalens konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger. På den ene side anses ingen konkurrencebegrænsning for nødvendigvis og uopretteligt at være ulovlig i henhold til EU-retten, idet et konkurrencebegrænsende formål i princippet kan være omfattet af de undtagelser, der er fastsat i artikel 101, stk. 3, TEUF. På den anden side kan det som anført i retspraksis ikke antages, at der i Unionens konkurrenceret indgår en »rule of reason« (dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 65; jf. i denne retning også dom af 23.10.2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, T-65/98, EU:T:2003:281, præmis 106). De forskellige lovgivningsmæssige rammer i USA og i Unionen, bl.a. med hensyn til patenter på lægemidler, gør det desuden endnu vanskeligere at overføre Actavis-dommen analogt på den foreliggende tvist (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 513).
- 295 Sagsøgernes argument om manglende hensyntagen til det standpunkt, som Supreme Court of the United States (øverste domstol, USA) har indtaget, må som følge heraf forkastes.

8) *Forligsaftalernes ambivalente virkninger*

- 296 Sagsøgerne har anført, at forligsaftalernes virkninger efter deres karakter er ambivalente, og at de derfor ikke kan kvalificeres som aftaler med konkurrencebegrænsende formål.
- 297 De har for det første gjort gældende, at sådanne aftaler har potentielle ambivalente virkninger for anfægtelse af patenter, for så vidt som der foreligger parallelle tvister, og at procedurer for EPO kan videreføres, selv om en part trækker sin indsigelse tilbage, idet EPO's indsigelsesafdeling eller appelkammer kan fremføre denne parts argumenter af egen drift. I den anfægtede afgørelse blev der endvidere ikke taget hensyn til, at forligsaftaler kun har ambivalente virkninger for fremtidige tvister, da generikaproducerende selskaber frit kan vælge, om de vil indlede bekostelige retssager, som under alle omstændigheder kan være overflødige i visse medlemsstater, når der findes en igangværende procedure for EPO.
- 298 Sagsøgerne har for det andet anført, at disse aftalers potentielle virkninger for generiske lægemidlers indtrængning på markedet også er ambivalente, henset til aftalernes indhold og den sammenhæng, hvori de indgår. Der skal således tages hensyn til tvistens eksistens, og parternes udsigt til at få medhold, eventuelle andre tvister og muligheden for at udvikle alternative udformninger af produktet. Disse aftaler kan desuden gøre det muligt at få generiske lægemidler hurtigere ind på markedet. Kommissionen bør endelig tage hensyn til generikaproducerende selskabers evne til og hensigt om at indtræde med risiko på markedet.
- 299 Det er for det tredje sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen ikke kan pålægge sanktioner for forligsaftaler i patenttvister uden at vurdere deres konkrete markedsvirkninger, hvilket svarer til det standpunkt, som Supreme Court of the United States (øverste domstol, USA) indtog i Actavis-dommen.
- 300 Kommissionen har anført, at dette argument er irrelevant, da der ved afgørelsen af, om en aftale har konkurrencebegrænsende formål, ikke skal tages hensyn til dens virkninger, og da aftaler med konkurrencebegrænsende formål i visse tilfælde endda – på grund af senere omstændigheder – kan være uden virkning. Da den analyserede det konkurrencebegrænsende formål, behøvede den således ikke at påvise, hvilke kontrafaktiske situationer der kunne opstå uden de pågældende aftaler.
- 301 Kommissionen har subsidiært med hensyn til forligsaftalernes virkninger for anfægtelse af patenter henvist til, at sagsøgerne i det foreliggende tilfælde havde bestræbt sig på at indgå aftaler med alle deres potentielle konkurrenter, og at kun to af de fem indgåede aftaler indeholdt en klausul, som gjorde det muligt for generikaproducerende selskaber at komme ind på markedet, hvis det omtvistede patent blev ophævet.
- 302 Kommissionen har desuden anført, at den i den anfægtede afgørelse undersøgte de enkelte generikaproducerende selskabers evne til og hensigt om at indtræde med risiko på markedet.
- 303 Kommissionen har endelig anført, at den anfægtede afgørelse ikke er uforenelig med den tilgang, som Supreme Court of the United States (øverste domstol, USA) anvendte i Actavis-dommen, henset til de forskelle, der er mellem det europæiske begreb konkurrencebegrænsende formål og det amerikanske begreb konkurrencebegrænsning per se. Den har ligeledes henvist til, at der ifølge Unionens retspraksis ikke findes nogen »rule of reason«, da de konkurrencefremmende fordele ved en aftale skal undersøges i forhold til artikel 101, stk. 3, TEUF.
- 304 Det må, som sagsøgerne har anført, fastslås, at Kommissionen og retten ved undersøgelsen af en aftales konkurrencebegrænsende formål og navnlig ved undersøgelsen af dens økonomiske og retlige sammenhæng ikke kan se fuldstændig bort fra denne aftales potentielle virkninger (generaladvokat Wahls forslag til afgørelse ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, punkt 84). Det skal nemlig påpeges, at aftaler med konkurrencebegrænsende formål er aftaler, som kan være tilstrækkeligt skadelige i den

forstand, at de kan have så negative konkurrencebegrænsende virkninger, at det er uforholdende at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49 og 51 samt den deri nævnte retspraksis). Aftaler, som, henset til den sammenhæng, hvori de indgår, har potentielle ambivalente virkninger på markedet, kan som følge heraf ikke anses for at have et konkurrencebegrænsende formål (generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 56).

- 305 I det foreliggende tilfælde, hvor sagsøgerne hovedsageligt har støttet deres anbringender om de omtvistede aftalers potentielle ambivalente virkninger på argumenter vedrørende de enkelte aftaler og den sammenhæng, hvori de indgår, må disse anbringender behandles i forbindelse med svaret på de kritikpunkter, der vedrører de enkelte aftalers kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål, i og med at vurderingen af, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, som Kommissionen med rette har fremhævet, skal foretages for hver aftale som helhed, således at ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulernes konkurrencebegrænsende karakter undersøges samlet.
- 306 Spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen med føje fastslog, at der forelå en sådan konkurrencebegrænsning, til trods for de potentielle konkurrencefremmende virkninger, som angiveligt navnlig følger af den sammenhæng, hvori de nævnte aftaler blev indgået, skal således undersøges i forbindelse med svaret på de anbringender, der er rettet mod vurderingen af de enkelte omtvistede aftaler, men der vil kun blive taget hensyn til de virkninger, der indgår i undersøgelsen af de konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 525, 644 og 989 nedenfor).
- 307 Som det fremgår af præmis 293-295 ovenfor, kan sagsøgerne desuden ikke med føje påberåbe sig Actavis-dommen.

b) Kommissionens kriterier for kvalificering af forligsaftalerne som aftaler med konkurrencebegrænsende formål

- 308 Retten vil i lyset af ovenstående betragtninger undersøge de af sagsøgernes argumenter, som specifikt vedrører de tre vigtigste kriterier, som Kommissionen anvendte, da den kvalificerede de pågældende forligsaftaler som aftaler med konkurrencebegrænsende formål, nemlig for det første den omstændighed, at de generikaproducerende selskaber var potentielle konkurrenter, for det andet disse selskabers tilsagn om at begrænse deres bestræbelser på at indtræde på markedet med et generisk produkt og for det tredje værdioverførslen fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, som udgjorde et væsentligt incitament for det sidstnævnte selskab til at begrænse sine bestræbelser på at indtræde på markedet (1154. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1) Kriteriet om potentiel konkurrence

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- 316 Sagsøgerne har i det væsentlige foreholdt Kommissionen, at den begik en retlig fejl, da den anvendte forkerte kriterier til at kvalificere de generikaproducerende selskaber, der havde indgået de omtvistede aftaler med sagsøgerne, som potentielle konkurrenter. De har ligeledes rejst tvivl om Kommissionens vurdering af de hindringer for den potentielle konkurrence, der fulgte af deres patenter.

– Kriterierne for vurdering af den potentielle konkurrence

Definitionen af begrebet potentiel konkurrence

- 317 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den for at kunne konstatere, at der forelå en potentiel konkurrence mellem parterne i de omtvistede forlig, nøjedes med at sikre sig, at der ikke forekom uoverstigelige hindringer for generikaproducerende selskabers indtræden på markedet, og at den ikke undersøgte, om de nævnte selskaber havde reelle og konkrete muligheder for komme ind på dette marked (jf. præmis 309 ovenfor).
- 318 Det fremgår faktisk af den retspraksis, som sagsøgerne har henvist til, at en virksomhed udgør en potentiel konkurrent, hvis der findes reelle og konkrete muligheder for, at den kan indtræde på det nævnte marked og konkurrere med de virksomheder, som er 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 svarer til en holdbar økonomisk strategi (dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 86; jf. i denne retning også dom af 14.4.2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 166 og 167 samt den deri nævnte retspraksis). Det følger nødvendigvis heraf, at selv om 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 (dom af 14.4.2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 168, og af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 87).
- 319 Det er i andre sammenhænge også blevet fastslået, at en virksomhed udgør en potentiel konkurrent, hvis der ikke forekommer uoverstigelige barrierer for dens markedsadgang (jf. i denne retning dom af 21.5.2014, Toshiba mod Kommissionen, T-519/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:263, præmis 230, stadfæstet ved dom af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 28, 29, 32 og 34, samt dom af 28.6.2016, Portugal Telecom mod Kommissionen, T-208/13, EU:T:2016:368, præmis 181).
- 320 Det fremgår således af retspraksis, at tærsklen for, hvornår der forekommer en potentiel konkurrence, kan variere afhængig af sammenhængen og den pågældende ulovlige adfærd. En undersøgelse alene af uoverstigelige adgangshindringer forudsætter, at enhver selv teoretisk mulighed for at få adgang til markedet er tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en potentiel konkurrence, hvorimod det ved vurderingen af de reelle og konkrete adgangsmuligheder kun anerkendes, at der foreligger en potentiel konkurrence, hvis der er realistiske muligheder for at få adgang, som kunne have været udnyttet, hvis den konkurrencebegrænsende handling ikke havde fundet sted.
- 321 Kontrollen af, om visse hindringer for markedsadgang, som i det foreliggende tilfælde hovedsagelig består i patenter og forpligtelsen til at søge om markedsføringstilladelse, er af uoverstigelig karakter, rejser imidlertid ikke tvivl om undersøgelsen af de generikaproducerende selskabers reelle og konkrete adgangsmuligheder med udgangspunkt i undersøgelsen af deres evne til og hensigt om at få adgang og står heller ikke i modsætning til denne undersøgelse. Som Kommissionen ganske rigtigt fremhævede i den anfægtede afgørelse (fodnote 1666) og i retsmødet, skulle denne kontrol af, at der ikke forekom uoverstigelige hindringer, »sikre, at der til trods for de generikaproducerende selskabers generelle evne til og beviselige hensigt om at få markedsadgang fandtes objektive grunde, som gjorde det umuligt for disse selskaber at få adgang«, og således supplere den analyse, der var baseret på kriteriet om reelle og konkrete muligheder. Hvis der forekommer uoverstigelige hindringer for markedsadgang, kan det nemlig ikke antages, at en erhvervsdrivende har reelle og konkrete muligheder for at komme ind på markedet. Når et marked er kendetegnet ved adgangshindringer, kan den objektive undersøgelse af,

om disse hindringer er uoverstigelige, sagtens supplere undersøgelsen af de reelle og konkrete muligheder med udgangspunkt i individuelle kriterier om det pågældende selskabs evne til og hensigt om at få adgang.

- 322 Det kan derfor ikke, som sagsøgerne har gjort, udledes af den omstændighed, at Kommissionen adskillige gange henviste til uoverstigelige hindringer i den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. 1125. og 1181. betragtning), at den anvendte en definition af potentiel konkurrence, som kun var baseret på dette kriterium.
- 323 Dette gælder så meget desto mere, som Kommissionen henviste ikke bare til dom af 21. maj 2014, Toshiba mod Kommissionen (T-519/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:263) – hvori Retten anvendte kriteriet om uoverstigelige hindringer (jf. præmis 319 ovenfor) – men også til dom af 15. september 1998, European Night Services m.fl. mod Kommissionen (T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, EU:T:1998:198), og af 14. april 2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen (T-461/07, EU:T:2011:181) – hvori Retten benyttede kriteriet om reelle og konkrete muligheder – og i øvrigt nævnte disse domme som indledning til sin gennemgang af reglerne for fastlæggelse af potentielle konkurrenter (1156. og 1157. betragtning til den anfægtede afgørelse) tillige med en række andre domme, hvori denne definition af potentiel konkurrence blev beskrevet og anvendt, heriblandt dom af 29. juni 2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332) (jf. præmis 318 ovenfor). Kommissionen præciserede i øvrigt, at evnen til at indtræde på et marked, som kendetegner kriteriet om reelle og konkrete muligheder (jf. præmis 318 ovenfor), »fortsat [var] afgørende for at påvise den potentielle konkurrence« (1163. betragtning til den anfægtede afgørelse). I forbindelse med Kommissionens analyse af, om de enkelte generikaproducerende selskaber kunne være potentielle konkurrenter, udledte den endelig, og især, af en række konkrete oplysninger om disse selskaber, bl.a. vedrørende deres produktionskapacitet og varebeholdninger, deres handelsaftaler, deres indsats for at opnå markedsføringstilladelser og deres søgsmål mod Servier, at de havde enhver reel og konkret mulighed for at indtræde på markedet (jf. præmis 432-438, 579-585 og 718-722 nedenfor). En sådan udførlig analyse, der er baseret på individuelle oplysninger om de angivelige potentielle konkurrenter, er karakteristisk for undersøgelsen af deres reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet og adskiller sig fra en kontrol, som kun omfatter uovervindelige hindringer for adgangen til et givet marked, og hvor det kan konstateres, at der foreligger en potentiel konkurrence, alene fordi en erhvervsdrivende er kommet ind på det pågældende marked.
- 324 Disse betragtninger berøres ikke af sagsøgernes anbringender om, at Kommissionen hovedsageligt støttede sig på de generikaproducerende selskabers hensigt om at indtræde på markedet og på en samling af urealistiske hypoteser (jf. præmis 309 ovenfor), eftersom det fremgår af replikken, at sagsøgerne med disse anbringender ikke har anfægtet det valgte kriterium, men anvendelsen i det foreliggende tilfælde af kriteriet om reelle og konkrete muligheder, som vil blive undersøgt nedenfor i forbindelse med svaret på de klagepunkter, der er rettet mod vurderingen af de enkelte omtvistede aftaler.
- 325 Det følger heraf, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, vurderede den potentielle konkurrence på det pågældende marked på grundlag af kriteriet om reelle og konkrete muligheder.
- 326 Det kan i øvrigt bemærkes, at Kommissionen i modsætning til, hvad den hævdede i duplikken med henvisning til dom af 20. januar 2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26) (jf. præmis 312 ovenfor), i det foreliggende tilfælde ikke kunne begrænse sig til at kontrollere, at der ikke forekom uovervindelige hindringer for adgangen til markedet, og heraf udlede, at der forelå en potentiel konkurrence på det nævnte marked (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 99-101).

- 327 Det fremgår ganske vist af præmis 28, 29, 32 og 34 i dom af 20. januar 2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26), at hvad angår aftaler om fordeling af markeder kan analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den pågældende praksis indgår, begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, og navnlig til at kontrollere, at de pågældende barrierer for markedsadgang ikke kan anses for uoverstigelige (jf. i denne retning også dom af 28.6.2016, Portugal Telecom mod Kommissionen, T-208/13, EU:T:2016:368, præmis 177 og 181).
- 328 Det må imidlertid fastslås, at det fremgår af dom af 20. januar 2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26), sammenholdt med generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2015:427, punkt 69, 70, 89 og 90), at den begrænsning af analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng, som den omhandler, skyldes visse konkurrencebegrænsende formål, som er meget indlysende, og som – bl.a. fordi de pågældende aftaler hverken er atypiske eller komplekse – ikke kræver en indgående analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng for at godtgøre, at de er tilstrækkeligt skadelige.
- 329 Da de omtvistede aftaler i det foreliggende tilfælde blev indgået i form af patentforlig, var det imidlertid ikke indlysende for en udefrakommende, at de nævnte aftaler var ulovlige og bl.a. havde et konkurrencebegrænsende formål. Det er i denne henseende signifikant, at Kommissionen både analyserede disse aftalers konkurrencebegrænsende formål og deres konkurrencebegrænsende virkning. Dette bekræftes ligeledes af den omstændighed, at Kommissionen kvalificerede de omtvistede aftaler som overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål; jf. dom af 20. november 2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), uden at det på dette trin er nødvendigt at tage stilling til denne kvalificering. Selv om det fremgår af denne doms præmis 34, at aftaler om udelukkelse fra markedet er »åbenbart« i modstrid med den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, fastslog Domstolen nemlig ikke, at det var åbenbart eller indlysende for en udefrakommende, at de aftaler, der var omhandlet i denne sag, var udelukkelsesaftaler og således havde konkurrencebegrænsende formål, som ikke krævede en detaljeret analyse af deres økonomiske og retlige sammenhæng. Den foretog tværtimod en sådan analyse af denne sammenhæng og af de pågældende aftalers bestemmelser og mål, hvoraf den udledte, at der var tale om udelukkelsesaftaler, og at der som følge heraf »åbenbart« var tale om aftaler med konkurrencebegrænsende formål (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 31-40).
- 330 Det skal dernæst fremhæves, at i den sag, der gav anledning til dom af 20. januar 2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26), herskede der ingen tvivl om produktions- og markedsføringskapaciteten hos de producenter, der havde deltaget i den omtvistede praksis, og der fandtes intet monopol på det relevante marked. I det foreliggende tilfælde er der imidlertid rejst tvivl om de generikaproducerende selskabers kapacitet til at producere og markedsføre det omtvistede produkt, navnlig henset til de enerettigheder, der følger af sagsøgernes patenter (jf. præmis 234 ovenfor og præmis 357 nedenfor). Det kan som følge heraf ikke udledes af denne dom, at det ved afgørelsen af, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, generelt – og især under omstændigheder som dem, der foreligger i denne sag – ikke er nødvendigt at undersøge aftaleparternes reelle og konkrete muligheder for at indtræde på det pågældende marked.
- 331 Det følger af det ovenfor anførte, at klagepunktet om anvendelse af en fejlagtig definition af den potentielle konkurrence må forkastes.

Kriteriet om tilstrækkelig hurtig markedsadgang

- 332 I den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen på grundlag af dom af 3. april 2003, BaByliss mod Kommissionen (T-114/02, EU:T:2003:100), og af 14. april 2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen (T-461/07, EU:T:2011:181), at det væsentlige element ved kvalificeringen af en virksomhed som potentiel konkurrent er kravet om, den kan indtræde så hurtigt på markedet, at

den disciplinerer deltagerne på det nævnte marked. Den fremhævede, at selv om der kan opstå forsinkelser på grund af omkostnings- og tidsmæssige vanskeligheder, og disse forsinkelser kan gøre markedsadgangen mindre kommercielt attraktiv, rejser de ikke i sig selv tvivl om evnen til at indtræde på markedet eller om det pres, der lægges på Servier eller på de øvrige generikaproducerende selskaber. I det foreliggende tilfælde udledte Kommissionen – med henvisning til de tidsmæssige bestemmelser, der findes i gruppefritagelsesforordninger og i dens retningslinjer – navnlig retningslinjerne for anvendelsen af artikel 101 [TEUF] på horisontale samarbejdsaftaler (EUT 2011, C 11, s. 1, herefter »retningslinjerne fra 2011 for horisontale samarbejdsaftaler«), hvori der er fastsat en periode på højst tre år – og med henvisning til de vejledende frister og den tid, som det reelt tager at føre retssager, opnå markedsføringstilladelser og udvikle aktive lægemiddelstoffer – at de forsinkelser, som sagsøgerne og de generikaproducerende selskaber havde påberåbt sig, ikke var så lange, at den generiske udfordrer ikke kunne udøve et konkurrencepres (1158., 1159. og 1182. betragtning samt fodnote 1669 til den anfægtede afgørelse; jf. ligeledes 1125., 1126. og 1296. betragtning til den samme afgørelse).

- 333 I modsætning til det af sagsøgerne anførte er denne tidsmæssige analyse af den potentielle konkurrence, som Kommissionen foretog, i overensstemmelse med de gældende principper.
- 334 Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at for at en erhvervsdrivende kan betegnes som potentiel konkurrent, skal dennes potentielle indtræden på markedet ske så hurtigt, at den disciplinerer og dermed udøver et konkurrencepres på markedsdeltagerne (dom af 14.4.2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 189; jf. i denne retning også dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 114).
- 335 I denne retspraksis tages der hensyn til retningslinjerne for anvendelsen af [...] artikel [101 TEUF] på horisontale samarbejdsaftaler (EFT 2001, C 3, s. 2, herefter »retningslinjerne fra 2001 for horisontale samarbejdsaftaler«) (jf. ligeledes retningslinjerne fra 2011 for horisontale samarbejdsaftaler), som ikke kun bekræfter kravet om tilstrækkelig hurtig markedsadgang, men også angiver vejledende frister for en sådan tilstrækkelig hurtig adgang, der efter omstændighederne ikke overstiger et eller tre år, på grundlag af andre retningslinjer og gruppefritagelsesforordningerne.
- 336 Som det præciseres såvel i disse retningslinjer (fodnote 9 til retningslinjerne fra 2001 for horisontale samarbejdsaftaler og fodnote 3 til retningslinjerne fra 2011 for horisontale samarbejdsaftaler 2011) som i retspraksis (jf. i denne retning dom af 14.4.2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 171 og 189), er disse frister imidlertid kun vejledende, og begrebet »tilstrækkelig hurtig« markedsadgang er betinget af de faktiske omstændigheder i den pågældende sag og af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, hvilket skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om den udefrakommende virksomhed udøver et konkurrencepres på de virksomheder, der er aktive på dette marked (jf. i denne retning dom af 14.4.2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen, T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 169).
- 337 I det foreliggende tilfælde tog Kommissionen imidlertid på den ene side hensyn til de omstændigheder, der kendetegnede den økonomiske og retlige sammenhæng, da den vurderede varigheden af alle faser i indsatsen for at komme ind på markedet. Det skal fremhæves, at generikaproducerende selskaber ofte og netop på grund af lægemiddelsektorens særlige karakter, herunder de forskellige faser, der skal gennemføres, og forekomsten af patenter, ofte træffer foranstaltninger til at komme ind på markedet, længe før patenterne udløber, for at have gennemført de nødvendige faser senest på dette udløbstidspunkt. Disse foranstaltninger kan således udøve et konkurrencepres på det originalmedicinproducerende selskab, før eller længe før patenterne udløber, og de generikaproducerende selskaber faktisk træder ind på markedet (jf. præmis 356 nedenfor; jf. i denne retning også dom af 6.12.2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770,

præmis 108, af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 163, og af 8.9.2016, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen, T-460/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:453, præmis 77-79).

- 338 Som sagsøgerne med rette har anført (jf. præmis 311 ovenfor), kan det imidlertid ikke heraf udledes, at et generikaproducerende selskab kan betragtes som en af deres potentielle konkurrenter, så snart som og alene fordi det begynder at udvikle en generisk version af perindopril. I 1125. betragtning til den anfægtede afgørelse pegede Kommissionen ganske vist på, at den potentielle generiske konkurrence går i gang, når de selskaber, der har til hensigt at lancere et generisk produkt, tager fat på udviklingen af kommercielt levedygtige teknologier til fremstilling af det aktive lægemiddelstof og af slutproduktet. Det fremgår imidlertid af den øvrige del af denne betragtning, hvori der henvises til den efterfølgende analyse af, om de pågældende generikaproducerende selskaber var potentielle konkurrenter, samt af denne analyse og af de overordnede betragtninger i den anfægtede afgørelse vedrørende kriteriet om tilstrækkelig hurtig markedsadgang (jf. præmis 332 ovenfor), at Kommissionen ikke havde til hensigt at fastslå, at der blev udøvet et konkurrencepres fra det tidspunkt, hvor de pågældende selskaber tog fat på udviklingen af det generiske produkt, men at gøre det klart, at det er muligt at udøve et konkurrencepres fra dette tidspunkt, såfremt betingelserne for at udøve et sådant pres er opfyldt. Selv om 1125. betragtning fortolkes således, at den potentielle konkurrence begynder på det tidspunkt, hvor udviklingen af det generiske produkt går i gang, må kritikken af denne vurdering under alle omstændigheder forkastes som irrelevant, eftersom Kommissionen ikke konkluderede, at de pågældende generikaproducerende selskaber var potentielle konkurrenter, med støtte i denne betragtning. Som Kommissionen med føje fremhævede, havde den nemlig på det tidspunkt, hvor den vurderede, om de generikaproducerende selskaber var potentielle konkurrenter, dvs. på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler, fastslået, at alle disse selskaber var nået langt med udviklingen af deres version af perindopril, men den havde ikke taget stilling til, om de allerede var potentielle konkurrenter på det tidspunkt, hvor de tog fat på denne udvikling (jf. præmis 315 ovenfor).
- 339 I fodnote 1840 i 1296. betragtning til den anfægtede afgørelse henviste Kommissionen endvidere til den frist på tre år, der er nævnt i retningslinjerne fra 2011 for horisontale samarbejdsaftaler, men drog ingen afgørende konsekvenser heraf i det foreliggende tilfælde, hvorfor klagepunkterne om, at ikke skulle have taget hensyn til denne frist, navnlig i betragtning af den tid, det tager at udvikle perindopril (3137. betragtning til den anfægtede afgørelse), må forkastes som irrelevante.
- 340 På den anden side fastslog Kommissionen ud fra idéen om det konkurrencepres, der er forbundet med potentiel konkurrence, at de forsinkelser i processen for markedsadgang, som de generikaproducerende selskaber måtte opleve, ikke i sig selv er tilstrækkelige til at udelukke, at de er potentielle konkurrenter, når de fortsætter med at udøve et sådant pres på grund af deres evne til at komme ind på markedet, hvorved den i denne retning henviste til dom af 3. april 2003, BaByliss mod Kommissionen (T-114/02, EU:T:2003:100). I modsætning til det af sagsøgerne anførte støttede Kommissionen sig med føje på den nævnte dom, eftersom Retten, selv om den i denne dom behandlede helt andre omstændigheder end de foreliggende, ikke desto mindre tog stilling til, hvilken virkning den omstændighed, at BaByliss' indtræden på markedet flere gange blev udskudt, havde for selskabets status som potentiel konkurrent, og det var netop denne virkning, der blev undersøgt i den anfægtede afgørelse. Retten fastslog i denne forbindelse, hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt, at den omstændighed, at markedsadgangen blev udskudt, ikke rejste tvivl, at BaByliss var en potentiel konkurrent, hvilket den baserede på en række forhold, som bekræftede, at selskabet udøvede et konkurrencepres, fordi det var i stand til at komme ind på markedet (dom af 3.4.2003, BaByliss mod Kommissionen, T-114/02, EU:T:2003:100, præmis 102-106). Det følger således også heraf, at for så vidt som de generikaproducerende selskabers interesse i at være de første på markedet højst kan påvirke deres hensigt om at få adgang, henset til den forventede fortjeneste, men ikke som sådan kan påvirke deres evne til at få adgang, afviste Kommissionen i 1182. betragtning til den anfægtede afgørelse og i modsætning til det af sagsøgerne anførte med rette, at denne interesse hos de generikaproducerende selskaber var relevant for dens vurdering af de hævdede forsinkelser. Evnen til at indtræde på markedet skal nemlig undersøges efter kriteriet om en bæredygtig økonomisk strategi (jf. præmis 318

ovenfor), dvs. blot afspejle en rentabel markedsadgang og ikke den mest rentable af alle mulige markedsadgange, idet det generikaproducerende selskab er det første, der får adgang, og dermed det eneste selskab, der i en vis periode konkurrerer med det originalmedicinproducerende selskab (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:460, præmis 124).

- 341 Alle de klagepunkter, der er rettet mod Kommissionens tidsmæssige vurdering af den potentielle konkurrence, må som følge heraf forkastes.

Kriteriet om de etablerede virksomheders opfattelse

- 342 I den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen med støtte i dom af 12. juli 2011, Hitachi m.fl. mod Kommissionen (T-112/07, EU:T:2011:342), og af 21. maj 2014, Toshiba mod Kommissionen (T-519/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:263), at opfattelsen hos en virksomhed, der allerede var til stede på markedet, havde betydning for vurderingen af den potentielle konkurrence. Kommissionen har nemlig anført, at hvis en sådan erfaren virksomhed bliver opmærksom på en konkurrencemæssig trussel fra generikaproducerende selskaber, kan denne trussel lægge et konkurrencepres på dens markedsadfærd og være relevant for vurderingen af den potentielle konkurrence. Den præciserede med henvisning til dom af 14. april 2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen (T-461/07, EU:T:2011:181), at der kan forekomme potentiel konkurrence, alene fordi der findes en virksomhed uden for markedet, hvilket i sig selv kan give anledning til et konkurrencepres på grund af sandsynligheden for, at denne virksomhed kommer ind på markedet (1160.-1162. betragtning). Kommissionen udledte heraf, at der også skulle tages hensyn til opfattelsen hos den etablerede virksomhed, Servier, og hos de øvrige konkurrerende generikaproducerende selskaber ved afgørelsen af, om de generikaproducerende selskaber udøvede konkurrencepres på Servier (1163. betragtning). I det foreliggende tilfælde fastslog den, at de generikaproducerende selskaber både af Servier og af deres egne generiske konkurrenter blev opfattet som potentielle konkurrenter (1183. betragtning).
- 343 Det kan umiddelbart bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anvendte kriteriet om den etablerede virksomheds opfattelse som et af flere kriterier for at kunne afgøre, om de generikaproducerende selskaber var potentielle konkurrenter, hvilket ses af adverbiet »også« i præmis 342 ovenfor samt af undersøgelsen af de andre kriterier for vurdering af den potentielle konkurrence i forhold til hvert af de nævnte selskaber (jf. præmis 432-438, 579-585 og 718-722 nedenfor).
- 344 I modsætning til det af sagsøgerne anførte er det imidlertid foreneligt med den retspraksis, som finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, og som sagsøgerne har påberåbt sig, at anvende kriteriet om den etablerede virksomheds opfattelse som et af flere kriterier for vurderingen af den potentielle konkurrence.
- 345 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, er det nemlig klart, at Retten tog hensyn til kriteriet om den etablerede virksomheds opfattelse i dom af 12. juli 2011, Hitachi m.fl. mod Kommissionen (T-112/07, EU:T:2011:342), med henblik på at påvise, at der forekom potentiel konkurrence. Det fremgår således af denne doms præmis 90, 226 og 319, hvortil der henvises i 1160. betragtning til den anfægtede afgørelse, at de omhandlede aftaler, der var indgået mellem europæiske og japanske producenter, udgjorde væsentlige indicier for, at de europæiske producenter anså de japanske producenter for potentielt troværdige konkurrenter, men også, at de japanske producenter havde mulighed for at indtræde på det europæiske marked (jf. i denne retning også dom af 21.5.2014, Toshiba mod Kommissionen, T-519/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:263, præmis 231). Retten foretog ganske vist en objektiv vurdering af den potentielle konkurrence, hvor den bl.a. undersøgte de japanske producenters evne til at indtræde på det europæiske marked (dom af 12.7.2011, Hitachi m.fl. mod Kommissionen, T-112/07, EU:T:2011:342, præmis 157 og 160), hvilket Kommissionen i øvrigt

gjorde opmærksom på i 1160. betragtning til den anfægtede afgørelse. Denne objektive vurdering viser imidlertid kun, at det subjektive kriterium om den etablerede virksomheds opfattelse blot er et af flere kriterier for vurderingen af, om der forekommer en potentiel konkurrence.

- 346 I dom af 29. juni 2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 115), som sagsøgerne har påberåbt sig, fastslog Retten, at den omstændighed, at der forelå en aftale, herunder parternes opfattelse af denne aftale, ikke i sig selv var tilstrækkelig til at godtgøre eller ikke nødvendigvis medførte, at der forelå en potentiel konkurrence på det tidspunkt, hvor aftalen blev underskrevet. I modsætning til det af sagsøgerne anførte fremgår det således ikke af denne dom, at kriteriet om den etablerede virksomheds opfattelse ikke er relevant, men blot, at denne virksomheds opfattelse ikke er tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en potentiel konkurrence, hvis dette ikke kan godtgøres ved hjælp af andre omstændigheder.
- 347 Det følger heraf, at kriteriet om den etablerede virksomheds opfattelse ifølge retspraksis er et relevant, men ikke tilstrækkeligt, kriterium til vurdering af, om der foreligger en potentiel konkurrence. Som sagsøgerne med føje har fremhævet, kan disse nok så erfarne virksomheders opfattelse nemlig – henset til dette subjektive kriterium, der beror på de pågældende virksomheder, samt til deres markedskendskab og forholdet til deres hypotetiske konkurrenter – ikke i sig selv gøre det muligt at antage, at en anden virksomhed er en af deres potentielle konkurrenter. Denne opfattelse kan til gengæld bestyrke en virksomheds evne til at indtræde på et marked og dermed medvirke til at kvalificere den som potentiel konkurrent (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 103 og 104, og af 8.9.2016, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen, T-460/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:453, præmis 88).
- 348 Sagsøgernes argumenter for, at Kommissionen ikke burde have taget hensyn til de etablerede virksomheders opfattelse med henblik på at påvise, at der forekom potentiel konkurrence, skal som følge heraf forkastes.

– *Hindringerne for den potentielle konkurrence som følge af sagsøgernes patenter*

- 349 Sagsøgerne og intervenienten har foreholdt Kommissionen, at den kvalificerede de generikaproducerende selskaber som potentielle konkurrenter til Servier til trods for de hindringer for deres markedsadgang, som Serviers patenter udgjorde.
- 350 I den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen, at parterne ikke med rette, bl.a. på grundlag af dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 362), kunne gøre gældende, at det var umuligt at komme ind på markedet, fordi et eksisterende patent udelukkede enhver form for konkurrence, og heraf konkludere, at Serviers patenter skabte en »ensidig blokering« som omhandlet i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, som i øvrigt ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde (1167. og 1168. betragtning samt fodnote 1638).
- 351 Kommissionen tilføjede, at de generikaproducerende selskaber for det første havde mulighed for at anfægte gyldigheden af Serviers patenter. Den henviste i denne forbindelse til dom af 25. februar 1986, Windsurfing International mod Kommissionen (193/83, EU:C:1986:75, præmis 92), hvorefter det er i den offentlige interesse at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent, og til dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen (C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 108), hvoraf det fremgår, at der kan foreligge potentiel konkurrence selv før molekylepatentets udløb (1132., 1165. og 1169. betragtning samt fodnote 1640 til den anfægtede afgørelse). Kommissionen tilføjede, at den omstændighed, at Servier havde påberåbt sig en krænkelse af sine patenter eller havde tænkt sig at gøre dette, ikke havde nogen betydning for vurderingen af, om disse patenter kunne blokere for introduktionen af generiske lægemidler, og fremhævede, at der ikke forelå en formodning om krænkelse eller en retsafgørelse, hvori der blev fastslået en sådan krænkelse i den relevante periode (1169.-1171. betragtning til den anfægtede

afgørelse). Den præciserede, at den med hensyn til den opfattede mulighed for, at Serviers patenter var ugyldige eller var blevet krænkede, ville støtte sig på de vurderinger, som var foretaget af parterne selv og af tredjeparter, og som fandtes i dokumenter, der lå forud for eller var samtidige med de omtvistede aftalers indgåelse (1172. betragtning til den anfægtede afgørelse).

352 Kommissionen anførte, at de generikaproducerende selskaber for det andet også havde mulighed for at anvende andre metoder til at få adgang til de markeder, hvor der var igangværende tvister (1175. betragtning). På den ene side kunne de generikaproducerende selskaber frit vælge at lancere perindopril med risiko, dvs. med risiko for, at det originalmedicinproducerende selskab anlægger en krænkelsessag. Kommissionen fremhævede i denne forbindelse, at som følge af praksis med at ansøge om procespatenter efter molekylepatentets udløb var næsten hele afsætningen efter dette patents udløb med risiko, og at Apotex' indtræden med risiko på markedet i 2006 resulterede i en dom, hvori patent 947 blev kendt ugyldigt, og Servier blev pålagt erstatningsansvar (1176. og 1177. betragtning til den anfægtede afgørelse). På den anden side kunne de generikaproducerende selskaber have ændret deres processer – enten direkte eller ved at skifte til en anden leverandør af det aktive lægemiddelstof – for at undgå patentkrænkelsesser. Selv om disse ændringer kunne medføre administrative forsinkelser, kunne de efter Kommissionens opfattelse være en brugbar alternativ metode til at få adgang til markedet (1178. betragtning til den anfægtede afgørelse).

353 Kommissionen konkluderede følgende i 1179. betragtning til den anfægtede afgørelse:

»[...] forligene blev indgået i en situation, hvor molekylepatentet var udløbet, og hvor samtlige generiske parter enten direkte eller indirekte var involveret i retssager eller tvister vedrørende et eller flere af Serviers tilbageværende patenter, enten fordi de var blevet sagsøgt i patentkrænkelsesser, eller fordi de havde anlagt retssager eller rejst modkrav om ugyldiggørelse af de nævnte patenter. De generikaproducerende selskaber kunne også vælge andre patentrelaterede foranstaltninger til at komme ind på markedet. Kommissionen vil undersøge nærmere, om de generikaproducerende selskaber i forsøg på at overvinde patentbarrierer og lancere deres generiske version af perindopril skabte et konkurrencepres på Servier til trods for dette selskabs patenter. Det skal i denne forbindelse påpeges, at alle de aftaler, der er omfattet af denne afgørelse, blev indgået på et tidspunkt, hvor det var usikkert, om der forelå en patentkrænkelse, og navnlig om patent 947 kunne kendes ugyldigt. Selv om Servier var indehaver af patenter og håndhævede disse, var dette således ikke til hinder for enhver potentiel eller reel konkurrence.«

354 Sagsøgerne og intervenienten har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen i denne analyse så bort fra de virkninger i forbindelse med et patent, der er erklæret gyldigt eller anses for gyldigt, som er fastsat i lovgivningen eller anerkendt i retspraksis. De har desuden foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til retningslinjerne fra 2004 og fra 2014 om teknologioverførselsaftaler, og anfægtet visse betragtninger, som den fremførte i forbindelse med sin bedømmelse af Serviers misbrug af dominerende stilling i den anfægtede afgørelse og i andre afgørelser.

Den manglende hensyntagen til virkningerne af de af Serviers patenter, der er erklæret gyldige eller anses for gyldige

355 Ifølge sagsøgerne og intervenienten udgør et patent, der anses for gyldigt, i hvert fald fra det tidspunkt, hvor det erklæres gyldigt, og indtil udløbstidspunktet et retligt forbud mod markedsadgang, som er til hinder for enhver potentiel konkurrence.

356 Det fremgår imidlertid af præmis 108 i dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen (C-457/10 P, EU:C:2012:770), som Kommissionen henviste til i den anfægtede afgørelse (jf. præmis 351 ovenfor), at der kan foreligge potentiel konkurrence på et marked selv før et patents udløb. Domstolen har nærmere bestemt fastslået, at supplerende beskyttelsescertifikater, som har til formål at forlænge virkningerne af et patent, medfører en væsentlig udelukkelsesvirkning efter patenternes udløb, men ligeledes kan ændre strukturen på markedet ved at skade den potentielle

konkurrence selv før dette udløb, hvilket ikke afhænger af det forhold, at de omhandlede supplerende beskyttelsescertifikater er blevet opnået på svigagtig og ulovlig vis (dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 164). Den eneret, der følger af patentet, hindrer således ikke i sig selv forekomsten af potentiel konkurrence i den pågældende beskyttelsesperiode.

357 Selv om en sådan eneret, som sagsøgerne og intervenienten har fremhævet, normalt har den virkning, at den holder konkurrenterne på afstand, idet disse i henhold til offentlige regler er forpligtet til at respektere denne eneret (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 362; jf. ligeledes præmis 234 ovenfor), vedrører denne konkurrenceudelukkende virkning reelle konkurrenter, som markedsfører patentkrænkende produkter. Patentet sikrer indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning (dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 9, og af 16.7.2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, præmis 46; jf. ligeledes præmis 234 ovenfor), men er ikke i sig selv til hinder for, at de erhvervsdrivende træffer nødvendige foranstaltninger til at komme ind på det pågældende marked, når patentet udløber, og dermed udøver et konkurrencepres på patenthaveren, som er karakteristisk for potentiel konkurrence, før patentets udløb. Patentet er heller ikke til hinder for, at erhvervsdrivende foretager transaktioner, som er nødvendige for at fremstille og markedsføre et ikke-patentkrænkende produkt, hvilket indebærer, at de kan betragtes som reelle konkurrenter til patenthaveren fra det tidspunkt, hvor de indtræder på markedet, og i givet fald som potentielle konkurrenter indtil dette tidspunkt (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 164).

358 Dette gælder især i lægemiddelsektoren, hvor lovgivningen om udstedelse af de markedsføringstilladelser, der kræves for, at et lægemiddel kan afsættes på markedet, gør det muligt for de kompetente myndigheder at tildele en markedsføringstilladelse for et generisk produkt, selv om referenceproduktet er beskyttet ved et patent. Det fremgår nemlig af 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), som ændret, at der kan ansøges om markedsføringstilladelser for generiske produkter efter en forkortet procedure, som baseres på resultaterne af de prøver og forsøg, der er beskrevet i ansøgningen om markedsføringstilladelse for originalproduktet, og at det er muligt at anvende dataene vedrørende disse resultater og dermed at udstede markedsføringstilladelse, inden patentet på originalproduktet udløber (artikel 10 i direktiv 2001/83; jf. ligeledes 74. og 75. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det bestemmes således i selve lovgivningen om markedsføring af lægemidler, at et generikaproducerende selskab kan indtræde på markedet, hvis det har en lovligt udstedt markedsføringstilladelse, eller i hvert fald kan indlede proceduren for udstedelse af markedsføringstilladelse i løbet af beskyttelsesperioden for det originalmedicinproducerende selskabs patent. I modsætning til det af sagsøgerne anførte bestemmes det samme i de nationale lovgivninger til gennemførelse af direktiv 2001/83, eftersom det fremgår af Kommissionens endelige rapport af 8. juli 2009 om sektorundersøgelsen i lægemiddelsektoren, som sagsøgerne har støttet sig på, at de slovakiske myndigheder har ændret deres lovgivning i denne retning, og at de ungarske myndigheder blot kræver en »patenterklæring«, hvorved det generikaproducerende selskab forpligter sig til ikke at markedsføre et patentkrænkende produkt, før det pågældende patent er udløbet. Den omstændighed – som sagsøgerne har fremhævet – at det i en intern e-mail hos Servier bemærkes, at »det ser ud til, at [visse generikaproducerende selskabs] perindopril-sager blokeres af [den slovakiske tilsynsmyndighed], så længe patent 947 er gældende«, kan ikke rejse tvivl om denne konstatering.

359 Desuden er patentbeskyttelsessystemet udformet på en sådan måde, at patenter ganske vist formodes at være gyldige, så snart de er registreret (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 362), men denne gyldighedsformodning indebærer ikke i sig selv, at alle produkter, der er bragt i omsætning på markedet, er patentkrænkende (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 121 og 122). Som Kommissionen med rette fremhævede i den anfægtede afgørelse (jf. præmis 351 ovenfor) – uden

at det specifikt er blevet bestridt af sagsøgerne – foreligger der ingen formodning om patentkrænkelse, da en sådan krænkelse skal fastslås af en domstol. Det fremgår nemlig af dom af 25. februar 1986, Windsurfing International mod Kommissionen (193/83, EU:C:1986:75, præmis 52), at hvis en privat erhvervsdrivende, der er indehaver af et patent, kan sætte sin egen vurdering af, om der foreligger en krænkelse af dennes patentret, i stedet for den kompetente myndigheds, vil den kunne anvende denne vurdering til at udvide beskyttelsesområdet for sit patent (jf. ligeledes 1171. betragtning og fodnote 1642 til den anfægtede afgørelse). Det er som følge heraf muligt for en erhvervsdrivende at løbe den risiko, der er forbundet med at indtræde på markedet med et produkt, herunder et produkt, der kan være i strid med det gældende patent, da denne indtræden eller lancering med risiko (jf. bl.a. 75. og 1176. betragtning til den anfægtede afgørelse) kan lykkes, hvis patenthaveren undlader at anlægge sag om patentkrænkelse, eller hvis patenthaveren anlægger en sådan sag om patentkrænkelse, men ikke får medhold (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 128 og 165). Det skal herved præciseres, at denne mulighed for at indtræde med risiko på markedet illustrerer, at patenter ikke udgør uoverstigelige hindringer for generikaproducerende selskabers indtræden på markedet, men ikke i sig selv indebærer, at de har reelle og konkrete muligheder for at komme ind på dette marked, hvilket afhænger af deres evne til og hensigt om at foretage en sådan indtræden med risiko.

360 I modsætning til, hvad intervenienten har gjort gældende, afkræfter Kommissionens tilgang ikke formodningen om, at patenter er gyldige, idet det antages, at der foreligger potentiel konkurrence, medmindre patentets gyldighed er blevet bekræftet af en domstol, og krænkelser af det gyldige patent er blevet fastslået af en domstol. Intervenienten har nemlig foretaget en fejlagtig fortolkning af den anfægtede afgørelse, eftersom Kommissionen heri i det væsentlige og med rette ikke fastslog (jf. præmis 357-359 ovenfor), at patentet anses for ugyldigt, indtil der er truffet en retsafgørelse om dets gyldighed og om forekomsten af en krænkelse, men at formodningen om patentets gyldighed ikke er til hinder for indtræden med risiko for markedet, indtil der er truffet en sådan afgørelse (1171. og 1176. betragtning til den anfægtede afgørelse).

361 Det skal fremhæves, at der ikke foreligger en sådan manglende formodning om patentkrænkelse, når en kompetent myndighed har afgivet en erklæring om det pågældende patents gyldighed. Da et patent ikke som sådan er til hinder for konkurrenters faktiske eller potentielle indtræden på markedet, udelukker en erklæring om det nævnte patents gyldighed nemlig heller ikke en sådan konkurrence, hvis den ikke ledsages af en erklæring om patentkrænkelse. I modsætning af det af sagsøgerne anførte er den omstændighed, at EPO i sin afgørelse af 27. juli 2006 erklærede patent 947 gyldigt, ikke tilstrækkelig til i sig selv at forhindre, at der forekommer potentiel konkurrence.

362 Den retspraksis, som intervenienten har henvist til, rejser ikke tvivl om disse betragtninger.

363 På den ene side var der i dom af 15. september 1998, European Night Services m.fl. mod Kommissionen (T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, EU:T:1998:198), og af 29. juni 2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332), ikke tale om intellektuelle ejendomsrettigheder, men om enerettigheder, som retligt eller faktisk forhindrede levering af tjenesteydelser samt adgang til infrastruktur. Selv om det antages, at de »faktiske områdemonopoler«, der er nævnt i dom af 29. juni 2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 102), ikke er ulig de enerettigheder, der følger af patenter (jf. præmis 234 ovenfor), fremgår det desuden af denne dom, at Retten havde udledt, at der ikke forelå potentiel konkurrence, ikke alene fordi der fandtes sådanne monopoler, men fordi Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at der forelå reelle og konkrete muligheder for, at en anden gasleverandør til trods for de nævnte monopoler kunne komme ind på det tyske gasmarked, hvorved den medgav, at disse monopoler ikke var tilstrækkelige i sig selv til at udelukke, at der forekom en potentiel konkurrence (jf. i denne retning dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 103-107).

- 364 På den anden side kan det imidlertid ikke udledes af dom af 31. maj 1979, Hugin Kassaregister og Hugin Cash Registers mod Kommissionen (22/78, EU:C:1979:138), og af 6. oktober 1994, Tetra Pak mod Kommissionen (T-83/91, EU:T:1994:246), som vedrører intellektuelle ejendomsrettigheder og for den sidstnævnte doms vedkommende patenter, at de omhandlede patenter og andre intellektuelle ejendomsrettigheder udgør uoverstigelige hindringer for markedsadgang, hvilket er til hinder for, at der foreligger potentiel konkurrence. I dom af 31. maj 1979, Hugin Kassaregister og Hugin Cash Registers mod Kommissionen (22/78, EU:C:1979:138, præmis 9), fastslog Domstolen nemlig, at der forelå et monopol, hvilket sagsøgeren i øvrigt havde erkendt, og at der derfor ikke var nogen effektiv konkurrence på markedet for reservedele til de kasseapparater, som sagsøgeren fremstillede, baseret på en række »økonomiske grunde«, heriblandt, men ikke begrænset til – hvilket i øvrigt fremgår mere udtrykkeligt af retsmøderapporten i denne sag (s. 1885) – Det Forenede Kongeriges lovgivning om design og ophavsret. Hertil kommer, at Retten i dom af 6. oktober 1994, Tetra Pak mod Kommissionen (T-83/91, EU:T:1994:246, præmis 110), ganske vist fastslog, at utallige patenter hindrede nye konkurrenter i at komme ind på markedet for aseptiske maskiner. Heraf kan imidlertid ikke udledes, at patenterne som sådan blev anset for at være uoverstigelige hindringer for adgangen til det pågældende marked, henset til, at der, som Retten fremhævede, var tale om et stort antal patenter, at der forelå teknologiske vanskeligheder, hvilket også bidrog til konklusionen om, at der forekom hindringer, og navnlig at der fandtes en konkurrent, som sad på 10% af det pågældende marked.
- 365 De ovenfor anførte betragtninger berøres heller ikke af artikel 9, stk. 1, i direktiv 2004/48, som intervenenten også har henvist til, og hvorefter medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheder kan udstede et foreløbigt påbud til en påstået krænkende part med henblik på at forhindre en nært forestående krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed eller midlertidigt forbyde en fortsættelse af den påståede krænkelse af den pågældende rettighed.
- 366 Sådanne kendelser om foreløbige forholdsregler eller midlertidige påbud forhindrer ganske vist en påstået krænkende part i at indtræde på markedet og udøve reel konkurrence på dette marked i den periode, der er fastsat ved de nævnte kendelser. Da disse kendelser om foreløbige forholdsregler eller påbud er af midlertidig karakter, og der ikke træffes endelig afgørelse om en patentkrænkelss forekomst for at fastslå en sådan krænkelse og træffe de nødvendige afhjælpende foranstaltninger, er der udelukkende tale om midlertidige hindringer og ikke om uoverstigelige hindringer, som gør det umuligt at træffe foranstaltninger til at markedsføre det angiveligt patentkrænkende produkt og dermed udøve potentiel konkurrence.
- 367 I betragtning af den begrænsede tid, som den kompetente myndighed har til at foretage sin analyse og træffe sin afgørelse, og de betingelser, der ifølge artikel 9, stk. 3, i direktiv 2004/48 skal være opfyldt for, at der kan træffes en foreløbig foranstaltning, herunder at myndigheden med tilstrækkelig stor sikkerhed kan fastslå, at der er tale om en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, er vedtagelsen af sådanne foreløbige afgørelser alene baseret på en umiddelbar og nødvendigvis overfladisk vurdering af den hævdede krænkelse, som skal bekræftes eller eventuelt afkræftes efter en mere indgående vurdering af de betingelser, der skal være opfyldt for, at det kan konstateres, at der foreligger en krænkelse. Generikaproducerende selskaber har i øvrigt mulighed for at forhindre, at der træffes en afgørelse, som går dem imod, ved ikke bare at fremføre modargumenter i forbindelse med hovedsagen, men også parallelt at anfægtede det pågældende patents gyldighed i forbindelse med et modkrav om, at dette patent kendes ugyldigt. Vedtagelsen af en kendelse eller et foreløbigt påbud og a fortiori den blotte risiko for, at der vedtages en sådan kendelse eller et sådant påbud, kan således, bl.a. henset til vedtagelsen af sådanne foreløbige afgørelser over for andre generikaproducerende selskaber, ikke som sådan udelukke, at det generikaproducerende selskab, der faktisk eller potentielt er omfattet af denne type afgørelse, er en potentiel konkurrent.
- 368 En dom om sagens realitet, hvori det konstateres, at der foreligger en patentkrænkelse, er desuden selv af midlertidig karakter, indtil de tilgængelige retsmidler er udtømt. I modsætning til det af intervenenten anførte henviste Kommissionen i 1132. og 1169. betragtning til den anfægtede afgørelse nemlig med rette til, at anfægtelsen af patenterne og af afgørelserne vedrørende disse patenter var et

»udtryk [...] for konkurrence« på patentområdet. Henset til den tidligere nævnte risiko for patentkrænkelser, som ethvert generikaproducerende selskab er udsat for, og private erhvervsdrivendes manglende kompetence til at afgøre, om der reelt er tale om en krænkelse (jf. præmis 359 ovenfor), er et søgsmål nemlig et af de midler, hvormed det generikaproducerende selskab kan begrænse denne risiko og komme ind på markedet, enten ved at få fastslået, at der ikke foreligger nogen krænkelse, eller ved at få det potentielt krænkede patent erklæret ugyldigt (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 122). Det følger ligeledes heraf, at så længe det generikaproducerende selskab har mulighed for at anfægte de pågældende patenter og deres krænkelse ved domstolene og dermed få adgang til markedet, må det antages, at de nævnte patenter i princippet ikke udgør uoverstigelige hindringer for denne adgang.

Den manglende hensyntagen til retningslinjerne fra 2004 og fra 2014 om teknologioverførselsaftaler

369 Det kan ikke fastslås, at Kommissionen ikke tog hensyn til retningslinjerne fra 2004 og fra 2014 om teknologioverførselsaftaler i den anfægtede afgørelse, selv hvis det antages, at de finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

370 For det første bekræftes det i modsætning til det af sagsøgerne og intervenienten anførte ikke i de afgørelser, hvori det blev fastslået, at de pågældende patenter var gyldige, herunder navnlig EPO's afgørelse af 27. juli 2006, at patenterne havde medført en »blokerende stilling«, som ifølge retningslinjerne fra 2004 og fra 2014 om teknologioverførselsaftaler hindrede forekomsten af potentiel konkurrence. I retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler (punkt 32) og i de tilsvarende retningslinjer fra 2014 (punkt 32) defineres blokerende stillinger nemlig som situationer, hvor en erhvervsdrivende ikke kan trænge ind på markedet uden at krænke en anden erhvervsdrivendes intellektuelle ejendomsrettigheder. Det skal imidlertid påpeges, at afgørelser, hvori det fastslås, at et patent er gyldigt, ikke i sig selv hindrer en indtræden med risiko på markedet, og at dette kun kan hindres ved en afgørelse, hvori der fastslås en overtrædelse af den pågældende intellektuelle ejendomsrettighed, dvs. en krænkelse af det omhandlede patent (jf. præmis 359 og 361 ovenfor). De »retsafgørelser«, der er nævnt i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler (punkt 32), og de »endelig[e] domstolsafgørelse[r]«, der er nævnt i retningslinjerne fra 2014 (punkt 33), og som med sikkerhed viser, at der foreligger en blokerende stilling, henviser således ikke til afgørelser, hvori det fastslås, at et patent er gyldigt, men til afgørelser, hvori det fastslås, at dette patent er blevet krænket.

371 For det andet undlod Kommissionen i modsætning til det af sagsøgerne anførte heller ikke at tage hensyn til retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler for så vidt angår anbefalingerne om analysen af den potentielle konkurrence, når der ikke foreligger en blokerende stilling, som er fastslået ved en retsafgørelse. Det skal herved bemærkes, at en erhvervsdrivende i henhold til punkt 31 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler »kan anses for at være en potentiel konkurrent på produktmarkedet, hvis denne uden aftalen sandsynligvis ville foretage de nødvendige ekstrainvesteringer for at trænge ind på det relevante marked som reaktion på en lille, men vedvarende stigning i produktpriserne«, og at »[s]andsynligheden herfor bør vurderes på et realistisk grundlag, dvs. på grundlag af de faktiske forhold i den pågældende sag«. Punkt 33 i de samme retningslinjer har i øvrigt følgende ordlyd:

»Hvis der ikke findes sikkerhed for, at der foreligger en blokerende stilling, f.eks. i form af en endelig domstolsafgørelse, vil parterne ved vurderingen af, om de er potentielle konkurrenter, være nødsaget til at basere sig på alle de på det pågældende tidspunkt foreliggende oplysninger, herunder risikoen for krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder og de reelle muligheder for at finde effektive løsninger uden brug af de eksisterende intellektuelle ejendomsrettigheder. Selv hvis det ikke kan udelukkes, at der foreligger en blokerende stilling, kan betydelige investeringer, der allerede er foretaget, eller fremskredne planer om at gå ind på et bestemt marked, lægges til grund for den betragtning, at parterne i det mindste er potentielle konkurrenter [...]«

372 I det foreliggende tilfælde anvendte Kommissionen imidlertid, som det fremgår af præmis 323 og 325 ovenfor, kriteriet om de reelle og konkrete muligheder ved afgørelsen af, om de pågældende generikaproducerende selskaber var potentielle konkurrenter, og den støttede sig således i overensstemmelse med de nævnte punkter i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler ikke på den omstændighed, at det ikke var umuligt at komme ind på markedet, men på sandsynligheden for, at selskaberne kom ind på markedet, hvilket den vurderede på et realistisk grundlag og ud fra de foreliggende oplysninger, bl.a. om, hvilke retstvister parterne var involveret i, hvor langt de var nået med udviklingen af deres produkter, og hvilke foranstaltninger de havde truffet for at opnå markedsføringstilladelser (jf. ligeledes præmis 432-438, 579-585 og 718-722 nedenfor). Selv om sagsøgernes argumenter fortolkes således, at de tilsigter at rejse tvivl om Kommissionens konklusion om, at det var sandsynligt, at de generikaproducerende selskaber ville komme ind på markedet, vil de desuden i det følgende blive undersøgt i forbindelse med vurderingen af klagepunkterne om, at disse selskaber ikke var potentielle konkurrenter.

373 Det skal ligeledes tilføjes, at det i modsætning til, hvad intervenienten har gjort gældende, netop fremgår af den analyse af sandsynligheden for, at de generikaproducerende selskaber kommer ind på markedet, som kræves i retningslinjerne fra 2004 og fra 2014 om teknologioverførselsaftaler, og som Kommissionen foretog, at forekomsten af potentiel konkurrence ikke uden videre kan udledes af den omstændighed, at der ikke er påvist nogen blokerende stilling, men skal godtgøres på grundlag af en egentlig analyse, som kan resultere i, at et selskab ikke anerkendes som potentiel konkurrent, selv om patenterne ikke har medført en blokerende stilling.

Modsigelserne i den anfægtede afgørelse

374 Ifølge sagsøgerne er Kommissionens holdning i strid med de vurderinger, som den i den anfægtede afgørelse foretog af Serviers misbrug af dominerende stilling. De har navnlig foreholdt Kommissionen, at den uretmæssigt fastslog, at Serviers patenter havde udelukkende egenskaber, i den del af den anfægtede afgørelse, der omhandlede Serviers misbrug af dominerende stilling (2572., 2857. og 2972. betragtning), og afviste risikoen for udelukkelse af generikaproducerende selskaber fra markedet som følge af disse patenter i den del af den anfægtede afgørelse, der vedrørte artikel 101 TEUF.

375 De hævdede modsigelser kan umiddelbart afvises, uden at det er nødvendigt at tage stilling til Kommissionens afgrænsning af de relevante markeder i forbindelse med dens analyse af de omtvistede aftalers konkurrencebegrænsende virkninger og af Serviers misbrug af dominerende stilling.

376 Det skal nemlig for det første bemærkes, at selv om Kommissionen i den anfægtede afgørelse (2857. og 2972. betragtning) faktisk konkluderede, at der ikke fandtes nogen reelt bæredygtig kilde til konkurrence på markedet, adskiller begrebet bæredygtighed – som i disse betragtninger anvendes ved afgrænsningen af det omhandlede marked, dvs. upstream-markedet for teknologien til fremstilling af det aktive stof i perindopril, og ved afgørelsen af, om der fandtes en dominerende stilling på dette marked med henblik på anvendelsen af artikel 102 TEUF – sig fra det begreb, der anvendes ved afgørelsen af, om en indtræden på markedet er økonomisk bæredygtig i forhold til anvendelsen af artikel 101 TEUF. Det skal nemlig forstås mere bredt som »økonomisk og lovgivningsmæssig bæredygtighed«, og den lovgivningsmæssige bæredygtighed kommer strengt taget ikke på tale, når der findes et patent på markedet, og det derfor ikke kan antages, at den pågældende teknologi kan erstatte den, der er omfattet af patentet (fodnote 3386 til den anfægtede afgørelse; jf. ligeledes 2748. og 2754. betragtning til den anfægtede afgørelse). Med henblik på at fastslå, at de vurderinger, som Kommissionen foretog i 2857. og 2972. betragtninger til den anfægtede afgørelse, ikke er relevante i det foreliggende tilfælde, skal det endvidere bemærkes, at disse vurderinger vedrører forekomsten af en reel og effektiv konkurrence på det pågældende marked og ikke potentielle konkurrenters udsigter til at komme ind på markedet.

377 Det skal desuden og for det andet bemærkes, at Kommissionen i de ørige passager i den anfægtede afgørelse, som sagsøgerne og intervenienten har henvist til (2571. og 2572. betragtning), og som omhandler afgrænsningen af markedet for det færdige produkt og afgørelsen af, om der findes en dominerende stilling på dette marked, i det væsentlige fastslog, at Serviers patenter udgjorde væsentlige, men ikke absolutte, barrierer for markedsadgang, hvilket var på linje med dens vurdering af den potentielle konkurrence på dette marked.

Modsigelserne mellem den anfægtede afgørelse og Kommissionens andre afgørelser

378 Ifølge sagsøgerne og intervenienten står Kommissionens holdning i modsætning til visse af dens tidligere afgørelser (Kommissionens beslutning 94/770/EF af 6. oktober 1994 om en procedure i henhold til [...] artikel [101 TEUF] og EØS-aftalens artikel 53 (IV/34 776 – Pasteur Mérieux-Merck) og Kommissionens beslutning C(2013) 8535 final af 26. november 2013 om en procedure i henhold til artikel 6 i forordning nr. 139/2004 (sag COMP/M.6944 – Thermo Fisher Scientific/Life Technologies)). Hvor Kommissionen i disse andre afgørelser af forekomsten af patenter eller patenttvister udledte, at der ikke fandtes noget stærkt konkurrencepres fra de generikaproducerende selskaber, fastslog den i den anfægtede afgørelse, selv om de samme tvister kunne medføre, at de generikaproducerende selskaber blev udelukket fra markedet, at disse selskaber var potentielle konkurrenter til Servier, som kunne udøve et stærkt konkurrencepres på Serviers perindopril.

379 Det skal herved bemærkes, at den anfægtede afgørelse under alle omstændigheder ikke er i modstrid med de kommissionsafgørelser, som sagsøgerne og intervenienten har henvist til. Det skal nemlig indledningsvis påpeges, at for så vidt som patenter i princippet ikke udgør uoverstigelige hindringer for en konkurrents indtræden på markedet, men kan skabe sådanne hindringer afhængig af patenttvisters udfald og påvirke de reelle og konkrete muligheder for at komme ind på markedet (jf. præmis 359-368 ovenfor samt præmis 442-453, 589-597 og 726-735 nedenfor), kan det ikke afvises, at Kommissionen i visse af sine afgørelser og navnlig i de ovennævnte to beslutninger har konkluderet, at der ikke forekommer potentiel konkurrence, fordi der findes patenter. Det skal dernæst bemærkes, at da Kommissionen i disse to beslutninger lagde til grund, at der forelå barrierer for markedsadgang eller manglede potentiel konkurrence, var det ikke alene baseret på patenter eller patenttvister, men også på andre faktorer såsom problemet med at opnå markedsføringstilladelser, behovet for store investeringer eller de eksisterende handelsrelationer, og at det derfor ikke kan udledes, at den omstændighed, at der foreligger patenter eller patenttvister, som sådan er til hinder for, at der kan forekomme potentiel konkurrence.

380 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den fastslog, at Serviers patenter i det foreliggende tilfælde ikke udgjorde uoverstigelige hindringer for de generikaproducerende selskabers indtræden på markedet. På tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler var der nemlig ikke truffet nogen endelig afgørelse i en patentkrænkelssag, hvor det var fastslået, at de nævnte selskabers produkter var patentkrænkende.

381 Det er derfor nødvendigt at afgøre, om Kommissionen også med rette fastslog, at de generikaproducerende selskaber, henset til deres individuelle kendetegn, havde reelle og konkrete muligheder for at træde ind på det pågældende marked, og i denne forbindelse at tage stilling til de argumenter, som rejser tvivl om, hvorvidt der fandtes sådanne muligheder, og som blev fremført i forbindelse med den specifikke argumentation vedrørende de enkelte omtvistede aftaler. Det skal allerede nu præciseres, at undersøgelsen af de klagepunkter, der er rettet mod Kommissionens vurdering af de generikaproducerende selskabers reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, skal foretages i lyset af nedenstående fire principper og hensyn.

382 Det er for det første vigtigt at påpege, at det fremgår af retspraksis vedrørende afgørelsen af, om der foreligger reelle og konkrete muligheder for at indtræde på et marked (jf. præmis 318 ovenfor), at det væsentlige element, som kvalificeringen af en potentiel konkurrent skal baseres på, er virksomhedens evne til at trænge ind på det nævnte marked, og at dens hensigt om at trænge ind på dette marked,

selv om den kan være relevant for undersøgelsen af, om den kan betragtes som en potentiel konkurrent, kun er af sekundær betydning. Det er nærmere bestemt ikke nødvendigt, at en virksomhed har til hensigt at indtræde på et marked, for at det kan anerkendes, at der foreligger potentiel konkurrence på det nævnte marked (dom af 14.4.2011, Visa Europe et Visa International Service mod Kommissionen, T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 169), og denne hensigt kan heller ikke rejse tvivl herom, men når den er påvist, kan den bestyrke virksomhedens evne til at indtræde på markedet og dermed medvirke til at kvalificere den som potentiel konkurrent.

383 Det følger også heraf, at kriteriet om, at virksomhedens indtræden på markedet skal indgå i en holdbar økonomisk strategi, hvilket kræves i den nævnte retspraksis, ikke er et selvstændigt og særskilt kriterium i forhold til det primære kriterium om evnen til at indtræde på markedet og det sekundære kriterium om hensigten om at komme ind på markedet (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:460, præmis 81). På den ene side er dette kriterium nemlig nævnt i de omhandlede domme for at præcisere, at mulighederne for at indtræde på markedet er af reel og konkret karakter, efterfulgt af det primære kriterium om evnen til at indtræde på markedet og det sekundære kriterium om hensigten om at komme ind på dette marked, som anses for »nødvendigvis [at følge heraf]«. På den anden side behandles det pågældende kriterium ikke særskilt og uafhængigt af undersøgelsen af en virksomheds evne til og hensigt om at indtræde på markedet, i disse domme, eftersom det ikke med rimelighed kan udledes af den omstændighed, at virksomheden både har evnen til at indtræde på markedet, henset til dens produktions- og markedsføringsmetoder og dens økonomiske ressourcer, og har til hensigt at komme ind på dette marked, bl.a. henset til den forventede fortjeneste og rentabilitet, at denne indtræden indgår i en holdbar økonomisk strategi for den pågældende virksomhed.

384 For det andet kan der, som Kommissionen med føje fastslog i den anfægtede afgørelse (1172. betragtning; jf. ligeledes præmis 351 ovenfor), tages hensyn til parternes egne vurderinger af mulighederne for, at sagsøgernes patenter er ugyldige eller er blevet krænket, ved afgørelsen af, om de generikaproducerende selskaber havde reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 141). Hvis der ikke foreligger en afgørelse fra en offentlig myndighed om krænkelsen og gyldigheden af Serviers patenter, kan parternes egne vurderinger af mulighederne for, at disse patenter er ugyldige eller er blevet krænket, give et indtryk af, hvilke hensigter disse parter har haft, også i forhold til retssager. Generikaproducerende selskabers vurderinger kan specifikt medvirke til under hensyntagen til deres subjektive opfattelse af de pågældende patenter at belyse deres hensigt om at indtræde på markedet, men ikke som sådan deres evne til at komme ind på markedet, da det alene tilkommer de nationale retter og EPO at fastslå, om patenter er blevet krænket og er gyldige (jf. præmis 243 og 359 ovenfor). Da hensigten anses for et relevant kriterium for fastlæggelsen af de reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet (jf. præmis 382 ovenfor), følger det heraf, at der med føje kan tages hensyn til parternes subjektive vurderinger, når sådanne muligheder fastlægges. Det skal ikke desto mindre præciseres, at for så vidt som hensigten om at trænge ind på et marked ganske vist kan være relevant for prøvelsen af, om et selskab kan betragtes som en potentiel konkurrent, men kun er af sekundær betydning, har disse vurderinger også kun sekundær betydning for afgørelsen af, om det nævnte selskab er en potentiel konkurrent. De bør endvidere sammenholdes med andre omstændigheder, som også kan godtgøre, hvilke hensigter et selskab har med hensyn til at indtræde på markedet.

385 For det tredje skal det vurderes på tidspunktet for indgåelsen af de omtvistede aftaler, om der er reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 138, 139 og 203, og af 8.9.2016, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen, T-460/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:453, præmis 94 og 95). Ved afgørelsen af, om sådanne aftaler er konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101 TEUF, skal det nemlig undersøges, hvordan den faktiske eller potentielle konkurrence var på det pågældende marked på det tidspunkt, hvor de blev indgået. Det følger heraf, at der ikke kan tages hensyn til argumenter og dokumenter vedrørende

oplysninger fra perioden efter indgåelsen af de omtvistede aftaler, da disse oplysninger afspejler disse aftalers gennemførelse og ikke konkurrencesituationen på markedet på det tidspunkt, hvor de blev indgået.

386 For det fjerde påhviler det Kommissionen at bevise, at en konkurrent har reelle og konkrete muligheder for at indtræde på markedet, og mere generelt at bevise, at der foreligger en overtrædelse (artikel 2 i forordning nr. 1/2003) (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 105). Eftersom hovedparten af de oplysninger, der kan belyse de generikaproducerende selskabers evne til og hensigt om at indtræde på markedet og dermed deres reelle og konkrete muligheder for at komme ind på dette marked, er interne oplysninger fra disse selskaber, som de selv har lettest ved at indhente, må det fastslås, at Kommissionen uden modbeviser om tekniske, lovgivningsmæssige, handelsmæssige eller økonomiske vanskeligheder i tilstrækkeligt omfang godtgjorde, at der fandtes sådanne muligheder under de foreliggende omstændigheder, når den fremlagde samstemmende indicier, som i hvert fald viste, at der kunne træffes foranstaltninger til fremstilling og markedsføring af det pågældende produkt med så kort varsel, at det lagde pres på den virksomhed, der fandtes på markedet. Det kan nemlig udledes af disse foranstaltninger, at det pågældende selskab ikke bare havde evnen til, men også havde til hensigt at løbe den risiko, der var forbundet med at indtræde på markedet (jf. i denne retning punkt 33 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler; jf. i denne retning også dom af 8.9.2016, Arrow Group og Arrow Generics mod Kommissionen, T-467/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:450, præmis 81).

2) Kriteriet om de generikaproducerende selskabers tilsagn om at begrænse deres selvstændige bestræbelser på at indtræde på markedet

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

391 Det må indledningsvis fastslås, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke foretog nogen særskilt undersøgelse af ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulernes generelle lovlighed. Det fremgår nemlig af 1154. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen for at afgøre, om de pågældende aftaler havde konkurrencebegrænsende formål, ikke nøjedes med at undersøge, om de omfattede ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, men også undersøgte, om forligsparterne var potentielle konkurrenter, og om ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne var baseret på en værdioverførsel fra originalmedicinproducenten til de generikaproducerende selskaber, som udgjorde et incitament for dette selskab til ikke at udøve konkurrencepres på det selskab, der var indehaver af patentet. Sagsøgerne og intervenienten kan følgelig ikke foreholde Kommissionen, at den fastslog, at den blotte eksistens i en forligsaftale af ikke-markedsføringsklausuler og ikke-anfægtelsesklausuler var tilstrækkelig til, at det kunne konkluderes, at den var af konkurrencebegrænsende karakter.

392 Med hensyn til sagsøgernes og intervenientens argumenter om, at det er nødvendigt at indsætte ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler i alle forligsaftaler, skal der dernæst henvises til redegørelsen i præmis 258-275 ovenfor, hvori betingelserne for, at Kommissionen kan fastslå, at der foreligger konkurrencebegrænsende formål i forbindelse med sådanne klausuler, er beskrevet.

393 Sagsøgernes og intervenientens argumenter om anvendelsen af teorien om accessoriske begrænsninger i det foreliggende tilfælde må forkastes med henvisning til præmis 291 ovenfor.

- 394 Hvad angår sagsøgernes argument om, at Kommissionen tidligere har anset en aftale – som forpligtede et generikaproducerende selskab til at trække sig ud af markedet i afventning af løsningen af en parallel tvist mod at få udbetalt en godtgørelse, hvis det ikke fik medhold i denne tvist – for ikke at være problematisk, skal det påpeges, at ligebehandlingsprincippet ifølge retspraksis er et grundlæggende EU-retligt princip, som indebærer, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en forskelsbehandling er objektivt begrundet (dom af 13.12.1984, Sermide, 106/83, EU:C:1984:394, præmis 28, og af 14.5.1998, BPB de Eendracht mod Kommissionen, T-311/94, EU:T:1998:93, præmis 309).
- 395 Det skal imidlertid fremhæves, at en virksomhed, når den ved sin adfærd har handlet i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke kan undgå enhver sanktion med den begrundelse, at en anden virksomhed ikke er blevet pålagt nogen bøde. Selv hvis det antages, at Kommissionen begik en fejl, da den fastslog, at aftalerne mellem Lundbeck og Neolab var forenelige med artikel 101, stk. 1, TEUF, bør overholdelsen af ligebehandlingsprincippet nemlig ses i sammenhæng med overholdelsen af legalitetsprincippet, hvorefter ingen til egen fordel kan påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre (dom af 31.3.1993, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 – C-129/85, EU:C:1993:120, præmis 197, og af 14.7.1994, Parker Pen mod Kommissionen, T-77/92, EU:T:1994:85, præmis 86).
- 396 Der er under alle omstændigheder betydelige forskelle mellem de omtvistede aftaler og de aftaler mellem Lundbeck og Neolab, som Kommissionen i afgørelse C(2013) 3803 final af 19. juni 2013 om en procedure efter artikel 101 [TEUF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag AT.39226 – Lundbeck) betegnede som uproblematisk i henseende til konkurrenceretten. Det fremgår nemlig af 164. betragtning til denne afgørelse, at Neolab i oktober 2002 var indtrådt på markedet for citalopram i Det Forenede Kongerige, at Lundbeck havde anlagt sag om krænkelse af et af selskabets patenter i november 2002, og at Neolab derefter havde fremsat et modkrav om ophævelse af det omtvistede patent. I forbindelse med et frivilligt påbud («voluntary injunction»), som blev nedlagt i forbindelse med den nationale retssag, havde Neolab ved en første aftale forpligtet sig til ikke at markedsføre sit generiske produkt, indtil der blev afsagt dom i en parallel sag mellem Lundbeck og selskabet Lagap vedrørende det samme patent, dog senest indtil den 30. november 2003. Lundbeck forpligtede sig til gengæld til at yde erstatning til Neolab, hvis det pågældende patent blev erklæret ugyldigt. Da Lundbeck havde indgået et forlig med Lagap den 13. oktober 2003, var Lundbeck og Neolab imidlertid blevet fritaget for deres forpligtelser, og Neolab genoptog salget af sit generiske produkt den 30. oktober 2003. Den 22. december 2003 indgik Neolab og Lundbeck ved en anden aftale et forlig, som indebar, at Lundbeck skulle yde erstatning til Neolab for at kompensere for, at Neolab ikke kunne sælge det generiske produkt i den periode, hvor det frivillige påbud var gældende, og at de to aftaleparter undlod at videreføre tvisten om krænkelsen og ugyldigheden af det omtvistede patent indtil den 31. marts 2004.
- 397 Den første aftale adskilte sig fra de aftaler, der er omhandlet i den foreliggende sag, eftersom den blev indgået efter det generikaproducerende selskabs første indtræden på markedet, den omhandlede begrænsning øjensynligt skyldtes et påbud, som var blevet nedlagt under en retssag, der kun var tale om et tilsagn om ikke-markedsføring i en begrænset periode, nemlig indtil løsningen af en tvist med samme genstand, og det originalmedicinproducerende selskab kun skulle udbetale erstatning, hvis patentet blev erklæret ugyldigt.
- 398 Den anden aftale indebar ganske vist en betaling fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, men adskilte sig fra de omtvistede aftaler, for så vidt som det generikaproducerende selskab allerede var til stede på markedet, da aftalen blev indgået, og aftalen ikke rejste tvivl om dette selskabs tilstedeværelse på markedet. Det eneste formål med det originalmedicinproducerende selskabs betaling til det generikaproducerende selskab var desuden at kompensere for, at det ikke var muligt at sælge det generiske produkt i den periode, hvor det frivillige påbud var gældende, og dermed at undgå, at Neolab anlagde et erstatningsøgsmål på dette grundlag.

399 Hvad endelig angår sagsøgernes argument om, at det tilkommer Kommissionen at påvise, at det er nødvendigt og tilstrækkeligt for at bevare konkurrencen, at en tvist videreføres, og at dens afbrydelse udgør en konkurrencebegrænsning, skal det i øvrigt påpeges, at Kommissionen ifølge definitionen af konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 220 ff. ovenfor) ikke er forpligtet til at vurdere, i hvilket omfang konkurrencen kan være berørt af den omtvistede aftale, eller at fastslå, at det er nødvendigt at videreføre en tvist for at opretholde konkurrencen.

3) Kriteriet om værdioverførslen til de generikaproducerende selskaber

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

406 Det skal indledningsvis konstateres, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke fastslog, at den omstændighed, at der skete en værdioverførsel fra det originalproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, i sig selv beviste, at der forelå en tilstrækkelig skade for konkurrencen. Det fremgår nemlig af 1154. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen for at afgøre, om de pågældende aftaler havde konkurrencebegrænsende formål, undersøgte, om forligsparterne var potentielle konkurrenter, om aftalerne omfattede ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, og om det originalmedicinproducerende selskab havde fået tilsagn om ikke-markedsføring og ikke-anfægtelse fra det generikaproducerende selskab til gengæld for en værdioverførsel (jf. ligeledes præmis 265-272 ovenfor).

407 Det fremgår desuden af præmis 265-273 ovenfor, at når en patentforligsaftale mellem to potentielle konkurrenter indeholder ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, er det generikaproducerende selskabs incitament til at underkaste sig disse klausuler i sig selv tilstrækkelig til, at der kan konstateres et konkurrencebegrænsende formål.

408 Sagsøgernes og intervenientens argumenter kan ikke rejse tvivl om denne konstatering.

409 Hvad for det første angår argumentet om, at originalmedicinproducenter er nødt til at gøre større indrømmelser end generikaproducerende selskaber i forbindelse med forlig på grund af den øgede risiko for retstvister, som de er udsat for, må det, som Kommissionen har fremhævet, konstateres, at sagsøgerne intet har fremført til støtte for dette anbringende, men blot har henvist til deres svar på klagepunktsmeddelelsen. Selv om der måtte foreligge en større risiko for det originalmedicinproducerende selskab, kan en sådan risiko desuden ikke begrunde, at der foretages en omvendt værdioverførsel, som tilskynder det generikaproducerende selskab til at indstille sine bestræbelser på at træde ind på markedet.

410 Med hensyn til intervenientens argumenter om, at de nationale systemer for fastsættelse af medicinpriser er ugunstige for originalmedicinproducenter, og at de nationale retslige mekanismer ikke gør det muligt at skride effektivt ind over for generiske producenters indtræden med risiko på markedet, er det – såfremt det forholder sig sådan – vigtigt at påpege, at dette ikke kan begrunde en aftale med konkurrencebegrænsende formål. Ifølge fast retspraksis kan det nemlig ikke 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 (dom af 27.7.2005, Brasserie nationale m.fl. mod Kommissionen, T-49/02 – T-51/02, EU:T:2005:298, præmis 81; jf. i denne retning også dom af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, præmis 487 og 488).

- 411 Med hensyn til sagsøgernes argumenter om, at Kommissionen burde have taget hensyn til forligsparternes forretningsmæssige overvejelser og forventede fortjeneste, da den vurderede, om værdioverførslen var af tilskyndende karakter, fremgår det af præmis 277 ovenfor, at Kommissionen ved afgørelsen af, om værdioverførslen fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, udgjorde et incitament til at acceptere ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, med rette undersøgte, om værdioverførslen svarede til de specifikke omkostninger i forbindelse med forliget, som det generikaproducerende selskab afholdt. Det relevante kriterium går således ud på at påvise, hvilke omkostninger i tilknytning til forliget der blev afholdt af det generikaproducerende selskab, og ikke at tage hensyn til forligsparternes forretningsmæssige overvejelser.
- 412 Det skal til alle de argumenter, der er nævnt i de tre foregående præmisser, 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 dom af 8.7.2004, Corus UK mod Kommissionen, T-48/00, EU:T:2004:219, præmis 73, og af 8.7.2004, Dalmine mod Kommissionen, T-50/00, 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 (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 379 og 380).
- 413 For det andet kan sagsøgerne ikke foreholde Kommissionen, at den fraveg de tre kriterier, der er nævnt i 1154. betragtning til den anfægtede afgørelse, ved at betegne aftalerne om generikaproducerende selskabers tidlige markedsadgang som lovlige, selv om de indebar et væsentligt incitament. Det fremgår nemlig af 1138., 1200. og 1203. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen blot bemærkede, at en forligsaftale, som tillader, at der markedsføres et generisk produkt, inden det omtvistede patent udløber, kan udgøre en konkurrencefremmende og dermed lovlig aftale. Selv om parterne i en sådan aftale fastsætter en dato for tidlig markedsføring af det generiske produkt, fremgår det imidlertid ikke, at det originalmedicinproducerende selskab kan give det generikaproducerende selskab et incitament til at forhale introduktionen af dets produkt på markedet.
- 414 Sagsøgerne kan i øvrigt ikke foreholde Kommissionen, at den ikke foretog undersøgelser af de 57 forlig, som den havde registreret i forbindelse med sin årlige overvågning, og som indebar en værdioverførsel. På den ene side skal det nemlig påpeges, at når en virksomhed ved sin adfærd har handlet i strid med artikel 101 TEUF, kan den ikke undgå enhver sanktion med den begrundelse, at en anden virksomhed ikke er blevet pålagt nogen bøde, da overholdelsen af ligebehandlingsprincippet skal ses i sammenhæng med overholdelsen af legalitetsprincippet, hvorefter ingen til egen fordel kan påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre (jf. præmis 395 ovenfor). På den anden side kan en forligsaftale i en patenttvist ikke anses for ulovlig, alene fordi den indebærer en værdioverførsel fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, hvilket Kommissionen heller ikke gjorde i den anfægtede afgørelse, hvori den med føje undersøgte, om forligsparterne var potentielle konkurrenter, om aftalerne omfattede ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, og om det originalmedicinproducerende selskab havde fået tilsagn om ikke-markedsføring og ikke-anfægtelse fra det generikaproducerende selskab til gengæld for en værdioverførsel (jf. præmis 406 ovenfor).
- 415 For det tredje har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den anvendte en bred definition af begrebet betydelig værdioverførsel ved at tage hensyn til tillægsaftaler, der var indgået på markedsvilkår. Som Kommissionen med rette anførte i 1190. betragtning til den anfægtede afgørelse, kan det originalmedicinproducerende selskabs incitament til at acceptere ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler imidlertid følge af en tillægsaftale til forligsaftalen. Selv om tillægsaftaler er almindelige handelsaftaler, som kan eksistere selvstændigt, undersøgte Kommissionen i det foreliggende tilfælde med føje, om visse tillægsaftaler, der var en integrerende del af de omhandlede forligsaftaler, indebar værdioverførsler fra patenthaveren til det generikaproducerende selskab.

- 416 For det fjerde har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den kun tog hensyn til det generikaproducerende selskabs incitament til at videreføre tvisten i forbindelse med analysen af den potentielle konkurrence og ikke i forbindelse med vurderingen af værdioverførslen. Det fremgår imidlertid af præmis 277 ovenfor, at Kommissionen ved afgørelsen af, om værdioverførslen fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, udgjorde et incitament til at acceptere ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, med rette undersøgte, om værdioverførslen svarede til de specifikke omkostninger i forbindelse med forliget, som det generikaproducerende selskab afholdt. Det relevante kriterium går således ud på at påvise, hvilke omkostninger i tilknytning til forliget der blev afholdt af det generikaproducerende selskab, og vedrører ikke den eventuelle informationsasymmetri mellem parterne eller deres respektive forretningsmæssige interesser.
- 417 Sagsøgerne har endelig foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til visse bestemmelser i aftalerne med Teva, Krka og Lupin, som kunne fremskynde generikaproducenters indtræden på markedet. Dette argument vil blive undersøgt i forbindelse med de anbringender, der vedrører de pågældende aftaler.
- 418 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen foretog en korrekt definition af de tre kriterier, som den anvendte ved kvalificeringen af forligsaftalerne i tvisterne vedrørende patenter som aftaler med konkurrencebegrænsende formål, og derfor ikke begik nogen retlig fejl i forbindelse med begrebet konkurrencebegrænsende formål.

6. Aftalerne med Niche og med Matrix

a) Niches og Matrix' status som potentiel konkurrent

[udelades]

b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

- 525 Med hensyn til de retlige fejl, som Kommissionen angiveligt begik, da den kvalificerede Niche- og Matrix-aftalerne som aftaler med konkurrencebegrænsende formål uden at undersøge, om de kunne »have så negative virkninger«, selv om deres potentielle virkninger var ambivalente (jf. præmis 503 ovenfor), skal der henvises til præmis 223-226, 304-306 og 418 ovenfor. Hvad angår de potentielle ambivalente virkninger, som sagsøgerne har påberåbt sig med støtte i vanskelighederne i forbindelse med patenter, og de tekniske, lovgivningsmæssige og økonomiske vanskeligheder, som Niche og Matrix stod over for, skal det tilføjes, at Kommissionen med føje fastslog, at disse vanskeligheder ikke begrænsede Niches og Matrix' reelle og konkrete muligheder for at konkurrere med sagsøgerne (jf. præmis 501 ovenfor), og det kan derfor ikke udledes heraf, at Niche- og Matrix-aftalerne havde potentielle ambivalente virkninger.
- 526 Med hensyn til de påberåbte urigtige skøn er det nødvendigt at undersøge sagsøgernes argumenter om, at der i Niche- og Matrix-aftalerne er dels en tilskyndende fordel i forhold til Niche og Matrix, dels en deraf følgende begrænsning af disse selskabers indsats for at konkurrere med det

originalmedicinproducerende selskab, og at det må konstateres, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, når disse betingelser er opfyldt (jf. præmis 272 ovenfor). Det skal herved præciseres, at sagsøgerne ikke har rejst tvivl om, at der findes ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler i Niche- og Matrix-aftalerne, som i øvrigt i sig selv er af konkurrencebegrænsende karakter (jf. præmis 257 ovenfor), men de har gjort gældende, at disse klausuler ikke er tilstrækkeligt skadelige i det foreliggende tilfælde, og bestridt, at de værdioverførsler, der er fastsat i Niche- og Matrix-aftalerne, kan betragtes som tilskyndende værdioverførsler.

i) Argumentet om, at der ikke forekom en tilskyndende værdioverførsel

- 527 Det skal indledningsvis bemærkes, at det ikke kan konkluderes, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, alene fordi der er sket en værdioverførsel fra det originalproducerende selskab til det generikaproducerende selskab. Det kan kun fastslås, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, hvis der sker en omvendt betaling, som ikke er berettiget, ved indgåelsen af forliget, dvs. når det generikaproducerende selskab ved den nævnte betaling tilskyndes til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler. I dette tilfælde er de konkurrencebegrænsninger, som ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne medfører, ikke længere knyttet til patentet og forliget, men kan forklares ved tilskyndelsen (jf. præmis 265 ovenfor).
- 528 Ved vurderingen af, om en omvendt betaling, dvs. en overførsel af værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, udgør et incitament til at acceptere ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, skal det under hensyntagen til denne betalings karakter og begrundelse undersøges, om den dækker omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten (jf. præmis 277 ovenfor). I den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen således med rette, om den værdioverførsel, der var fastsat i Niche- og Matrix-aftalen, svarede til de specifikke omkostninger i forbindelse med forliget, som det generikaproducerende selskab afholdt (1333.-1337. og 1461.-1464. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 529 Såfremt den omvendte betaling, der er fastsat i en forligsaftale, som omfatter konkurrencebegrænsende klausuler, har til formål at kompensere for omkostninger forbundet med forliget, som afholdes af det generikaproducerende selskab, kan denne betaling i princippet anses for at være tilskyndende. Dette er dog ikke til hinder for, at det i så fald konstateres, at der foreligger et incitament og et konkurrencebegrænsende formål. Det forudsætter imidlertid, at Kommissionen godtgør, at de beløb, som svarer til disse omkostninger i forbindelse med forliget, selv om de er fastlagt og opgjort præcist af parterne i dette forlig, er for høje (jf. præmis 278 ovenfor).
- 530 De omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, dækker navnlig procesomkostninger, som det generikaproducerende selskab har afholdt i forbindelse med den tvist, der verserer mellem dette selskab og det originalmedicinproducerende selskab. Disse omkostninger er således betalt i direkte tilknytning til et sådant forlig. Når det generikaproducerende selskabs procesomkostninger er fastlagt af forligsparterne, kan Kommissionen som følge heraf kun konstatere, at de har tilskyndende karakter, ved at godtgøre, at de er uforholdsmæssige (jf. præmis 279 ovenfor).
- 531 Til gengæld er visse omkostninger, som påhviler det generikaproducerende selskab, umiddelbart for perifere i forhold til tvisten og dens bilæggelse, til, at de kan anses for at være forbundet med den mindelige bilæggelse af en patenttvist. Det drejer sig f.eks. om omkostningerne til fremstilling af de patentkrænkende produkter, nærmere bestemt værdien af beholdningen af de nævnte produkter, samt de forsknings- og udviklingsomkostninger, der er afholdt for at udvikle disse produkter. Det samme gælder for beløb, som det generikaproducerende selskab skal betale til tredjeparter på grund af kontraktlige forpligtelser, der ligger uden for tvisten (f.eks. leveringskontrakter). Hvis aftaleparterne vil undgå, at betalingen af disse omkostninger kvalificeres som incitament og indicium for, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, er de derfor nødt til at godtgøre, at omkostningerne er

forbundet med tvisten eller dens bilæggelse, hvorefter de skal begrunde deres størrelse. De kan i samme øjemed gøre gældende, at godtgørelsen af disse udgifter, der ikke umiddelbart er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, er af ubetydelig størrelse og dermed utilstrækkelig til at udgøre et væsentligt incitament til at acceptere de konkurrencebegrænsende klausuler, der er fastsat i forligsaftalen (jf. præmis 280 ovenfor).

- 532 I det foreliggende tilfælde fremgår incitamentet for så vidt angår Niche-aftalen, og som Kommissionen med rette anførte i 1322. betragtning til den anfægtede afgørelse, klart af ordlyden af aftalen, som i artikel 13 bestemmer, at »[s]om modydelse for [de i aftalen fastsatte] tilsagn og for de betydelige omkostninger og [det] potentielle ansvar, som Niche og Unichem eventuelt måtte bære som følge af indstillingen af deres program til udvikling af perindopril fremstillet efter den [omtvistede] proces, udbetaler Servier [...] et beløb på 11,8 mio. GBP til Niche og til Unichem«. Det fremgår således udtrykkeligt af denne artikel, at betalingen vedrører de omhandlede tilsagn i form af ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler.
- 533 Denne fortolkning af Niche-aftalens tekst berøres desuden ikke af sagsøgernes anbringende om, at udtrykket »som modydelse for« er en standardformulering i engelsk ret, som anvendes for at give udtryk for den gensidighed, som er nødvendig for, at en kontrakt er gyldig. Selv om det heraf udledes, at dette udtryk er af stilistisk karakter og ikke bør tillægges nogen betydning, har sagsøgerne ikke desto mindre selv erkendt, at denne formulering giver udtryk for gensidigheden og dermed for den omstændighed, at det beløb, der er fastsat i Niche-aftalens artikel 13, udgør en modydelse for de forpligtelser, som Niche blev pålagt ved den nævnte aftale.
- 534 Denne fortolkning af Niche-aftalen afkræftes heller ikke af den hævdede ulige fordeling mellem de risici, som bæres af det originalmedicinproducerende selskab, og de risici, som det generikaproducerende selskab udsættes for, eller af Niches angivelige forhandlingsevner. En sådan ulige risikofordeling samt det generikaproducerende selskabs forhandlingsevner kan ganske vist være med til at forklare, hvorfor det originalmedicinproducerende selskab kan ledes til at foretage store omvendte betalinger til det generikaproducerende selskab. Formålet med at udbetale et stort beløb er netop at undgå enhver – selv ganske lille – risiko for, at generikaproducerende selskaber kan indtræde på markedet, hvilket bekræfter, at det originalmedicinproducerende selskab købte sig til at holde disse selskaber uden for markedet. Det skal desuden 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 dom af 8.7.2004, Corus UK mod Kommissionen, T-48/00, EU:T:2004:219, præmis 73, og af 8.7.2004, Dalmine mod Kommissionen, T-50/00, EU:T:2004:298, præmis 81), navnlig ikke når det drejer sig om at betale reelle eller potentielle konkurrenter for, at de holder sig uden for markedet (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 379 og 380).
- 535 I det foreliggende tilfælde er det i øvrigt uden betydning, at det fremgår af den nævnte artikel i Niche-aftalen, at udbetalingen af beløbet på 11,8 mio. GBP er en modydelse ikke bare for ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne, men også for andre omkostninger, eftersom denne anden kompensation ikke rejser tvivl om, at sagsøgerne købte sig til de pågældende konkurrencebegrænsende klausuler, og dermed om, at Niche havde et incitament til at underkaste sig disse klausuler.
- 536 Disse andre omkostninger, der i Niche-aftalen var beskrevet som de »betydelige omkostninger og [det] potentielle ansvar, som Niche og Unichem eventuelt måtte bære som følge af indstillingen af deres program til udvikling af perindopril fremstillet efter den [omtvistede] proces«, svarede, som Niche oplyste under den administrative procedure (1326. betragtning til den anfægtede afgørelse), og som sagsøgerne selv har anført i deres skriftlige indlæg, til Niches omkostninger til udvikling af perindopril og til den godtgørelse, der skulle ydes til Niches kunder som følge af tilsidesættelsen af dette selskabs

kontraktlige forpligtelser i denne henseende. Sådanne omkostninger er imidlertid ikke umiddelbart forbundet med den mindelige bilæggelse af en patenttvist (jf. præmis 531 ovenfor), og sagsøgerne har ikke godtgjort, at de er forbundet med den forligsaftale, der blev indgået i det foreliggende tilfælde.

- 537 Det skal navnlig bemærkes, at selv om Niches kunder, som sagsøgerne i det væsentlige har gjort gældende, ikke ville have haft ret til godtgørelser, hvis Niche havde videreført sagen mod sagsøgerne, er sådanne godtgørelser i det foreliggende tilfælde for perifere i forhold til tvisten og dens bilæggelse, til, at de kan betragtes som omkostninger, der er forbundet med denne bilæggelse, eftersom sådanne godtgørelser ifølge sagsøgerne skulle ydes i tilfælde af »frivillig indstilling af projektet«, hvor de opsagde kontrakterne med deres kunder, og Niche-aftalen gav Niche mulighed for at suspendere kontraktforholdet med selskabets kunder i stedet for at bringe det til ophør (Niche-aftalens artikel 11). Sagsøgerne indrømmede i øvrigt selv i retsmødet, at det kunne have været nødvendigt at udbetale de omhandlede godtgørelser til Niches kunder uafhængigt af Niche-aftalen. Det kan i øvrigt bemærkes, at de oplysninger, som sagsøgerne har fremlagt med henblik på at anfægte disse godtgørelses beløb, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse anslog til 1,3 mio. GBP (1335. betragtning), ikke er fyldestgørende, eftersom de henviser til lavere beløb eller alene til krav om højere beløb.
- 538 Med hensyn til de »juridiske udgifter«, der er nævnt i den anfægtede afgørelse (1334. betragtning), forklarede Niche under den administrative procedure, at der var tale om udgifter til juridisk rådgivning, som indgik i udviklingsomkostningerne (601. betragtning til den anfægtede afgørelse), der som tidligere nævnt ikke er forbundet med forliget (jf. præmis 531 ovenfor), hvorimod sagsøgerne har beskrevet dem som »advokat- og patentudgifter«, som kan henføres til procesomkostningerne i forbindelse med forliget (jf. præmis 530 ovenfor). Selv hvis det antages, at det beløb på 1,1 mio. GBP, der angiveligt udgør »advokat- og patentudgifter«, svarer til procesomkostninger, som det i princippet kan være lovligt at refundere i medfør af et forlig, kan dette beløb imidlertid ikke henføres til omkostningerne i forbindelse med den forligsaftale, der blev indgået i det foreliggende tilfælde. Det fremgår nemlig af sagsøgernes argumenter og af de dokumenter, som de har fremlagt, at de pågældende omkostninger vedrørte en periode frem til udgangen af 2003, dvs. før de tvister mellem Niche og sagsøgerne (jf. præmis 11, 13 og 16 ovenfor), som Niche-aftalen bragte til ophør, var opstået.
- 539 Det kan for fuldstændighedens skyld tilføjes, at selv om dette beløb på 1,1 mio. GBP lægges oven i udviklingsomkostningerne og godtgørelserne til Niches kunder, som Kommissionen anslog til henholdsvis 1,2 og 1,3 mio. GBP i den anfægtede afgørelse (1336. betragtning), hvilket sagsøgerne ikke med føje har anfægtet (jf. bl.a. præmis 537 ovenfor), vil det samlede beløb (3,6 mio. GBP) være væsentligt lavere end 11,8 mio. GBP.
- 540 Det følger heraf, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse med føje lagde til grund (1348. betragtning), at Niche-aftalen indeholdt et incitament for Niche til at underkaste sig de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der var fastsat i den nævnte aftale, og at den ikke, som sagsøgerne har anført (jf. præmis 513 ovenfor), også skulle efterprøve, om disse klausuler ville have været mindre konkurrencebegrænsende uden denne tilskyndende betaling. For at konstatere, at der forekommer et incitament til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, er det nemlig tilstrækkeligt, at der findes sådanne klausuler, uanset hvor konkurrencebegrænsende de er, og at det undersøges, hvilke omkostninger der dækkes af den pågældende værdioverførsel (jf. præmis 528-531 ovenfor).
- 541 Klagepunktet om, at Kommissionen foretog et urigtigt skøn, da den bekræftede, at det beløb, der blev betalt til Niche i medfør af Niche-aftalen, svarede til mere end ti års forventet omsætning og mere end tyve års forventet bruttofortjeneste, må som følge heraf ligeledes forkastes som irrelevant (jf. præmis 514 ovenfor). Hvis det antages, at Kommissionen foretog et sådant urigtigt skøn, påvirker det nemlig ikke kvalificeringen af værdioverførslen fra sagsøgerne til Niche som et incitament, eftersom det fremgår af præmis 536-538 ovenfor, at denne værdioverførsel ikke dækkede omkostninger, der var

forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, og at det i øvrigt ikke hævdes og heller ikke er godtgjort, at denne overførsels størrelse var ubetydelig og dermed utilstrækkelig til, at der kunne være tale om et incitament.

542 Med hensyn til det yderligere incitament, der fulgte af det beløb, som Niche modtog i medfør af Biogaran-aftalen (1349.-1354. betragtning til den anfægtede afgørelse), må det i øvrigt som præciseret i præmis 798-810 nedenfor fastslås, at den omstændighed, at en handelsaftale, som normalt ikke tilsigter at bilægge en tvist, og hvorved der overføres en værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, tilknyttedes en forligsaftale, som indeholder konkurrencebegrænsende klausuler, udgør et vigtigt indicium for, at der foreligger en »omvendt betaling«, dvs. en værdioverførsel, for hvilken der ikke findes nogen egentlig modydelse i forbindelse med denne tilknyttede handelsaftale (jf. præmis 804 nedenfor), og hvor betalingen derfor ligeledes udgør en tilskyndende fordel, hvis den ikke har til formål at kompensere for omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten. Såfremt Kommissionen har fremført indicier eller beviser, som kan bestyrke et sådant vigtigt indicium og dermed godtgøre, at der foreligger en omvendt betaling, kan aftaleparterne fremlægge deres version af de faktiske omstændigheder, idet de skal underbygge deres argumenter med de oplysninger, som de kan fremlægge, og som gør det muligt at fastslå, at handelsaftalen, selv om den er knyttet til forligsaftalen, er begrundet af andre forhold end udelukkelsen af en konkurrent ved omvendt betaling.

543 I det foreliggende tilfælde fremlagde Kommissionen en række beviser for, at der var en forbindelse mellem Niche-aftalen og Biogaran-aftalen, og at der ikke var nogen sammenhæng mellem den værdioverførsel, der var fastsat i Biogaran-aftalen, og de forpligtelser, som Niche blev pålagt ved den nævnte aftale. Den tog på den ene side hensyn til, at aftalerne blev forhandlet i samme periode og indgået samme dag mellem de samme virksomheder, samt at der ifølge begge aftaler skulle foretages en betaling i to rater, som var fastsat til de samme datoer. På den anden side har sagsøgerne ganske vist anført, at der ikke var nogen forbindelse mellem de to aftaler, men Niche har oplyst, at sagsøgerne havde tilbudt Biogaran-aftalen for at give Niche »hele den aftalte kompensation til gengæld for indgåelsen af det samlede forlig med Servier«. En e-mail af 4. februar 2004 fra Biogarans advokat, hvoraf det fremgik, at »i betragtning af det omhandlede beløb er vi nødt til at have yderligere rettigheder over andre produkter og en vis frihed i forhold til produktudbuddet«, fortolkede Kommissionen således, at det beløb, der skulle overføres til Niche, var blevet fastsat, inden parterne var enedes om anvendelsesområdet for de produkter, der var omfattet af Biogaran-aftalen. Kommissionen fastslog ligeledes, at det fremgik af bestemmelserne i Biogaran-aftalen og navnlig af artikel 14.4 og 14.5 heri, at denne aftale automatisk ville blive ophævet, hvis der ikke var opnået markedsføringstilladelse inden for en frist på 18 måneder, uden at Biogaran havde krav på godtgørelse fra Niche, hvilket ikke var bestemt i andre aftaler, som Biogaran havde indgået om erhvervelse af masterfiles vedrørende produkter. Kommissionen pegede endelig på, at Biogaran med en enkelt undtagelse ikke havde opnået markedsføringstilladelse på grundlag af de masterfiles, som Niche havde overdraget, og at Biogarans omsætning i forbindelse med Biogaran-aftalen udgjorde mellem 100 000 og 200 000 EUR.

544 Sagsøgerne har ikke fremført argumenter, der rejser tvivl om denne analyse, bortset fra et klagepunkt om, at Kommissionen ikke tog hensyn til Biogarans interesse i at indgå Biogaran-aftalen. Ud over at en sådan interesse ikke kan betragtes som en tilstrækkelig begrundelse for størrelsen af den værdioverførsel, der var fastsat i Biogaran-aftalen, kan det bemærkes, at 1351. betragtning til den anfægtede afgørelse indeholder en række konstateringer, der rejser tvivl om, hvorvidt Biogaran havde en sådan interesse. Ifølge disse konstateringer, som sagsøgerne ikke har bestridt, var det beløb, som Biogaran skulle overføre til Niche, nemlig blevet aftalt, inden Niche og Biogaran var enedes om de produkter, der var omfattet af Biogaran-aftalen, og denne aftale kunne opsiges af parterne inden for en frist på 18 måneder, uden at nogen af dem havde ret til en godtgørelse, og der skulle ikke foretages nogen betaling til Biogaran, hvis der ikke blev opnået markedsføringstilladelse inden for en bestemt frist. Kommissionen kunne derfor med rette fastslå, at Biogaran-aftalen udgjorde et yderligere incitament for Niche til at acceptere de konkurrencebegrænsende klausuler i Niche-aftalen.

545 Hvad angår sagsøgernes påstand om, at Retten lader dem få fordel af enhver annullation af den anfægtede afgørelse eller af enhver nedsættelse af bødebøbet, som Biogaran måtte opnå i forbindelse med sag T-677/14, skal der henvises til præmis 89-99 ovenfor.

546 Med hensyn til Matrix-aftalen skal det bemærkes, at denne aftales artikel 9 minder om Niche-aftalens artikel 13, og at de argumenter, der er rettet mod Kommissionens vurderinger vedrørende Matrix-aftalen, ligesom argumenterne om Niche-aftalen som følge heraf må forkastes med samme begrundelse. Med hensyn til det argument, der specifikt er rettet mod Kommissionens analyse af Matrix-aftalen, og hvorefter Matrix ligeledes er berørt af godtgørelserne til Niches kunder, eftersom Matrix hæfter solidarisk med Niche, skal det påpeges, at sådanne omkostninger ikke kan betragtes som omkostninger forbundet med den mindelige bilæggelse af en tvist (jf. præmis 531 ovenfor) og dermed begrunde den værdioverførsel, som var fastsat i Matrix-aftalen, i og med at hverken sagsøgerne eller Matrix har været i stand til at godtgøre, at beløbet på 11,8 mio. GBP svarede til sådanne omkostninger eller til andre omkostninger forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten.

547 Det følger heraf, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. 1452., 1453., 1463., 1464. og 1467. betragtning) ligeledes med føje lagde til grund, at Matrix-aftalen indeholdt et incitament for Matrix til at underkaste sig de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der var fastsat i den nævnte aftale.

ii) Argumentet om, at ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne ikke var tilstrækkeligt skadelige

548 Det bemærkes, at sagsøgerne ikke har bestridt, at der fandtes ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler i Niche- og Matrix-aftalerne.

549 I henhold til de ikke-anfægtelsesklausuler, der var indeholdt i Niche- og Matrix-aftalerne, skulle disse to selskaber afholde sig fra at anlægge søgsmål med påstand om ugyldighed af patent 339, 340, 341, 689, 947 og 948 eller om, at det blev fastslået, at der ikke forelå en krænkelse af disse patenter, og Niche skulle i øvrigt trække sine indsigelser mod patent 947 og 948 for EPO tilbage (Niche-aftalens artikel 7 og 8 og Matrix-aftalens artikel 5). I henhold til de ikke-markedsføringsklausuler, der var indeholdt i Niche- og Matrix-aftalerne, skulle disse to selskaber afholde sig fra at fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere, råde over eller foretage en handling, der kunne krænke patent 339-341 vedrørende perindopril (Niche-aftalens artikel 3 og Matrix-aftalens artikel 1). De skulle ligeledes undlade at ansøge om markedsføringstilladelser for perindopril (Niche-aftalens artikel 10 og Matrix-aftalens artikel 6) og var forpligtet til at opsigte eller udsætte de kontrakter om perindopril, som de havde indgået med tredjeparter (Niche-aftalens artikel 11 og Matrix-aftalens artikel 7).

550 Sagsøgerne har imidlertid bestridt, at de ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, der var indeholdt i Niche- og Matrix-aftalerne, var tilstrækkeligt skadelige eller mærkbare.

551 De har i denne forbindelse for det første gjort gældende, at ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne var forbundet med forligsaftalerne.

552 Selv om ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne faktisk er nødvendige for at kunne bilægge visse patenttvister i mindelighed (jf. præmis 259 ovenfor), skal det påpeges, at sådanne klausuler bliver ulovlige og tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår, når det er incitamentet – såsom det her omhandlede – og ikke parternes anerkendelse af de pågældende patenters gyldighed, der er den egentlige grund til de konkurrencebegrænsninger, som de nævnte klausuler indfører (jf. præmis 270 ovenfor).

- 553 Som svar på sagsøgernes argument om, at den mistede chance for at vinde en retssag, som følger af ikke-anfægtelsesklausulen, ikke er tilstrækkelig til at kvalificere en aftale, der har til formål at bilægge en reel tvist i mindelighed, som en aftale med konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 505 ovenfor), skal det ligeledes fremhæves, at ikke-anfægtelsesklausulen ikke som sådan hindrer en indtræden på markedet, men bl.a. hindrer, at der anlægges sager for at »bane vejen« for en lancering med risiko og dermed for at anvende et af de tiltag, der skal muliggøre en sådan indtræden på markedet (jf. ligeledes punkt 257 ovenfor). Det skal ligeledes påpeges, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde kvalificerede ikke blot de ikke-anfægtelsesklausuler, der var indeholdt i Niche- og Matrix-aftalerne, men også disse aftaler som helhed, der omfattede både ikke-anfægtelsesklausuler og ikke-markedsføringsklausuler samt et incitament til at underkaste sig sådanne klausuler, som aftaler med konkurrencebegrænsende formål (1375. og 1481. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 554 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at de ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, der var indeholdt i Niche- og Matrix-aftalerne, ikke var tilstrækkeligt skadelige, for så vidt som deres virkninger fulgte af de pågældende patenters forekomst og ikke af disse aftalers indhold.
- 555 Det skal herved bemærkes, at det generikaproducerende selskabs incitament til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler er tilstrækkeligt til, at der kan konstateres et konkurrencebegrænsende formål, selv om forligsaftalen indeholder klausuler, hvis rækkevidde ikke overstiger det omtvistede patents (jf. præmis 273 ovenfor). Selv om ikke-markedsføringsklausulerne, som sagsøgerne har gjort gældende, ikke forhindrede Niche og Matrix i at indtræde på markedet med et ikke-patentkrænkende produkt og var begrænset til virkningerne af et påbud vedrørende krænkelse af de pågældende patenter, eller bl.a. takket være det beløb, der blev modtaget i forbindelse med værdioverførslen, gjorde det muligt for dem og deres partnere at udvikle et nyt ikke-patentkrænkende perindopril-projekt (jf. præmis 506 ovenfor), indebar de ikke desto mindre, at Niche- og Matrix-aftalerne havde konkurrencebegrænsende formål.
- 556 Sagsøgerne har for det tredje bestridt, at ikke-anfægtelsesklausulerne var tilstrækkeligt skadelige, med henvisning til, at de kun vedrørte én af alle de indsigere, der havde fremsat indsigelse mod patent 947 for EPO, og ikke havde nogen betydning for de øvrige generikaproducerende selskaber, fordi tvisten kun vedrørte krænkelsen.
- 557 Det må fastslås, at selv om sådanne anbringender om, at Niche- og Matrix-aftalerne udelukkende havde virkninger for de generikaproducerende selskaber, der var parter i disse aftaler, måtte være korrekte, rejser de ikke tvivl om, at de nævnte selskaber, der havde accepteret ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler til gengæld for en tilskyndende værdioverførsel, blev udelukket fra markedet, og dermed at de omhandlede aftaler var tilstrækkeligt skadelige, hvilket gør det overflødigt at undersøge deres konkrete virkninger.
- 558 Det følger heraf, at Kommissionen ikke med urette fastslog, at Niche- og Matrix-aftalerne havde konkurrencebegrænsende formål.
- 559 Denne konklusion drages ikke i tvivl af de urigtige skøn, som Kommissionen angiveligt begik, da den gjorde rede for Niche- og Matrix-aftalernes økonomiske og retlige sammenhæng og tog hensyn til parternes subjektive hensigter.
- 560 Sagsøgernes argument om, at parterne i Niche- og Matrix-aftalerne ikke havde nogen konkurrencebegrænsende hensigt og forfulgte lovlige mål, som bl.a. var årsag til, at Niche tog initiativ til at kontakte sagsøgerne, kan nemlig ikke rejse tvivl om, at der forekom en tilskyndende fordel, eller at de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der fandtes i aftalerne, var af konkurrencebegrænsende karakter. Selv hvis det antages, at de pågældende argumenter hviler på fastslåede faktiske omstændigheder, kan de som følge heraf og under alle omstændigheder ikke ændre Kommissionens kvalificering af Niche- og Matrix-aftalerne som aftaler med konkurrencebegrænsende formål.

- 561 Det skal ligeledes tilføjes, at parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en type af samordning mellem virksomheder (jf. præmis 222 ovenfor).
- 562 Når der forelå ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, og der ikke var rejst begrundet tvivl om, at disse klausuler i sagens natur var konkurrencebegrænsende, kunne Kommissionen endvidere – da den havde konstateret, at der forekom et incitament – med rette anse Niche- og Matrix-aftalerne for at være aftaler om udelukkelse fra markedet, som derfor forfulgte et konkurrencebegrænsende formål. Ifølge fast retspraksis kan den omstændighed alene, at en aftale ligeledes forfølger lovlige mål, imidlertid ikke hindre, at den kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 222 ovenfor).
- 563 Hvad angår de urigtige skøn, som Kommissionen angiveligt begik, da den tog hensyn til Niche- og Matrix-aftalernes økonomiske og retlige sammenhæng, må det konstateres, at sagsøgerne i denne forbindelse har gentaget deres argumenter mod Niches og Matrix' evne til og hensigt om at indtræde på markedet, navnlig henset til sagsøgernes patenter og tvisterne om de nævnte patenter og til Niches økonomiske og lovgivningsmæssige vanskeligheder (jf. præmis 507 og 519 ovenfor). Da disse argumenter er blevet undersøgt og forkastet i forbindelse med anbringendet om, at Niche og Matrix ikke var potentielle konkurrenter (jf. præmis 432-501 ovenfor), kan de ikke rejse tvivl om Niche- og Matrix-aftalernes konkurrencebegrænsende formål.
- 564 Det følger af det ovenfor anførte, at anbringendet om retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål må forkastes i det hele.

c) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende virkning

- 565 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen begik retlige fejl og foretog urigtige skøn i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende virkning.
- 566 Det skal påpeges, at såfremt visse dele af begrundelsen for en afgørelse i sig selv i tilstrækkelig grad begrundes denne, er det under alle omstændigheder uden betydning for afgørelsens konklusion, at andre dele af begrundelsen måtte være behæftet med fejl. I øvrigt bemærkes, at hvis konklusionen i en kommissionsafgørelse støttes på flere begrundelser, som hver især udgør et tilstrækkeligt grundlag for denne konklusion, skal Retten i princippet kun annullere denne afgørelse, hvis hver enkelt af disse begrundelser er ulovlig. I et sådant tilfælde kan en fejl eller en anden ulovlighed, der kun påvirker en enkelt af disse begrundelser, ikke bevirke, at den omtvistede afgørelse må annulleres, hvis den i det konkrete tilfælde ikke har haft nogen bestemmende betydning for den konklusion, institutionen er nået til (jf. dom af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 42 og 43 samt den deri nævnte retspraksis).
- 567 Som bemærket i præmis 219 ovenfor, er det ved vurderingen af, om en aftale er forbudt i medfør af artikel 101, stk. 1, TEUF, imidlertid ikke nødvendigt at tage hensyn til dens konkrete virkninger, når det fremgår, at den har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.
- 568 Når Kommissionen konstaterer, at der er begået en overtrædelse, på grundlag af både et konkurrencebegrænsende formål og en konkurrencebegrænsende virkning, har en fejl, der gør begrundelsen om, at der foreligger en konkurrencebegrænsende virkning, ulovlig, under alle omstændigheder ikke nogen bestemmende betydning for den konklusion, som Kommissionen er nået til i sin afgørelse, eftersom begrundelsen om, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, hvilket i sig selv er tilstrækkeligt til, at der kan konstateres en overtrædelse, ikke er ulovlig.

569 Det følger i det foreliggende tilfælde af undersøgelsen af anbringendet om retlige fejl og urigtige skøn vedrørende Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen havde begået en fejl, da den i den anfægtede afgørelse konkluderede, at de pågældende aftaler havde til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

570 Dette anbringende må derfor forkastes som irrelevant.

7. Aftalen med Teva

a) Tevas status som potentiel konkurrent

[udelades]

b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Teva-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende formål

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

643 Det er nødvendigt at undersøge sagsøgernes argumenter om, at der i Teva-aftalen er dels en tilskyndende fordel i forhold til Teva, dels en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab, og at det må konstateres, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, når disse betingelser er opfyldt (jf. præmis 272 ovenfor). For så vidt som afgørelsen af, om der forekom en tilskyndende fordel, i det foreliggende tilfælde afhænger af afgørelsen af, om visse klausuler i Teva-aftalen var konkurrencebegrænsende, skal de klagepunkter, der er rettet mod vurderingen af klausulerne i denne aftale, undersøges først, efterfulgt af de klagepunkter, der er rettet mod vurderingen af den værдиоoverførsel, der var fastsat i den nævnte aftale. Det subsidiære klagepunkt om varigheden af den overtrædelse, som sagsøgerne blev lagt til last i forbindelse med Teva-aftalen, vil blive undersøgt til sidst.

i) Argumentet om, at det generikaproducerende selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab ikke blev begrænset

644 Indledningsvis skal sagsøgernes argumenter om de retlige fejl, som Kommissionen begik, og de urigtige skøn, som den foretog, da den kvalificerede Teva-aftalen som en aftale med konkurrencebegrænsende formål, selv om dens potentielle virkninger var konkurrencefremmende, og dens konkurrencebegrænsende virkninger var rent hypotetiske, forkastes (jf. præmis 634 ovenfor). Det skal bemærkes, at Kommissionen og retten ved undersøgelsen af en aftales konkurrencebegrænsende formål og navnlig ved undersøgelsen af dens økonomiske og retlige sammenhæng ikke kan se fuldstændig bort fra denne aftales potentielle virkninger (jf. den retspraksis, der er nævnt i præmis 304 ovenfor). Det fremgår imidlertid også af retspraksis, at afgørelsen af, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, ikke – bl.a. under dække af undersøgelsen af den pågældende aftales økonomiske og retlige sammenhæng – må foranledige en vurdering af denne aftales virkninger, da den sondring mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning, der er indført ved artikel 101, stk. 1, TEUF, ellers vil miste sin effektive virkning (jf. præmis 221 ovenfor). Når det efterprøves, om en aftale specifikt kan have de konkurrencebegrænsende virkninger, som kendetegner aftaler med konkurrencebegrænsende formål, skal undersøgelsen af aftalens potentielle virkninger

således begrænses til virkninger, som følger af de omstændigheder, der objektivt kunne forudses på tidspunktet for den nævnte aftales indgåelse (jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse ING Pensii, C-172/304, EU:C:2015:272, punkt 84; jf. i denne retning også dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 80-82). I det foreliggende tilfælde er de hævdede potentielle virkninger, uanset om de er ikke-konkurrencebegrænsende eller konkurrencefremmende, baseret på hypotetiske omstændigheder, som altså ikke kunne forudses på tidspunktet for Teva-aftalens indgåelse, såsom EPO's afgørelse om gyldigheden af patent 947 eller andre generikaproducerende selskabers indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige, og som der ikke kunne tages hensyn til ved undersøgelsen af det konkurrencebegrænsende formål (jf. ligeledes præmis 667 og 668 nedenfor).

- 645 Hvad dernæst angår argumenterne om, at Teva-aftalens klausuler ikke i sig selv var konkurrencebegrænsende, skal det for det første bemærkes, at selv om ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler er en naturlig del af et forlig, er det ikke til hinder for, at forligsaftaler, der indeholder sådanne klausuler, kvalificeres som aftaler med konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 273 ovenfor). Det kan tilføjes, at selv om sagsøgerne har gjort gældende, at teorien om accessoriske begrænsninger finder anvendelse på Teva-aftalen, fordi ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne i denne aftale var nødvendige og forholdsmæssige i forhold til at bilægge den pågældende tvist i mindelighed, er det allerede blevet fastslået, at denne nødvendighed og proportionalitet kunne forsvinde, hvis det blev fastslået, at der forekom et incitament til at underkaste sig sådanne klausuler (jf. præmis 291 ovenfor). Denne teori kan således kun anvendes på Teva-aftalen, hvis den værdioverførsel, der var fastsat i den nævnte aftale, ikke var af tilskyndende karakter (jf. præmis 679-699 ovenfor).
- 646 Det må for det andet fastslås, at sagsøgernes argumenter ikke kan rejse tvivl om, at den ikke-anfægtelsesklausul, der fandtes i Teva-aftalen, var konkurrencebegrænsende.
- 647 I henhold til denne klausul forpligtede Teva sig til ikke at anfægte patent 947 og 339-341 i Det Forenede Kongerige i Teva-aftalens løbetid, hvilket ikke var til hinder for, at selskabet gjorde indsigelse mod disse patenter for EPO (Teva-aftalens artikel 2.4).
- 648 Kommissionen fastslog i den anfægtede afgørelse, at denne ikke-anfægtelsesklausul havde to vigtige konsekvenser: for det første, at Teva blev forhindret i at godtgøre, at det produkt, som selskabet påtænkte at markedsføre, ikke var patentkrænkende, og for det andet, at det var umuligt at foretage en objektiv retlig undersøgelse af gyldigheden af sagsøgernes patenter i Det Forenede Kongerige (1546. betragtning).
- 649 Det skal indledningsvis bemærkes, at sagsøgerne ikke har bestridt den førstnævnte konsekvens af den ikke-anfægtelsesklausul, der var indeholdt i Teva-aftalen, men har anført, at enhver ikke-anfægtelsesklausul, der indgår i en forligsaftale, har en sådan konsekvens (jf. præmis 625 ovenfor). I denne forbindelse skal det imidlertid påpeges, at den omstændighed, at forliget er forbundet med en sådan klausul, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at udelukke, at der konstateres et konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 273 og 645 ovenfor).
- 650 Det må dernæst fastslås, at det i det foreliggende tilfælde er uden betydning, at ikke-anfægtelsesklausulen kun vedrører tvister i Det Forenede Kongerige og ikke tvister for EPO, eftersom Teva-aftalens territoriale anvendelsesområde er begrænset til Det Forenede Kongerige, hvor enhver anfægtelse af gyldigheden af patent 947 og af procespatenterne er forbudt. Det skal herved bemærkes, at en aftale kan kvalificeres som en aftale med konkurrencebegrænsende formål, selv om dens territoriale anvendelsesområde er begrænset til én medlemsstat (jf. i denne retning dom af 24.9.2009, Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen, C-125/07 P, C-133/07 P og C-37/07 P, EU:C:2009:576, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).

- 651 Hertil kommer, at selv om ikke-anfægtelsesklausulen, som sagsøgerne har gjort gældende, ikke kan påvirke den sag om tilbagekaldelse af patent 947, som et af Tevas datterselskaber har anlagt i Det Forenede Kongerige, og som er blevet udsat i afventning af, at der træffes endelig afgørelse i indsigelsesproceduren for EPO, der ikke er omfattet af Teva-aftalen, er denne klausul i hvert fald til hinder for, at der anlægges andre søgsmål med påstand om, at dette patent kendes ugyldigt, i Teva-aftalens samlede løbetid, og ifølge den nævnte aftales artikel 2.4 vedrører dette forbud både Teva UK Ltd og dets datterselskaber og både direkte søgsmål og enhver bistand til tredjeparter med henblik på at få sagsøgernes patenter underkendt. I det foreliggende tilfælde er det derfor irrelevant, at Teva, som sagsøgerne hævder, deltog aktivt i indsigelsesproceduren for EPO, bl.a. ved at fremsende de afgørelser, som retsinstanserne i Det Forenede Kongerige havde truffet om gyldigheden af patent 947 (jf. præmis 635 ovenfor).
- 652 Det kan i øvrigt ikke foreholdes Kommissionen, at den ikke godtgjorde, at der var god grund til at rejse tvivl om gyldigheden af sagsøgernes procespatenter (jf. præmis 635 ovenfor). Der kræves nemlig ikke et sådant bevis for at godtgøre, at en ikke-anfægtelsesklausul er konkurrencebegrænsende, hvilket er tilfældet, når der ikke er reelle og konkrete muligheder for at overvinde de hindringer, som er forbundet med patenterne, og sådanne muligheder kan være til stede, uden at det sandsynliggøres, at sagsøgeren vil få medhold i det søgsmål, hvor der er nedlagt påstand om de pågældende patenters ugyldighed (jf. præmis 368 ovenfor).
- 653 Sagsøgernes argument om, at ikke-anfægtelsesklausulen ikke forhindrede tredjeparter i at anfægte deres patenter, er endelig ikke relevant (jf. præmis 635 ovenfor). Et sådant argument om, at Teva-aftalen kun havde potentielle virkninger for dette generikaproducerende selskab, rejser nemlig ikke som sådan tvivl om, at den ikke-anfægtelsesklausul, der var indeholdt i Teva-aftalen, var konkurrencebegrænsende (jf. ligeledes præmis 556 og 557 ovenfor).
- 654 Det må for det tredje fastslås, at Kommissionen med rette kvalificerede den eksklusive købsklausul som konkurrencebegrænsende.
- 655 Denne klausul, der er fastsat i Teva-aftalens artikel 3, har følgende ordlyd:

»3. Eksklusiv købsforpligtelse

3.1. I denne aftales løbetid skal Teva købe den samlede mængde perindopril, som selskabet selv og dets datterselskaber behøver for at kunne levere dette produkt eller stille det til rådighed i Det Forenede Kongerige, udelukkende hos Servier eller hos dette selskabs datterselskaber.

[...]

3.3. Teva skal afholde sig fra aktivt at sælge eller promovere produktet over for kunder uden for Det Forenede Kongerige og sørge for, at dets datterselskaber heller ikke gør dette.

3.4. Med forbehold af Serviers eller dets datterselskabers modtagelse af Tevas bekræftede ordrer på de nedenfor anførte mængder af produktet afgivet på ordredatoerne eller før skal Servier eller dets datterselskaber levere følgende mængder af produktet til Teva senest på de nedenfor anførte datoer:

3.4.1. 150 000 (et hundrede og halvtreds tusind) pakninger med 30 tabletter a 2 mg frem til den 1. august 2006 og i de efterfølgende måneder 75 000 (femoghalvfjerds tusind) tilsvarende pakninger pr. måned

3.4.2. 240 000 (to hundrede og fyrre tusind) pakninger med 30 tabletter a 4 mg frem til den 1. august 2006 og i de efterfølgende måneder 120 000 (et hundrede og tyve tusind) tilsvarende pakninger pr. måned

3.4.3. 80 000 (firs tusind) pakninger med 30 tabletter a 8 mg frem til den 1. januar 2007 (eller en anden dato, som parterne aftaler indbyrdes) og i de efterfølgende måneder 40 000 (fyrre tusind) tilsvarende pakninger pr. måned.

[...]

3.8. Såfremt der i en hvilken som helst måned i denne aftales løbetid indtræffer følgende:

3.8.1. Servier fra Teva har modtaget bekræftede ordrer på produktet til levering i Det Forenede Kongerige i løbet af denne måned, og disse bekræftede ordrer er afgivet på de relevante ordredatoer eller før, og

3.8.2. Servier og dets datterselskaber har ikke inden for ti hverdage efter den relevante leveringsdato leveret den samlede mængde af produktet, som Teva har bestilt, i overensstemmelse med bestemmelserne i klausul 3.4 og 3.8.1 til levering i løbet af denne måned

3.8.3. skal Servier i overensstemmelse med klausul 3.9 udbetale konventionalboden for denne måned til Teva, uden at Teva og dets datterselskaber har anden ret til klage (herunder ret til opsigelse) vedrørende Serviers manglende levering af produktet til Teva.

[...]«

- ⁶⁵⁶ Det skal ligeledes bemærkes, at Teva i henhold til ikke-anfægtelsesklausulen i Teva-aftalens artikel 2.3 skulle afholde sig fra i Det Forenede Kongerige at fremstille, lade fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere eller råde over generisk perindopril, uanset om denne perindopril var fremstillet efter den proces, som Teva havde skabt, og som Servier mente krænkede patent 947 og 339-341, eller krænkede disse patenter, indtil Teva-aftalens ophør eller udløb eller indtil de nævnte patenters udløb.
- ⁶⁵⁷ Kommissionen oplyste i 1552.-1555. betragtning til den anfægtede afgørelse, at for så vidt som ikke-markedsføringsklausulen (artikel 2.3) og den eksklusive købsklausul (artikel 3.1) i Teva-aftalen påvirkede Tevas konkurrenceevne eller selskabets mulighed for frit at vælge sine kilder til perindopril bestemt for markedet i Det Forenede Kongerige, måtte disse klausuler betragtes som én og samme konkurrenceklausul. Den præciserede, at det ikke havde nogen betydning, hvilken status de eventuelle alternative kilder til perindopril havde i forhold til patentet (om de var patentkrænkende eller ej), da den eksklusive købsklausul alene gav Teva mulighed for at vælge mellem kun at sælge Serviers produkt eller at modtage et pengebeløb som kompensation for manglende forsyning (en konventionalbod på 500 000 GBP pr. måned).
- ⁶⁵⁸ Det må fastslås, at de argumenter, som sagsøgerne har rettet mod denne vurdering fra Kommissionens side, er baseret på en fejlagtig fortolkning af den eksklusive købsklausul i Teva-aftalen.
- ⁶⁵⁹ Ifølge Teva-aftalen kunne der nemlig vælges mellem forsyning og betaling af en bod for manglende forsyning, eftersom det fremgik udtrykkeligt af Teva-aftalen, at der ud over forsyningspligten, som ganske vist var nævnt som sådan i artikel 3.4, fandtes en mulighed for ikke-forsyning, som ikke kunne anfægtes ved en domstol og ikke gav Teva ret til opsigelse, og som heller ikke var underlagt andre betingelser, bl.a. i form af en tidsmæssig begrænsning, end betingelsen om, at der skulle betales en bod (Teva-aftalens artikel 3.8.2, 3.8.3 og 8.3).
- ⁶⁶⁰ Det skal præciseres, at det forbud mod anfægtelse og opsigelse i tilfælde af manglende forsyning, som er fastsat i Teva-aftalens artikel 3.8.3 (herefter »uopsigeligheidsklausulen«), spiller en afgørende rolle for denne fortolkning af den eksklusive købsklausul, eftersom det erstatter den sanktion for manglende opfyldelse af en kontraktlig forpligtelse, der pålægges af en domstol eller ved kontraktforholdets ophør, med en forud fastsat økonomisk kompensation og dermed indfører et valg mellem forsyning og

godtgørelse. Det er i denne henseende uden betydning, om denne godtgørelse ydes som følge af manglende overholdelse af en forsyningspligt eller som følge af Serviers mulighed for ikke at forsyne Teva.

- 661 Dette indebærer nemlig under alle omstændigheder, som Kommissionen med rette fastslog i den anfægtede afgørelse (1559. betragtning), en mulighed for ikke-forsyning, som helt var overladt til Serviers skøn, som forhindrede Teva i at indtræde på markedet, og som ligeledes adskiller de pågældende klausuler fra de klausuler, der normalt indgår i en forsyningsaftale.
- 662 Teva var til gengæld underlagt en eksklusiv købsforpligtelse, som Kommissionen med rette betegnede som »absolut« (1588. betragtning til den anfægtede afgørelse), for så vidt som Teva ikke kunne slippe fri af den for eventuelt at forsyne sig hos andre leverandører af perindopril, uanset om produktet var patentkrænkende eller ej, og indtræde på markedet med denne perindopril, selv i tilfælde af manglende forsyninger fra Servier, eftersom Teva i henhold til uopsigelighedsklausulen ikke havde mulighed for at opsigte aftalen. Som Kommissionen med rette anførte i 1557. betragtning til den anfægtede afgørelse, forpligtede uopsigelighedsklausulen, sammenholdt med den eksklusive købsklausul, således Teva til udelukkende at forsyne sig med generisk perindopril hos Servier, og den forhindrede således Teva i at forsyne sig hos andre leverandører, herunder leverandører, som ikke krænkede Serviers patenter.
- 663 Det følger heraf, at den eksklusive købsklausul og uopsigelighedsklausulen til dels er sammenfaldende med den ikke-markedsføringsforpligtelse, der var fastsat i Teva-aftalens artikel 2.3, idet de forbyder køb og dermed salg af perindopril, som krænker de omtvistede patenter og er fremstillet af tredjeparter, men også udvider denne forpligtelse ud over de omtvistede patenter, for så vidt som de forbyder køb og salg af perindopril, som er fremstillet af tredjeparter, og som ikke krænker de omtvistede patenter.
- 664 Dette indebærer, at den eksklusive købsklausul og uopsigelighedsklausulen i Teva-aftalen som sådan i særlig grad kan forhindre forsyningen af Teva og dermed udelukke dette selskabs indtræden på markedet med en tredjeparts produkt, da denne indtræden i øvrigt allerede er udelukket såvel for sagsøgernes produkter som for produkter fra tredjeparter i henhold til den ikke-markedsføringsklausul, som var fastsat i aftalens artikel 2.3, og hvis konkurrencebegrænsende karakter sagsøgerne ikke har bestridt.
- 665 Det må desuden fastslås, at den omstændighed, at den eksklusive købsklausul – i øvrigt i lighed med ikke-markedsføringsklausulen – var begrænset til perindopril-erbumin, ikke kan rejse tvivl om deres konkurrencebegrænsende karakter (jf. præmis 626 ovenfor).
- 666 Sagsøgerne har nemlig fremhævet, at disse klausuler kun omhandlede perindopril-erbumin, og har ikke bestridt, at det produkt, som Teva havde til hensigt at markedsføre på tidspunktet for Teva-aftalens indgåelse, var perindopril-erbumin. Ikke-markedsføringsklausulen og den eksklusive købsklausul forhindrede således Teva i at indtræde på markedet med den perindopril-erbumin, som selskabet havde til hensigt at markedsføre i Teva-aftalens løbetid. Selv om Teva kunne indtræde på markedet med perindopril baseret på et andet salt end erbumin i den periode, der var omfattet af Teva-aftalen, forhindrede denne aftale derfor ikke desto mindre Teva i at konkurrere med sagsøgerne med hensyn til perindopril-erbumin og begrænsede konkurrencen i denne henseende. Det kan endvidere bemærkes, at de beviser, som sagsøgerne har fremlagt for at godtgøre, at Teva indtrådte på markedet i Det Forenede Kongerige med et andet salt end erbumin, vedrører oplysninger fra perioden efter Teva-aftalens udløb.
- 667 Sagsøgernes argumenter om den eksklusive købsklausuls potentielle ambivalente virkninger er i øvrigt ikke relevante i det foreliggende tilfælde (jf. præmis 636 ovenfor). Det skal nemlig påpeges, at der ikke kunne tages hensyn til sådanne potentielle virkninger, der i det foreliggende tilfælde er baseret på omstændigheder, som ikke kunne forudses på tidspunktet for Teva-aftalens indgåelse, ved undersøgelsen af det konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 644 ovenfor). I modsætning til, hvad

sagsøgerne har gjort gældende, kan det under alle omstændigheder ikke fastslås, at Teva-aftalens hævdede potentielle virkninger var ikke-konkurrencebegrænsende eller ligefrem konkurrencefremmende.

- 668 Såfremt EPO havde underkendt patent 947, ville Teva-aftalen nemlig have forhindret Teva i at indtræde på markedet med dets produkt eller Krkas produkt i henhold til ikke-markedsføringsklausulen, som stadig var gældende – hvilket ses af henvisningen til patenternes »udløb« i Teva-aftalens artikel 2.3, der står i modsætning til udtrykket »tilbagekaldelse« i artikel II i tillægget til Teva-aftalen – samtidig med at denne underkendelse ville have gjort det muligt at introducere potentielt patentkrænkende generiske produkter på markedet. Selv hvis det antages, at sagsøgerne i dette tilfælde forsynede Teva med generisk perindopril, hvilket de hævder (jf. præmis 616 ovenfor), ville Tevas indtræden på markedet med sagsøgernes generiske produkt desuden ikke have skabt en konkurrencesituation i forhold til sagsøgerne, og Teva ville i øvrigt ikke have været det eneste og dermed det første selskab, der trådte ind på markedet, da andre generikaproducerende selskaber som tidligere nævnt også kom ind. Såfremt EPO havde bekræftet, at patent 947 var gyldigt, ville Teva stadig ikke have kunnet forsyne sig med generisk perindopril, herunder et ikke-patentkrænkende produkt, hos andre virksomheder end sagsøgerne, og Tevas forsyning fra sagsøgerne, der i så fald var mere hypotetisk, hvilket de selv har erkendt (jf. præmis 636 ovenfor), ville heller ikke have gjort det muligt at indtræde på markedet i konkurrence med sagsøgerne. Det skal med hensyn til det sidstnævnte tilføjes, at den omstændighed, at Kommissionen fastsatte overtrædelsens ophør til det tidspunkt, hvor Teva indtrådte på markedet i Det Forenede Kongerige med sagsøgernes produkt, ikke kan fortolkes således, at Kommissionen anerkendte, at Teva indtrådte på markedet i juli 2007 i konkurrence med sagsøgerne. Kommissionen oplyste nemlig selv i den anfægtede afgørelse (2125. og 3133. betragtning), at overtrædelsens ophør blev fastsat til den 6. juli 2007 for at udvise forsigtighed og for at vælge en dato, der var gunstig for de kontraherende parter.
- 669 Sagsøgernes argumenter om, at de havde til hensigt at forsyne Teva, hvis EPO underkendte patent 947, og om Tevas mål om tidlig indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige – gerne som det første generikaproducerende selskab – har af de samme grunde ingen betydning i det foreliggende tilfælde.
- 670 Det kan endelig ikke foreholdes Kommissionen (jf. præmis 624 ovenfor), at den alene støttede sin analyse på den fortolkning af Teva-aftalen, som High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager), Det Forenede Kongerige), foretog i sin dom af 9. oktober 2008 (1572. og 1573. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 671 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen ikke foretog en urigtig bedømmelse af den eksklusive købsklausul og uopsigelighedsklausulen i Teva-aftalen, da den fastslog, at disse to klausuler, sammenholdt med ikke-markedsføringsklausulen i Teva-aftalens artikel 2.3, som helhed måtte betragtes som en »konkurrenceklausul« (1552. betragtning til den anfægtede afgørelse) og dermed som en overordnet ikke-markedsføringsforpligtelse for Teva.
- 672 Det følger heraf, at disse klausuler, i modsætning til, hvad sagsøgerne i det væsentlige har gjort gældende, ikke svarer til de klausuler, der normalt findes i en forsyningsaftale, eller til klausulerne i en eksklusiv købsaftale (jf. ligeledes præmis 661 og 662 ovenfor) og derfor ikke kan bedømmes på samme måde som de klausuler, der er indeholdt i en tillægsaftale i forbindelse med et forlig, da sådanne aftaler svarer til almindelige handelsaftaler (jf. præmis 798-808 nedenfor).
- 673 Det følger ligeledes heraf, at de argumenter, som sagsøgerne har støttet på almindelige forsyningsaftaler eller eksklusive købsaftaler, må forkastes.
- 674 Sagsøgernes bemærkning om, at sådanne aftaler er sædvane i lægemiddelsektoren, er ikke relevant i det foreliggende tilfælde, eftersom den eksklusive købsklausul i Teva-aftalen ikke svarer til de sædvanlige klausuler, som sagsøgerne har henvist til. Det bør under alle omstændigheder tilføjes, at private

virksomheders praksis, selv hvis den tolereres eller godkendes af en medlemsstats offentlige myndigheder, ikke kan være bindende for anvendelsen af traktatens konkurrenceregler (dom af 17.1.1984, VBVB og VBBB mod Kommissionen, 43/82 og 63/82, EU:C:1984:9, præmis 40).

- 675 Forordning nr. 2790/1999 er heller ikke relevant, i og med at den i henhold til artikel 2, stk. 4, ikke finder anvendelse på eksklusivaftaler, der indgås af konkurrerende virksomheder, såsom de omhandlede aftaler, der begge har til formål at markedsføre perindopril i deres eget navn. Det er nemlig blevet fastslået, at Teva var en potentiel konkurrent til sagsøgerne (jf. præmis 614 ovenfor), hvilket ikke ændres af den omstændighed, at der er indgået en aftale, som normalt indgås mellem virksomheder, der virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled.
- 676 Hvad angår Kommissionens bedømmelse af Servier-Generics-aftalen, der blev indgået mindre end et år efter Teva-aftalen, skal det bemærkes, at Kommissionen i 745. betragtning til den anfægtede afgørelse – uden at blive modsagt af sagsøgerne – konstaterede, at den eksklusive købsklausul i denne anden aftale ikke gav ret til nogen betaling eller godtgørelse i tilfælde af manglende forsyninger fra sagsøgerne. Det fremgår i øvrigt af sagsakterne, at denne klausul heller ikke var knyttet til en uopsigelighedsklausul og en ikke-markedsføringsklausul, i tilfælde af at Generics ikke udviklede konkurrerende perindopril, og de vurderinger, der vedrørte denne aftale, kan derfor ikke overføres på Teva-aftalen.
- 677 For så vidt som Kommissionen i det foreliggende tilfælde klarlagde de specifikke og problematiske aspekter af den eksklusive købsklausul i Teva-aftalen (jf. bl.a. 1553.-1574. betragtning til den anfægtede afgørelse), kan det endelig ikke udledes af den anfægtede aftale, at Kommissionen i princippet forbød enhver samtidig indgåelse af en eneforhandlingsaftale og en forligsaftale.
- 678 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen med rette fastslog, at Teva-aftalen begrænsede Tevas indsats for at konkurrere med sagsøgerne.

ii) Argumentet om, at der ikke forekom en tilskyndende fordel

- 679 Kommissionen fastslog i den anfægtede afgørelse, at det indledende beløb på 5 mio. GBP (herefter »det indledende beløb«) og konventionalboden på 500 000 GBP pr. måned, som nåede op på 5,5 mio. GBP i løbet af de 11 måneder, hvor Servier ikke sikrede forsyningerne (herefter »den endelige konventionalbod«), udgjorde et betragteligt beløb på 10,5 mio. GBP, som havde fungeret som et væsentligt incitament for Teva til at undlade at konkurrere med sagsøgerne (1622. betragtning).
- 680 Ved vurderingen af, om en omvendt betaling, dvs. en overførsel af værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, udgør et incitament til at acceptere ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausuler, skal det under hensyntagen til denne betalings karakter og begrundelse undersøges, om den dækker omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten. I den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen således med føje, om værdioverførslen svarede til de specifikke omkostninger i forbindelse med forliget, som det generikaproducerende selskab afholdt (1592.-1599. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 681 Såfremt den omvendte betaling, der er fastsat i en forligsaftale, som omfatter konkurrencebegrænsende klausuler, har til formål at kompensere for omkostninger forbundet med forliget, som afholdes af det generikaproducerende selskab, kan denne betaling i princippet anses for at være tilskyndende. Dette er dog ikke til hinder for, at det i så fald konstateres, at der foreligger et incitament og et konkurrencebegrænsende formål. Det forudsætter imidlertid, at Kommissionen godtgør, at de beløb, som svarer til disse omkostninger i forbindelse med forliget, selv om de er fastlagt og opgjort præcist af parterne i dette forlig, er for høje (jf. præmis 278 ovenfor).

- 682 De omkostninger, der er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, dækker navnlig procesomkostninger, som det generikaproducerende selskab har afholdt i forbindelse med den tvist, der verserer mellem dette selskab og det originalmedicinproducerende selskab. Disse omkostninger er således betalt i direkte tilknytning til et sådant forlig. Når det generikaproducerende selskabs procesomkostninger er fastlagt af forligsparterne, kan Kommissionen som følge heraf kun konstatere, at de har tilskyndende karakter, ved at godtgøre, at de er uforholdsmæssige (jf. præmis 279 ovenfor).
- 683 Til gengæld er visse omkostninger, som påhviler det generikaproducerende selskab, for perifere i forhold til tvisten og dens bilæggelse, til, at de kan anses for at være forbundet med den mindelige bilæggelse af en patenttvist. Det drejer sig f.eks. om omkostningerne til fremstilling af de patentkrænkende produkter, nærmere bestemt værdien af beholdningen af de nævnte produkter, samt de forsknings- og udviklingsomkostninger, der er afholdt for at udvikle disse produkter. Det samme gælder for beløb, som det generikaproducerende selskab skal betale til tredjeparter på grund af kontraktlige forpligtelser, der ligger uden for tvisten (f.eks. leveringskontrakter). Hvis aftaleparterne vil undgå, at betalingen af disse omkostninger kvalificeres som incitament og indicium for, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, er de derfor nødt til at godtgøre, at omkostningerne er forbundet med tvisten eller dens bilæggelse, hvorefter de skal begrunde deres størrelse. De kan i samme øjemed gøre gældende, at godtgørelsen af disse udgifter, der ikke umiddelbart er forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten, er af ubetydelig størrelse og dermed utilstrækkelig til at udgøre et væsentligt incitament til at acceptere de konkurrencebegrænsende klausuler, der er fastsat i forligsaftalen (jf. præmis 280 ovenfor).

– *Den endelige konventionalbod*

- 684 I modsætning til det af sagsøgerne anførte fastslog Kommissionen med føje, at den endelige konventionalbod var en betaling, som Teva modtog til gengæld for sit tilsagn om ikke at konkurrere med Servier (1588. betragtning til den anfægtede afgørelse), dvs. et incitament til at underkaste sig en ikke-markedsføringsforpligtelse. Da Kommissionen med rette antog, at den eksklusiv købsklausul og uopsigeligheidsklausulen i Teva-aftalen svarede til at pålægge en ikke-markedsføringsforpligtelse, som udelukkede Teva fra markedet (jf. præmis 671 ovenfor), og da der ifølge Teva-aftalens artikel 1.8 og 3.8.3 skulle betales en konventionalbod på 500 000 GBP pr. måned, hvis produktet ikke blev leveret, således at denne udelukkelse fra markedet blev konkretiseret, er det nemlig klart, at konventionalboden udgør en modydelse for Tevas manglende indtræden på markedet.
- 685 Sagsøgernes argument om, at konventionalboden er et klassisk kontraktinstrument i engelsk ret og svarer til det beløb, som en domstol ville have tilkendt i tilfælde af manglende opfyldelse af en forsyningspligt, er i denne henseende ikke relevant. I den foreliggende tvist kan det nemlig udledes, at der forekom et incitament, af den omstændighed, at betalingen ikke fandt sted for at kompensere for omkostninger, der var forbundet med forliget, eller i medfør af en almindelig forsyningsaftale, men som modydelse for den manglende markedsadgang, der var fastsat i de nævnte klausuler, uanset hvilket retligt værktøj der anvendtes til at foretage denne modydelse, og uanset at denne modydelse svarer til den godtgørelse, som en domstol ville have tilkendt (jf. præmis 680 og 681 ovenfor).
- 686 Sagsøgernes sammenligning med Kommissionens vurdering af aftalerne mellem Lundbeck og Neolab kan heller ikke rejse tvivl om, hvorvidt den endelige konventionalbod virkede tilskyndende (jf. præmis 394-398 ovenfor).

– *Det indledende beløb*

- 687 Med hensyn til det oprindelige beløb, der var fastsat i Teva-aftalens artikel 10.1, må det fastslås, at sagsøgernes argumenter ikke kan rejse tvivl om Kommissionens konstatering om, at der forekom et incitament.

688 Det skal i denne forbindelse påpeges, at Teva-aftalens artikel 10.1 fastsætter følgende:

»Servier skal efter modtagelse af en passende faktura fra Teva udbetale eller sørge for, at et af dets datterselskaber udbetaler 5 000 000 [GBP] til Teva inden for ti hverdage efter modtagelse af Tevas faktura. Denne faktura kan udstedes ved underskrivelsen af denne [aftale] og forfalder straks til betaling, dog således at Servier har ti hverdage til at foretage betalingen. Denne betaling udgør et bidrag til Tevas udgifter i forbindelse med indgåelsen af denne [aftale], herunder bl.a. udgifter i forbindelse med opsigelse af selskabets eksisterende leveringskontrakter for Det Forenede Kongerige.«

689 I den anfægtede afgørelse konstaterede Kommissionen indledningsvis, at Teva ikke efterfølgende havde fremlagt præcise tal for de forskellige udgifter, der var blevet dækket med det indledende beløb, bortset fra procesomkostningerne, der blev anslået til under 100 000 EUR for det søgsmål, som Ivax havde anlagt mod Servier i Det Forenede Kongerige (1594. og 1597. betragtning). Kommissionen foretog ikke desto mindre en vurdering af de øvrige udgifter, der efter dens opfattelse kunne henføres under Teva-aftalens artikel 10.1, heriblandt de udgifter, der svarede til værdien af Tevas beholdning af perindopril, som skulle destrueres, og omkostningerne til udvikling af perindopril, hvoraf den konkluderede, at de samlet set udgjorde mindre end 40% af det indledende beløb (1596.-1599. betragtning til den anfægtede afgørelse).

690 Kommissionen fastslog som følge heraf, at selv om visse udgifter, der var omfattet af Teva-aftalens artikel 10.1, kunne anses for at være forbundet med den mindelige løsning af tvisten mellem sagsøgerne og Teva, havde Teva hverken angivet de præcise udgifter eller oplyst det pågældende beløb, bortset fra procesomkostningerne, som kun var angivet tilnærmelsesvis og uden oplysning af beløbet. I den anfægtede afgørelse henviste Kommissionen nemlig til, at Teva blot havde »indberettet« (797. betragtning) eller »meddelt« (1597. betragtning) et beløb på »under 100 000 EUR« for disse procesomkostninger, og at Teva som svar på et spørgsmål, der blev stillet i retsmødet, havde bekræftet, at selskabet ikke havde fremlagt dokumentation for det anslåede beløb.

691 Sagsøgerne har imidlertid ikke fremført argumenter og heller ikke fremlagt andre elementer såsom den »passende faktura«, der er nævnt i aftalens artikel 10.1, som kan rejse tvivl om denne analyse fra Kommissionens side.

692 Sagsøgerne har for det første blot henvist til »destruktionen af en beholdning« og angivet dens værdi. En godtgørelse for værdien af den beholdning, der skal destrueres, kan imidlertid ikke umiddelbart kvalificeres som omkostninger forbundet med et forlig (jf. præmis 280 og 683 ovenfor).

693 Sagsøgerne har under alle omstændigheder ikke fastlagt den nævnte beholdnings værdi. På den ene side svarer det beløb i euro, som de har angivet, nemlig ikke til det beløb i britiske pund, der er nævnt i den anfægtede afgørelse (1596. betragtning), hvis man anvender samme vekselkurs som Kommissionen (jf. bl.a. fodnote 4109 til den anfægtede afgørelse). På den anden side – og nok så vigtigt – har sagsøgerne ikke støttet deres argument på andre beviser end de udtalelser, som de selv og Teva kom med som svar på klagepunktmeddelelsen og på et dokument fra Teva, hvori et sådant tal ikke var nævnt. Selv om det antages, at betalingen for værdien af Tevas beholdning af produkter, der skulle destrueres, var forbundet med Teva-aftalen, for så vidt som der stilledes krav om denne destruktion i den nævnte aftale (artikel 2.2), kunne denne betaling således ikke falde uden for begrebet tilskyndende betaling, når dens størrelse ikke var berettiget (jf. præmis 683 ovenfor).

694 Sagsøgerne har for det andet henvist til et beløb på 1 mio. GBP, som Teva regnede med at skulle udbetale til en af sine handelspartnere, fordi det pågældende forretningssamarbejde var ophørt. Bortset fra at de beløb, som det generikaproducerende selskab skulle udbetale til tredjeparter på grund af ophævelse af eksisterende kontrakter, ikke umiddelbart er omkostninger, der er forbundet med et forlig (jf. præmis 683 ovenfor), kan det bemærkes, at det hævdede beløb slet ikke er nævnt i den pågældende kontrakt, der er knyttet som bilag til stævningen.

- 695 Selv om sagsøgerne for det tredje har anført, at det indledende beløb svarede til den skadeserstatning, som de skulle have betalt til Teva, hvis der med urette blev udstedt et påbud, og som de undgik at betale takket være Teva-aftalen, skal det bemærkes, at sagsøgerne med dette argument i det væsentlige søger at godtgøre, at det indledende beløb var berettiget, ved at sammenligne dette beløb med andre omkostninger, som ikke var omfattet af aftalens artikel 10.1. Denne bestemmelse er ganske vist formuleret i generelle vendinger, men den er begrænset til »Tevas udgifter« og omfatter ikke udgifter, som sagsøgerne har afholdt eller undgået. Sagsøgerne har i forbindelse med deres argument heller ikke sondret mellem, om det indledende beløb var berettiget i forhold til forliget, som alene er genstand for den foreliggende sag, og om dette beløb var forholdsmæssigt i forhold til den vurdering, hvor den foreslåede sammenligning i givet fald kunne være relevant. Det er imidlertid vigtigt at huske på, at der er tale om to forskellige vurderinger, som Kommissionen skal foretage efter hinanden. Når Kommissionen vurderer, om et forlig i en patenttvist, der indebærer en værdioverførsel, er konkurrencebegrænsende, skal den således i første række undersøge, om de omkostninger, der dækkes af værdioverførslen, er berettigede i forhold til forliget, og navnlig om værdioverførslen svarer til den beregnede størrelse af de omkostninger, der efter deres karakter kan anses for at være forbundet med forliget, og dernæst i anden række – hvis disse omkostninger efter dens opfattelse er berettigede – sikre sig, at deres størrelse ikke er uforholdsmæssig, bl.a. henset til den pågældende type omkostninger (jf. præmis 681 og 682 ovenfor).
- 696 Det må endvidere fastslås, at selv hvis det antages, at den hævdede sammenligning kunne være relevant for at kontrollere, om det indledende beløb var berettiget i forhold til forliget, har sagsøgerne ikke fremlagt nogen opgørelse over de omkostninger, der angiveligt blev undgået. De har nemlig blot henvist til den betydelige skadeserstatning, som de skulle betale, hvis de tabte sagen, efter at der var udstedt et påbud i deres favør.
- 697 For så vidt som sagsøgerne for det fjerde har anført, at formålet med det indledende beløb var at »sikre« den eksklusive købsklausul (jf. præmis 628 ovenfor), må det endelig heraf udledes, at de anser dette beløb for at være en modydelse for den nævnte klausul og dermed i det væsentlige anerkender dets tilskyndende karakter, eftersom denne klausul er blevet fortolket således, at den pålægger Teva en ikke-markedsføringsforpligtelse (jf. præmis 684 og 685 ovenfor).
- 698 Det følger heraf, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse med føje lagde til grund (1608. og 1622. betragtning), at Teva-aftalen indeholdt et incitament for Teva til at underkaste sig de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der var fastsat i den nævnte aftale, og at den ikke, som sagsøgerne har anført (jf. præmis 628 ovenfor), også skulle efterprøve, om disse klausuler ville have været mindre konkurrencebegrænsende uden denne tilskyndende betaling. For at konstatere, at der forekommer et incitament til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, er det nemlig tilstrækkeligt, at der findes sådanne klausuler, uanset hvor konkurrencebegrænsende de er, og at det undersøges, hvilke omkostninger der dækkes af den pågældende værdioverførsel (jf. præmis 680 og 681 ovenfor).
- 699 Forekomsten af dette incitament kan ikke drages i tvivl af sagsøgernes argument om, at Kommissionen med urette »sammenlagde« det indledende beløb med den endelige konventionalbod for at nå frem til »en nettoværdioverførsel på 10,5 mio. GBP«. Som sagsøgerne med rette har anført, afhænger den endelige konventionalbod til forskel fra den indledende betaling, der var fastsat i Teva-aftalens artikel 10.1, ganske vist af Teva-aftalens gennemførelse og navnlig af sagsøgernes manglende forsyning af Teva og ikke – for så vidt angår beløbet på 5,5 mio. GBP – af den pågældende aftaleklausul, hvori der udelukkende var fastsat en månedlig godtgørelse på 500 000 GBP. Selv om det heraf kan udledes, at beløbet på 10,5 mio. GBP svarer til størrelsen af den værdioverførsel, der faktisk fandt sted over for Teva, og ikke til størrelsen af den værdioverførsel, der alene fremgik af klausulerne i Teva-aftalen, udgør denne faktiske overførsel imidlertid af de grunde, der også førte til konklusionen om, at det indledende beløb og den månedlige godtgørelse på 500 000 GBP var af tilskyndende karakter, et incitament for så vidt angår det samlede beløb.

- 700 Henset til det ovenfor anførte (jf. navnlig præmis 265-271 ovenfor) udledte Kommissionen følgelig med rette af det konstaterede incitament, hvis to bestanddele var fastsat i Teva-aftalen, at denne aftale fra første hånd havde et konkurrencebegrænsende formål.
- 701 Denne konklusion berøres ikke den angivelige fordrejning af Teva-aftalens formål og af hensigterne hos parterne i den nævnte aftale.
- 702 Sagsøgernes argument om, at parterne i Teva-aftalen ikke havde nogen konkurrencebegrænsende hensigt og forfulgte lovlige mål, bl.a. om Tevas tidlige indtræden på markedet i Det Forenede Kongerige – gerne som det første generikaproducerende selskab – kan nemlig ikke rejse tvivl om, at der forekom en tilskyndende fordel, eller at de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der fandtes i Teva-aftalen, var af konkurrencebegrænsende karakter (jf. ligeledes præmis 669 ovenfor). Selv hvis det antages, at de pågældende argumenter hviler på fastslåede faktiske omstændigheder, kan de som følge heraf og under alle omstændigheder ikke ændre Kommissionens kvalificering af Teva-aftalen som en aftale med konkurrencebegrænsende formål.
- 703 Det skal ligeledes tilføjes, at parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en type af samordning mellem virksomheder (jf. præmis 222 ovenfor).
- 704 Når der forelå ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, og der ikke var rejst begrundet tvivl om, at disse klausuler i sagens natur var konkurrencebegrænsende, kunne Kommissionen endvidere – da den havde konstateret, at der forekom et incitament – med rette anse Teva-aftalen for at være en aftale om udelukkelse fra markedet, som derfor forfulgte et konkurrencebegrænsende formål. Ifølge fast retspraksis kan den omstændighed alene, at en aftale ligeledes forfølger lovlige mål, imidlertid ikke hindre, at den kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 222 ovenfor).

iii) Det subsidiære klagepunkt om overtrædelsens varighed

- 705 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den regnede den overtrædelse, som de blev lagt til last i forbindelse med Teva-aftalen, fra tidspunktet for denne aftales indgåelse (den 13.6.2006) og ikke fra tidspunktet for Tevas opnåelse af markedsføringstilladelse i Det Forenede Kongerige (den 12.12.2006) (jf. præmis 641 ovenfor).
- 706 Det skal i denne forbindelse påpeges, dels at undersøgelsen af konkurrencevilkårene og af begrænsningerne af denne konkurrence ikke alene er baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på markedet, men også på den potentielle konkurrence mellem disse etablerede virksomheder og andre virksomheder, der endnu ikke er til stede på markedet (jf. dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis), dels at Kommissionen med rette fastslog, at Teva var en potentiel konkurrent til sagsøgerne på det tidspunkt, hvor Teva-aftalen blev indgået (jf. præmis 614 ovenfor), selv om selskabet endnu ikke rådede over en markedsføringstilladelse (jf. præmis 478 og 599 ovenfor). Det følger heraf, at Kommissionen ikke begik nogen fejl, da den fastslog, at konkurrencen var blevet begrænset fra den 13. juni 2006, hvor Teva-aftalen blev indgået, og at den overtrædelse, som sagsøgerne blev lagt til last i forbindelse med denne aftale, skulle regnes fra dette tidspunkt.
- 707 Klagepunktet om Kommissionens vurdering af varigheden af den overtrædelse, der blev fastslået i forbindelse med Teva-aftalen, skal som følge heraf forkastes tillige med anbringendet om retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Teva-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende formål.

c) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Teva-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende virkning

708 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen begik retlige fejl og foretog urigtige skøn i forbindelse med Teva-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende virkning.

709 Ved tilsvarende anvendelse af betragtningerne i præmis 566-570 ovenfor må det foreliggende anbringende forkastes som irrelevant.

8. Aftalen med Lupin

a) Lupins status som potentiel konkurrent

[udelades]

b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Lupin-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende formål

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

787 Hvad angår anbringendet om selve konstateringen af, at der forelå en overtrædelse, vil Retten først undersøge de argumenter, hvormed sagsøgerne har rejst tvivl om de to betingelser, som skal være opfyldt, for at der kan konstateres et konkurrencebegrænsende formål, dvs. at der er en tilskyndende fordel i forhold til det generikaproducerende selskab og en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab. Det skal dernæst undersøges, om Retten med rette kunne konkludere, at der forelå en overtrædelse. Det skal endelig sikres, at Kommissionen ikke begik nogen fejl i forbindelse med den materielle afgrænsning af denne overtrædelse.

788 Anbringendet om overtrædelsens varighed, som sagsøgerne har fremsat subsidiært, vil blive undersøgt sidst.

i) Argumentet om, at der ikke forekom en tilskyndende fordel

789 Det følger af artikel 2 i forordning nr. 1/2003 og af fast retspraksis, at Kommissionen på konkurrenceretens område i tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger (dom af 17.12.1998, Baustahlgewebe mod Kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, præmis 58, og af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 86; jf. ligeledes dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

790 Såfremt der i denne forbindelse foreligger en tvivl hos Retten, skal dette komme den virksomhed til gode, der er adressat for den afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse. 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 af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis).

- 791 Der skal således tages hensyn til uskyldsformodningen, således som den bl.a. fremgår af artikel 48 i chartret 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. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).
- 792 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 af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis).
- 793 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 hævdede overtrædelser udgør konkurrencebegrænsninger i artikel 101, stk. 1, TEUF's forstand (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).
- 794 Det skal fremhæves, at hver enkelt af de af Kommissionen fremlagte beviser ikke nødvendigvis skal opfylde disse kriterier i forhold til hvert enkelt led i overtrædelserne. Den række indicier, som institutionen har påberåbt sig, kan nemlig, bedømt i deres helhed, opfylde dette krav (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).
- 795 Den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, skal til tider udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne (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, EU:C:2004:6, præmis 57).
- 796 Selv om parallel adfærd ikke i sig selv kan sidestilles med en samordnet praksis, kan den dog udgøre et vigtigt indicium herfor, når den fører til konkurrencevilkår, som ikke svarer til de vilkår, der er normale på markedet (dom af 14.7.1972, Farbenfabriken Bayer mod Kommissionen, 51/69, EU:C:1972:72, præmis 25).
- 797 Den omstændighed, at der foreligger en tillægsaftale, som er det af Kommissionen anvendte udtryk i 1190. betragtning til den anfægtede afgørelse, kan hvad angår forliget i en patenttvist udgøre et vigtigt indicium for, at der foreligger et incitament og dermed et konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 265-273 ovenfor).
- 798 Det skal præciseres, at en tillægsaftale er en almindelig handelsaftale, som er »knyttet« til en forligsaftale, og som indeholder klausuler, der i sig selv er af konkurrencebegrænsende karakter (jf. præmis 257 ovenfor). En sådan tilknytning foreligger bl.a., når de to aftaler indgås samme dag, når de er retligt forbundet, eftersom den ene aftales bindende karakter er betinget af indgåelse af den anden aftale, eller når Kommissionen, henset til den kontekst, hvorunder de er indgået, kan godtgøre, at de ikke kan adskilles. Det kan tilføjes, at jo større tidsmæssig forbindelse, der er mellem indgåelsen af aftalerne, des lettere er det for Kommissionen at godtgøre denne uadskillelige karakter.

- 799 Det skal videre bemærkes, at den omstændighed, at forligsaftalen og tillægsaftalen blev indgået samme dag, eller at der er en kontraktlig forbindelse mellem dem, indikerer, at disse aftaler er en del af samme aftalekompleks. Såfremt disse aftaler ikke blev indgået samme dag (og uden en indbyrdes kontraktlig forbindelse), ville den ene forhandlingspart give den anden part alt, hvad denne ønskede, uden nogen sikkerhed for, at den pågældende endeligt ville modtage den forventede modydelse. Denne tidsmæssige eller juridiske forbindelse mellem de to aftaler udgør ligeledes et indicium for, at de har været genstand for fælles forhandling.
- 800 Tillægsaftalen er en almindelig handelsaftale, som kan eksistere selvstændigt, uden at forliget i tvisten anfægtes. Omvendt forudsætter indgåelsen af en forligsaftale ikke, at der samtidigt indgås en handelsaftale. Det er således ikke nødvendigt, at de to aftaler knyttes sammen. Sammenknytningen berettiges heller ikke ved forliget af tvisten, eftersom tillægsaftalen ikke tilsigter, at et sådant forlig indgås, men at der foretages en kommerciel transaktion.
- 801 Endvidere indebærer en tillægsaftale, at der mellem parterne overføres værdier, som kan være økonomiske eller ej. Dette kan bl.a. indebære en overførsel af værdier fra patenthaveren til det generikaproducerende selskab.
- 802 Der er således en risiko for, at den omstændighed, at en handelsaftale tilknyttes en forligsaftale, der indeholder ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, som i sig selv er af konkurrencebegrænsende karakter (jf. præmis 257 ovenfor), i virkeligheden og under dække af en kommerciel transaktion, der i givet fald fremstår som en kompleks aftaleopbygning, tilsigter at tilskynde det generikaproducerende selskab til mod en overførsel af værdier, der er fastsat i tillægsaftalen, at underkaste sig disse klausuler.
- 803 Følgelig udgør den omstændighed, at en handelsaftale, der normalt ikke tilsigter at bilægge en tvist (jf. præmis 800 ovenfor), og hvorved der overføres en værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab på de betingelser, der er anført i præmis 798 ovenfor, tilknyttes en forligsaftale, som indeholder konkurrencebegrænsende klausuler, et vigtigt indicium for, at der foreligger en omvendt betaling (jf. præmis 264 ovenfor).
- 804 Det vigtige indicium, der er nævnt i den foregående præmis, er imidlertid ikke tilstrækkeligt, og Kommissionen skal således bestyrke det ved at fremlægge andre samstemmende forhold, som gør det muligt at konkludere, at der foreligger en omvendt betaling. En sådan betaling i den konkrete kontekst med tillægsaftaler svarer til den del af betalingen, som det originalmedicinproducerende selskab har foretaget, og som overstiger den »normale« værdi af det udvekslede formuegode (eller i givet fald til den del af det udvekslede formuegodes »normale« værdi, der overstiger det generikaproducerende selskabs betaling).
- 805 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at Kommissionen med støtte i forskellige indicier – bl.a. den omstændighed, at Lupin ikke garanterede, at der blev meddelt et patent, at det var gyldigt, eller at de produkter eller processer, der blev gjort krav på, ikke var patentkrænkende [Lupin-aftalens artikel 2.2, litra a)] – to gange i den anfægtede afgørelse nævnte, at overtagelsen af Lupins teknologi ikke var blevet forhandlet »på markedsvilkår« (1950. og 1952. betragtning).
- 806 Det bemærkes, at begrebet »normale konkurrencevilkår«, som begrebet »normale markedsvilkår« er beslægtet med, selv om det ikke tidligere er anvendt på området for konkurrencebegrænsende aftaler, ikke er ukendt inden for konkurrenceretten, eftersom det, ganske vist på det særlige område for statsstøtte, benyttes for at afgøre, om en stat har handlet som en privat investor (dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott, C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 68), dvs., om den fordel, som de omhandlede virksomheder har modtaget, udgør et normalt vederlag for en modydelse, som staten har fået. Dette begreb kan således analogt udgøre et relevant referenceparameter, når det skal afgøres, om

to virksomheder, som har afsluttet en kommerciel transaktion, har gjort dette på grundlag af betragtninger, der er begrænset til det udvekslede formuegodes værdi, herunder udsigterne til dets rentabilitet, og således på normale markedsvilkår.

- 807 Foreligger der de af Kommissionen anførte indicier eller beviser, der giver denne mulighed for at fastslå, at tillægsaftalen ikke blev indgået på normale markedsvilkår, kan aftaleparterne fremlægge deres version af de faktiske omstændigheder, idet de skal underbygge deres argumenter med de oplysninger, som de kan fremlægge, og som gør det muligt at fastslå, at handelsaftalen, selv om den var knyttet til forligsaftalen, er begrundet af andre forhold end udelukkelsen af en konkurrent ved omvendt betaling. Aftaleparterne kan således gøre gældende, at tillægsaftalen blev indgået på markedsvilkår, ved at fremføre passende oplysninger, som f.eks. er udledt af industriel eller kommerciel sædvane i sektoren eller af særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde.
- 808 Kommissionen kan, henset til samtlige de oplysninger, som den råder over, og når der ikke foreligger en forklaring, eller aftaleparterne ikke har fremlagt en sandsynlig forklaring, ved afslutningen af en samlet vurdering med føje fastslå, at tillægsaftalen ikke blev indgået på normale markedsvilkår, dvs. at det originalmedicinproducerende selskabs betaling overstiger det udvekslede formuegodes værdi (eller at værdien af det formuegode, der er solgt til det generikaproducerende selskab, overstiger dette selskabs betaling). Kommissionen kan således konkludere, at der foreligger en omvendt betaling (jf. præmis 804 ovenfor).
- 809 En omvendt betaling udgør således, selv om den ikke har til formål at kompensere for omkostninger forbundet med forliget, en tilskyndende fordel (jf. præmis 265 og 278-280 ovenfor). Dette gælder for en betaling, der følger af en tillægsaftale, som ikke tilsigter at bilægge en tvist, men at gennemføre en kommerciel transaktion (jf. præmis 800 ovenfor).
- 810 Aftaleparterne kan imidlertid fortsat påberåbe sig, at den pågældende fordel, hvis størrelse er utilstrækkelig til, at den kan anses for at udgøre et væsentlig incitament for accept af de konkurrencebegrænsende klausuler, der er fastsat i forliget, er ubetydelig (jf. præmis 280 ovenfor).
- 811 Det er ud fra disse betragtninger, at de særlige omstændigheder i den foreliggende sag skal undersøges.
- 812 Det skal bemærkes, at Servier og Lupin samme dag indgik en forligsaftale, der indeholdt ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, og en teknologioverdragelsesaftale, hvorved Servier købte tre patentansøgninger, som Lupin havde indgivet, af dette selskab. Disse to aftaler blev desuden indgået ved en samlet aftale. Der er derfor en tydelig forbindelse mellem de to aftaler.
- 813 Overdragelsesaftalen indebærer i øvrigt en værdioverførsel fra Servier til Lupin.
- 814 Det fremgår af præmis 812 og 813 ovenfor, at overdragelsesaftalen udgør en tillægsaftale, hvorved der overføres en værdi fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab. Dette er et vigtigt indicium for, at den pågældende værdioverførsel ikke alene udgør en modydelse for det formuegode, der er udvekslet som led i tillægsaftalen, men ligeledes indebærer en omvendt betaling (i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i forbindelse med tillægsaftaler).
- 815 Det er desuden ubestridt, at Servier som led i overdragelsesaftalen udbetalte 40 mio. EUR til Lupin, hvilket – som Kommissionen med rette anførte i 1871. og 1947. betragtning til den anfægtede afgørelse – udgør et betydeligt beløb i absolutte tal.
- 816 Dette beløb oversteg imidlertid den fortjeneste, som Lupin kunne forvente at opnå som følge af sin selvstændige indtræden på markedet i løbet af de første to til tre markedsføringsår, hvilket Kommissionen med rette konstaterede i 1974. betragtning til den anfægtede afgørelse.

- 817 Det er ligeledes ubestridt, at det pågældende beløb var højere end de investeringer, som et andet sammenligneligt generikaproducerende selskab havde foretaget for at udvikle sin egen perindopril, hvilket Kommissionen fremhævede i 1962. betragtning til den anfægtede afgørelse. Dette indicium, som Kommissionen lagde til grund, er imidlertid i modsætning til det af sagsøgerne anførte særdeles relevant.
- 818 Hertil kommer, at Lupin blot overdrog patentansøgninger og ikke patenter. Det fremgik endvidere udtrykkeligt af aftalen, at Lupin ikke garanterede, at der blev meddelt et patent, at det var gyldigt, eller at de produkter eller processer, der blev gjort krav på, ikke var patentkrænkende [Lupin-aftalens artikel 2.2, litra a)].
- 819 Det er endelig ubestridt, at selv om både Servier og Lupin i deres svar på klagepunktsmeddelelsen havde nægtet, at forliget afhang af vilkårene for patentansøgningernes overdragelse, havde Lupin tidligere meddelt, at overdragelsen af disse ansøgninger var en integrerende del af drøftelserne om den mindelige bilæggelse af tvisten. Lupin havde ligeledes beskrevet de modtagne betalinger som »forligsbetalinger« eller »forligsbeløb« (1937. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 820 Sagsøgerne har til gengæld ikke fremlagt noget præcist bevis, der kan godtgøre, at erhvervelsen af patentansøgninger fra Lupin for 40 mio. EUR med rimelighed kunne anses for en rentabel investering (jf. for at videreføre analogien med begrebet »en privat investors adfærd under markedsøkonomiske vilkår«, der er nævnt i præmis 806 ovenfor, præmis 84 i dom af 12.12.2000, Alitalia mod Kommissionen, T-296/97, EU:T:2000:289, hvori anføres, at en privat investors adfærd under markedsøkonomiske vilkår er ledet af rentabilitetsudsigter), eller i hvert fald udsigter til at give køberen af disse ansøgninger indtægter, der kan kompensere deres høje pris.
- 821 Sagsøgerne har ganske vist – om end kortfattet – henvist til transaktioner, som efter deres opfattelse kan sammenlignes med den overdragelsesaftale, der blev indgået med Lupin. Der er imidlertid tale om aftaler, som sagsøgerne var parter i, og som derfor kun subsidiært kan danne grundlag for at påvise, at en transaktion er foregået på normale markedsvilkår. Kommissionen kvalificerede i øvrigt nogle af disse transaktioner som overtrædelser af konkurrenceretten. Sagsøgerne har endelig ikke godtgjort, at den teknologi, der blev overdraget i forbindelse med disse transaktioner, svarede til den, der er omhandlet i overdragelsesaftalen.
- 822 Det er korrekt, at sagsøgerne i denne henseende ligeledes har henvist til en udtalelse fra en person, der har beskrevet sig selv som rådgiver inden for intellektuel ejendomsret. Denne person har imidlertid selv præciseret, at udtalelsen blev afgivet på vegne af Servier. Det begrænser nødvendigvis en sådan udtalelses bevisværdi. Udtalelsens konklusion (»jeg mener derfor, at købene ligger inden for rammerne af et selskabs normale praksis«) og de omstændigheder, hvorpå denne konklusion er baseret, er for generelle til, at det kan fastslås, at den pågældende værdioverførsel svarede til en transaktion, der foregik på normale markedsvilkår. De transaktioner, der blev lagt til grund, er desuden transaktioner, som Servier havde deltaget i, og som Kommissionen i hvert fald i visse tilfælde havde kvalificeret som overtrædelser af konkurrenceretten.
- 823 Selv om det, som sagsøgerne har anført, anses for godtgjort, at Serviers patent- og produktionsafdelinger eller andre tjenester har fundet Lupins teknologi »interessant«, er det i øvrigt ikke ensbetydende med, at den pågældende værdioverførsel svarede til en transaktion, der foregik på normale markedsvilkår.
- 824 Selv om det anses for godtgjort, at »prisen blev forhandlet på grundlag af de oprindelige krav for at nå et niveau, der var acceptabelt for begge parter«, er det tilsvarende ikke ensbetydende med, at den pågældende værdioverførsel svarede til en transaktion, der foregik på normale markedsvilkår.

- 825 Det kan således ikke – heller ikke samlet set – ud fra de omstændigheder, som sagsøgerne har gjort gældende, konkluderes, at den pågældende værdioverførsel svarede til en transaktion, der foregik på normale markedsvilkår.
- 826 Det skal herved bemærkes, at Kommissionen, bl.a. på grundlag af den retspraksis, der er nævnt i præmis 795 ovenfor (1940. betragtning til den anfægtede afgørelse), fastslog, at »hverken Servier eller Lupin [havde været] i stand til at give en troværdig beskrivelse af de faktorer, der afgjorde, hvordan de [var nået] frem til det endelige beløb på 40 mio. EUR« (1955. betragtning). I 1944. betragtning til den anfægtede afgørelse oplyste den ligeledes, at den »med rette [kunne] drage visse konklusioner af en situation, hvor de potentielle diskulperende beviser kun [kunne] komme fra parterne selv«, og at »parterne på trods af flere anmodninger om oplysninger ikke [var] i stand til at fremlægge sådanne beviser«. Den tilføjede i 1964. betragtning til den anfægtede afgørelse, at »Servier ikke [havde været] i stand til at fremlægge samtidige dokumenter, som kunne belyse, hvilke besparelser overtagelsen af Lupins teknologi forventedes at medføre«. Den konkluderede endelig, bl.a. som følge af »manglende bevis« for Serviers kommercielle interesse i den teknologi, som Lupin overdrog, at den værdioverførsel, der fulgte af overdragelsesaftalen, udgjorde et væsentligt incitament (1978. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 827 Henset til samtlige de oplysninger, der er drøftet for Retten, må det konkluderes, at Kommissionen har godtgjort, at der forelå en omvendt betaling, som ikke var forbundet med forliget i den pågældende tvist (jf. præmis 809 ovenfor), og dermed et incitament.
- 828 Det skal, henset til betragtningerne i præmis 815-827 ovenfor, bemærkes, at det ikke er godtgjort, at den pågældende fordel, hvis størrelse var utilstrækkelig til, at den kunne anses for at udgøre et væsentligt incitament for accept af de konkurrencebegrænsende klausuler, der var fastsat i forligsaftalen, var ubetydelig (jf. præmis 810 ovenfor).
- ii) Argumentet om, at det generikaproducerende selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab ikke blev begrænset*
- 829 I det foreliggende tilfælde indeholder Lupin-aftalen ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der som nævnt i præmis 257 ovenfor i sig selv har en konkurrencebegrænsende karakter.
- 830 Sagsøgerne har imidlertid anført, at ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne i Lupin-aftalen slet ikke var konkurrencebegrænsende, eftersom dens konkurrencebegrænsende karakter blev begrænset af andre aftaleklausuler. Det skal undersøges, om der er hold i dette argument.
- 831 Det bemærkes indledningsvis, at de produkter, der er omfattet af aftalen, er angivet i betragtning A hertil, hvori der henvises til »lægemidler, hvis aktive ingrediens er perindopril-tert-butylamin (også kaldet perindopril-erbumin) og enhver form for salt i tilknytning hertil (»produkterne«)«.
- 832 Selv om der i betragtning A til Lupin-aftalen henvises til igangværende tvister, der – som nævnt i betragtning B og D til samme aftale – på europæisk plan kun vedrører patent 947, synes en sådan klausul, henset til dens indhold, ikke kun at vedrøre produkter, som indeholder perindopril-erbumin i alfaform, dvs. produkter, der er omfattet af patent 947, men alle produkter, der indeholder erbumin i en hvilken som helst form.
- 833 Endvidere er udtrykket »enhver form for salt i tilknytning hertil« tvetydigt. Ud fra et grammatisk synspunkt henviser udtrykket »i tilknytning hertil« nemlig mere klart til perindopril-tert-butylamin, dvs. erbumin, end til perindopril som helhed, da sidstnævnte ikke er nævnt som sådan i det pågældende sætningsled. Det er desuden ubestridt, at erbumin er et salt, hvilket indebærer, at udtrykket »i tilknytning hertil« ikke henviser til erbumin, men mere generelt til perindopril som helhed.

- 834 Det er som følge heraf ud fra aftaleklausulernes ordlyd vanskeligt at afgøre, om de produkter, der er omhandlet af denne aftale, er begrænset til alfaformen af erbumin eller også indbefatter andre former for erbumin eller andre perindopril-salte.
- 835 Det er på baggrund af denne usikkerhed, at det skal efterprøves, om ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne faktisk er begrænset i en sådan grad, at disse klausuler har mistet deres konkurrencebegrænsende karakter.
- 836 Det er i første række klart, at ikke-anfægtelsesklausulen er konkurrencebegrænsende, da der i Lupin-aftalens artikel 1.3 bestemmes følgende:
- »Efter indgåelsen af denne aftale må Lupin ikke – hverken direkte eller indirekte – forsøge at bistå med eller at overlade det til en tredjepart at tilbagekalde, ugyldiggøre eller på anden vis anfægte patent 947 eller ethvert patent, som Servier eller dets datterselskaber er indehaver af, og som beskytter produkterne, i alle lande med undtagelse af [en stat, der ikke er medlem af EØS].«
- 837 Det fremgår endvidere af de specifikke udtryk »Patenter« og »Serviers Patenter«, som er defineret henholdsvis i betragtning D til Lupin-aftalen og i artikel 1.3 heri, at denne artikel ikke kun finder anvendelse på de patenter, som er omhandlet i betragtning B-D (herunder patent 947), og som var genstand for tvister mellem Lupin og Servier, men ligeledes, i hvert fald potentielt, på en samling patenter, som ikke er angivet ved navn, og som beskytter de produkter, der er omfattet af aftalen.
- 838 Hvad i anden række angår ikke-markedsføringsklausulens rækkevidde pålægges Lupin i Lupin-aftalens artikel 1.6 et markedsføringsforbud, som finder anvendelse på de produkter, der er omfattet af aftalen.
- 839 Det fremgår imidlertid af bestemmelserne i Lupin-aftalens artikel 1.6, at når betingelserne i den nævnte aftales artikel 4.1 er opfyldt, kan Lupin sælge produkter leveret af Servier eller sine egne produkter eller udbyde disse produkter til salg. Det beskrives i artikel 4.1, på hvilke betingelser Servier kan sælge sine produkter til Lupin. Der opstilles tre situationer i denne bestemmelse.
- 840 I den første situation kan Lupin indtræde på et af de nationale markeder, der er omfattet af aftalen, hvis visse af Serviers produkter afsættes af en tredjepart på dette marked. I den anden situation kan Lupin indtræde på et sådant marked, hvis Serviers patentansøgning afslås, eller hvis selskabets patent udløber, erklæres ugyldigt eller tilbagekaldes. I den tredje situation kan Lupin endelig indtræde på et sådant marked, hvis der sælges et generisk lægemiddel, som ikke er fremstillet af Servier, på dette marked – medmindre Servier har indgivet en begæring om et påbud, som ikke er blevet forkastet – og hvis dette generiske lægemiddel ikke sælges i strid med et påbud, der gælder på dette marked.
- 841 Lupin kan således i det væsentlige indtræde på markedet med sine egne produkter (jf. præmis 839 ovenfor) i to tilfælde.
- 842 For det første kan Lupin indtræde på markedet, når Servier har tilladt en tredjepart at sælge selskabets produkter, ikke har indgivet en patentansøgning eller ikke har indgivet en begæring om påbud, dvs. når der foreligger omstændigheder, som afhænger af Serviers frie skøn, og som Lupin ikke har nogen indflydelse på. I dette første tilfælde kan anvendelsen af betingelserne i Lupin-aftalens artikel 4.1 ikke anses for at rejse tvivl om den omstændighed, at ikke-markedsføringsklausulen i sig selv er konkurrencebegrænsende (jf. præmis 257 ovenfor), og for umiddelbart at fremme Lupins indtræden på markedet.
- 843 For det andet kan Lupin indtræde på markedet, hvis Serviers patenter ikke gør det muligt for Servier at gøre indsigelse mod en sådan indtræden. Lupin-aftalens artikel 4.1 giver i dette tilfælde ikke Lupin mulighed for at indtræde tidligt på markedet set i forhold til virkningerne af et patent, som stadig er gyldigt eller kan håndhæves. Den afspejler blot, at der ikke findes noget patent, som er gyldigt eller kan håndhæves, og undgår således en situation, hvor ikke-markedsføringsklausulen ikke har nogen

tilknytning til et sådant patent, og hvor det altså er klart, at den er tilstrækkeligt skadelig for de normale konkurrencevilkår til, at der må antages at være et konkurrencebegrænsende formål med at indsætte den (jf. præmis 877 nedenfor). I dette andet tilfælde kan anvendelsen af betingelserne i artikel 4.1 derfor ikke anses for at rejse tvivl om, hvorvidt ikke-markedsføringsklausulen i sig selv er konkurrencebegrænsende (jf. præmis 257 ovenfor), og for umiddelbart at fremme Lupins indtræden på markedet.

844 Det må derfor fastslås, at ikke-markedsføringsklausulen uanset bestemmelserne i Lupin-aftalens artikel 4.1 er af konkurrencebegrænsende karakter.

845 Den ovenfor anførte konklusion kan ikke drages i tvivl af de øvrige argumenter, som sagsøgerne har fremført.

846 For det første har sagsøgerne anført, at aftalen gjorde det muligt for Lupin at indtræde tidligt på markedet, dvs. før det tidspunkt, hvor patent 947 forventedes at udløbe. En sådan tidlig indtræden mindsker eller udligner imidlertid en ikke-markedsføringsklausuls konkurrencebegrænsende karakter.

847 Det bemærkes, at selv om en sådan fortolkning ikke virker indlysende, hvis man ser på den komplekse ordlyd af Lupin-aftalens artikel 1.6, kan det antages, at denne artikel, sammenholdt med samme aftales artikel 4.1, litra c), gør det muligt for Lupin at indtræde tidligt på markedet med sine egne produkter, når der er introduceret et generisk »Produkt«, som ikke er fremstillet af Servier, på markedet uden at krænke et påbud (og når Servier i øvrigt ikke har indgivet en begæring om et påbud, som er under behandling).

848 Da begrebet »produkt« skrives med stort begyndelsesbogstav i Lupin-aftalens artikel 4.1, litra c), skal det forstås i overensstemmelse med definitionen i betragtning A til denne aftale, hvori dette ord er angivet med stort begyndelsesbogstav (jf. præmis 831 ovenfor).

849 Henset til betragtning A til Lupin-aftalen, som synes at henvise til produkter, der indeholder erbumin i en hvilken som helst form (jf. præmis 832 ovenfor), kan denne aftales artikel 4.1, litra c), imidlertid – for så vidt angår henvisningen til produkter, der ikke sælges i strid med et påbud – fortolkes således, at der sigtes til produkter, som indeholder andre former for erbumin end alfaformen. Aftalen vil altså kunne fortolkes således, at den giver Lupin ret til at indtræde på markedet, efter at en eventuel tredjepart har markedsført generisk perindopril, som indeholder erbumin, der ikke er i alfaform.

850 Den uklare formulering af betragtning A til Lupin-aftalen skaber ligeledes usikkerhed om den omstændighed, at samme aftales artikel 4.1, litra c), når der henvises til produkter, som ikke sælges i strid med et påbud, kan fortolkes således, at der ligeledes sigtes til produkter, som ikke indeholder erbumin (jf. præmis 833 ovenfor). Det vil i så fald kunne føre til den konklusion, at aftalen gav Lupin ret til at indtræde på markedet, efter at en eventuel tredjepart havde markedsført generisk perindopril i saltform, uanset om der var tale om et andet salt end erbumin.

851 Det vil derfor kunne konkluderes, at Lupin ifølge aftalen kunne indtræde tidligt på markedet med sine egne produkter set i forhold til det forventede udløb af patent 947, eftersom den omstændighed, at en tredjepart havde markedsført produkter, der ikke indeholdt erbumin i alfaform – hvilket ikke kunne tilsidesætte et påbud, som skulle beskytte dette patent – gjorde det muligt for Lupin for også at indtræde på markedet med sine egne produkter.

852 Som følge af den usikkerhed, der hersker om rækkevidden af Lupin-aftalens artikel 1.6 og 4.1, og som er beskrevet i præmis 846-850 ovenfor, kunne Lupin imidlertid frygte, at ikke-markedsføringsklausulen stadig ville gælde, efter at en tredjepart havde markedsført generisk perindopril, der ikke bestod af erbumin. En sådan tvivl kunne afholde Lupin fra at indtræde på markedet. Det skaber yderligere usikkerhed, at Servier, selv om der anlægges en bred fortolkning af begrebet »produkt« (hvor dette begreb omfatter enhver form for perindopril-salt), alligevel kunne indgive en begæring om et påbud,

bl.a. for et produkt, som tydeligvis ikke krænkede noget patent tilhørende Servier, heriblandt patent 947, hvilket ville medføre, at Lupin-aftalens artikel 4.1, litra c), ikke kunne anvendes, før denne begæring var blevet forkastet.

853 I denne forbindelse kan det i øvrigt bemærkes, at parterne for så vidt angår det franske marked i en række skrivelser har diskuteret, om Sandoz' indtræden på markedet gav Lupin mulighed for også at indtræde på det. I en skrivelse af 17. marts 2009 spurgte Lupin således Servier, om Servier ville modsætte sig, at Lupin indtrådte på det franske marked. Ved en skrivelse af 31. marts 2009 meddelte Servier imidlertid blot, at Sandoz' produkt ikke krænkede noget patent tilhørende Servier. Efter at have modtaget dette svar så Lupin sig nødsaget til ved skrivelse af 3. april 2009 at anmode Servier om præciseringer. Lupin skrev bl.a. følgende:

»Lupin mener ikke, at Servier har nogen gyldig grund til at modsætte sig, at Lupin sælger sit produkt baseret på perindopril-erbumin i Frankrig til en eller flere lokale partnere eller forhandler dette produkt gennem denne eller disse franske partnere. Det fremgår ikke klart af Deres skrivelse af 31. marts 2009, om Servier er uenig på et af disse punkter. Hvis Servier ikke er enig, bedes De fremsende en fyldestgørende redegørelse for Deres holdning senest den 9. april 2009 ved fyraften.«

854 Selve skrivelserne fra Lupin og indholdet af den sidste af dem viser således, at Lupin var usikker på, om selskabet kunne indtræde på det franske marked uden at tilsidesætte aftalen.

855 Det må som følge heraf fastslås, at ikke-markedsføringsklausulen var konkurrencebegrænsende, uanset hvilken fortolkning af betragtning A til Lupin-aftalen der vælges, så meget desto mere som den usikkerhed, der følger af en aftales kompleksitet eller dens uklare ordlyd, ikke må gøre det muligt for parterne at unddrage sig deres ansvar i henhold til konkurrenceretten.

856 Selv hvis det antages, at aftalen skal fortolkes som anført i præmis 851 ovenfor, er de begivenheder, der er nævnt i slutningen af præmis 849 og 850 ovenfor – dvs. at en tredjepart har markedsført et generisk produkt – så hypotetiske, at det ikke kan konkluderes, at der er tale om en udligning af ikke-markedsføringsklausulens konkurrencebegrænsende karakter, og dermed at der ikke foreligger nogen overtrædelse i denne henseende. Det er nemlig nødvendigt at sondre mellem dels spørgsmålet om, hvorvidt der egentlig foreligger en overtrædelse, hvilket ikke kan drages i tvivl, alene fordi der kan indtræde begivenheder i fremtiden, dels spørgsmålet om overtrædelsens varighed, som kan afhænge af, om sådanne begivenheder reelt indtræder.

857 Desuden afhænger Lupins tidlige indtræden på markedet under alle omstændigheder af, om en tredjepart har markedsført et generisk produkt, dvs. af en vilkårlig omstændighed, som ligger uden for aftaleparternes kontrol. Denne indtræden er derfor ikke et resultat af et klart valg fra deres side, som de kan gøre gældende med henblik på at fastslå, at den aftale, som de har indgået, og navnlig ikke-markedsføringsklausulen i denne aftale ikke er af konkurrencebegrænsende karakter.

858 Det er for det andet korrekt, at Lupin-aftalens artikel 4.2 bestemmer, at der på et senere tidspunkt skal indgås en forsyningsaftale mellem parterne. Gennemførelsen af en sådan aftale afhænger imidlertid af, om en af betingelserne i Lupin-aftalens artikel 4.1 er opfyldt. Da gennemførelsen af denne aftales artikel 4.1 som netop anført ikke gør det muligt at konkludere, at ikke-markedsføringsklausulen ikke er konkurrencebegrænsende, gælder det samme for den forsyningsaftale, der er nævnt i artikel 4.2.

859 Det kan endvidere bemærkes, at der ikke er indgået en forsyningsaftale mellem parterne. Det fremgik desuden ikke af Lupin-aftalen, at det ville få væsentlige retlige konsekvenser for parterne – f.eks. at Lupin-aftalen som helhed eller de deri indeholdte ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler blev ophævet – hvis der ikke blev vedtaget en forsyningsaftale. Selv om en sådan forsyningsaftale anses for at kunne fremme markedsadgangen for et generikaproducerende selskab, der er en potentiel konkurrent til det originalmedicinproducerende selskab, kan Lupin-aftalen, som kun fastsatte

princippet om en forsyningsaftale uden at følge det op med foranstaltninger eller sanktioner, der kunne sikre iværksættelsen af denne aftale, således ikke anses for at fremme Lupins indtræden på markedet.

860 Det fremgår ganske vist af Lupin-aftalens artikel 4.2, at forsyningsaftalen skulle gøre det muligt at gennemføre Lupin-aftalens artikel 4.1, hvorefter Servier gav et »fast« tilsagn om at levere de »produkter«, der var omhandlet i aftalen, til Lupin. Serviers bindende tilsagn skal imidlertid relativiseres ud fra de betragtninger, der er fremført i præmis 859 ovenfor.

861 For det tredje har sagsøgerne ganske vist anført, at en fortolkning af Lupin-aftalens artikel 1.3, hvorefter ikke-anfægtelsesklausulen ikke kun finder anvendelse på patent 947, i henhold til samme aftales artikel 1.7 må indebære, at Lupin havde en gratis licens for alle disse patenter, men dette argument er fejlagtigt, henset til indholdet af denne klausul, som sagsøgerne har oversat til processproget, og hvoraf følgende fremgår:

»Det skal for klarhedens skyld bemærkes, at denne aftale ikke giver Lupin nogen rettighed eller licens i noget område i forhold til Serviers Patenter, idet hverken Servier eller dets datterselskaber, som er licenstagere og/eller adkomstberettigede til Serviers Patenter, udøver de i henhold til artikel 1.6 indrømmede rettigheder til Serviers patenter i forbindelse med Lupins udøvelse af dets ret til at sælge Produkter, der er fremstillet af Lupin eller Lupin (Europe) Limited.«

862 Denne bestemmelses ordlyd er nemlig ret uklar, fordi der tilsyneladende er en modsætning mellem dette punktums første del (denne aftale giver ikke Lupin nogen rettighed eller licens i noget område i forhold til Serviers Patenter) og den efterfølgende del (idet hverken Servier eller dets datterselskaber, som er licenstagere og/eller adkomstberettigede til Serviers Patenter, udøver de i henhold til artikel 1.6 indrømmede rettigheder til Serviers patenter i forbindelse med Lupins udøvelse af dets ret til at sælge Produkter, der er fremstillet af Lupin eller Lupin (Europe) Limited). Det fremgår heller ikke klart, at dette punktums første del er nødvendig, eftersom aftalen ikke indeholdt bestemmelser, som gav anledning til at antage, at Lupin rådede over en licens for andre rettigheder end dem, der vedrørte den teknologi, som Lupin overdrog til Servier. Det gør det i øvrigt endnu vanskeligere at forstå denne artikel, at der heri henvises til Lupin-aftalens artikel 1.6, som igen henviser til denne aftales artikel 4.1, der fastsætter betingelserne for, at Lupin kan indtræde på markedet med sit eget produkt. Artikel 1.7 kunne, henset til dens ordlyd, skabe en sådan tvivl, at Lupin afholdt sig fra at indtræde på markedet.

863 Det skal navnlig bemærkes, at Serviers manglende anvendelse af sine patentrettigheder over for Lupin afhænger af, om en af betingelserne i Lupin-aftalens artikel 4.1 (som der henvises til i denne aftales artikel 1.6) er opfyldt. Da gennemførelsen af artikel 4.1 som nævnt i præmis 844 og 855 ovenfor ikke gør det muligt at konkludere, at ikke-markedsføringsklausulen ikke er konkurrencebegrænsende, må det samme gælde for gennemførelsen af samme aftales artikel 1.7, uanset om udtrykket »Serviers Patenter« fortolkes så bredt, at det omfatter patenter, der ikke blot vedrører alfaformen af erbumin, men også andre former for erbumin eller andre perindopril-salte.

864 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen med rette kunne konkludere, at der forekom en begrænsning af Lupins indsats for at konkurrere med Servier.

iii) Argumentet om, at der ikke forelå en overtrædelse

865 Henset til de betragtninger, der er fremført i præmis 789-864 ovenfor, kan det bemærkes, at Kommissionen med rette konstaterede, at der både forekom en tilskyndende fordel og en deraf følgende begrænsning af Lupins indsats for at konkurrere med Servier.

- 866 Som nævnt i præmis 272 ovenfor, kræver kvalificeringen af et konkurrencebegrænsende formål som led i patentforligsaftaler imidlertid, at der inden for forligsaftalen er både en tilskyndende fordel i forhold til et generikaproducerende selskab og en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab. Når disse to betingelser er opfyldt, må det konstateres, at der forekommer et incitament.
- 867 Når der er indgået en patentforligsaftale, som omfatter ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, og der ikke er rejst begrundet tvivl om, at disse klausuler i sagens natur er konkurrencebegrænsende, må det ud fra den omstændighed, at det generikaproducerende selskab tilskyndes til at underkaste sig disse klausuler, konstateres, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 273 ovenfor).
- 868 Kommissionen havde i det foreliggende tilfælde konstateret, at der forekom et væsentligt incitament (jf. præmis 828 ovenfor), og kunne derfor konkludere, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål.
- 869 I modsætning til det af sagsøgerne anførte konkluderede Kommissionen som følge heraf med rette i den anfægtede afgørelse, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål.
- 870 Med støtte i ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulernes rækkevidde har sagsøgerne imidlertid i det væsentlige taget afstand fra den materielle afgrænsning af den overtrædelse, som Kommissionen lagde til grund i den anfægtede afgørelse.
- 871 Som nævnt i præmis 838 ovenfor, er det vanskeligt at afgøre ud fra ordlyden af klausulerne i Lupin-aftalen, om de produkter, der var omhandlet af denne aftale, var begrænset til alfaformen af erbumin eller også indbefattede andre former for erbumin eller andre perindopril-salte.
- 872 Ikke-markedsføringsklausulens rækkevidde afhænger imidlertid af, hvordan begrebet »produkter« defineres, eftersom der henvises til dette begreb både i Lupin-aftalens artikel 1.6 og i denne aftales artikel 4.1, som artikel 1.6 henviser til.
- 873 Med hensyn til ikke-anfægtelsesklausulens rækkevidde fandt denne klausul desuden ikke kun anvendelse på de patenter, der var omhandlet i betragtning B-D til Lupin-aftalen (heriblandt patent 947), men også på en række patenter, som ikke var angivet ved navn, og hvis afgrænsning afhang af den definition af begrebet »produkter«, der var fastsat i aftalen (jf. præmis 836 ovenfor).
- 874 Som Kommissionen med rette anførte i den anfægtede afgørelse (1912. betragtning), gav aftalens bestemmelser anledning til usikkerhed om ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulernes anvendelsesområde.
- 875 Lupin-aftalens bestemmelser skabte således tvivl om, hvorvidt ikke-markedsføringsklausulen kunne anvendes på enhver form for erbumin og på andre perindopril-salte end erbumin, og om ikke-anfægtelsesklausulen kunne anvendes på andre patenter end patent 947, herunder patenter på produkter, der ikke indeholdt erbumin. En sådan tvivl kunne afholde Lupin dels fra at indtræde på markedet, bl.a. med produkter, der indeholdt andre former for erbumin end alfaformen eller andre perindopril-salte end erbumin, dels fra at anfægte patenter på perindopril, der indeholdt andre former for erbumin end alfaformen eller andre perindopril-salte end erbumin.
- 876 Det skal ligeledes tages hensyn til, at de pågældende sproglige usikkerheder optræder i en aftale, hvorom Kommissionen med rette havde fastslået, at den udgjorde en overtrædelse af konkurrenceretten for så vidt angik ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne vedrørende patent 947 og de produkter, der beskyttes af dette patent (jf. præmis 869 ovenfor). Det er endelig ubestridt, at aftaleparterne havde tilstrækkelige midler til at gøre brug af fagfolk, som også inden for de snævre tidsrammer var i stand til at begrænse forekomsten af sådanne usikkerheder. Henset til det ovenfor anførte kunne Kommissionen med rette konkludere, at ikke-markedsføringsklausulens

anvendelsesområde omfattede produkter, som ikke indeholdt erbumin, og endvidere produkter, som indeholdt andre former for erbumin end alfaformen, og at ikke-anfægtelsesklausulens anvendelsesområde ikke kun omfattede patent 947, men ethvert patent vedrørende disse produkter (1912. og 1918. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 877 Det bemærkes herved, at når der foreligger ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, hvis rækkevidde overstiger anvendelsesområdet for et nærmere angivet patent og for de produkter, der beskyttes af dette patent, er det klart, at disse klausuler er tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår til, at der må antages at være et konkurrencebegrænsende formål med at indsætte dem, uden at det også er nødvendigt at påvise, at der forekommer et incitament. Disse klausuler kan i så fald ikke berettiges af, at der indgås et forlig i en tvist om et angivet patent, og der er ikke noget sammenfald mellem deres konkurrencebegrænsende virkninger og virkningerne af dette patent (jf. præmis 257-261 ovenfor).
- 878 Selv hvis det antages, at Kommissionen med urette konstaterede, at den pågældende overtrædelse vedrørte andre former for erbumin end den alfaform, der beskyttes af patent 947, eller andre salte end erbumin, kan en sådan fejl i betragtning af denne konstaterings begrænsede og sekundære rolle i Kommissionens ræsonnement ikke rejse tvivl om Kommissionens konklusion om, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, som udsprang af Lupin-aftalen. Kommissionens ræsonnement er nemlig først og fremmest baseret på, at der forekom et incitament og som følge heraf en usædvanlig anvendelse af patentet, selv om rækkevidden af de konkurrencebegrænsende klausuler i forligsaftalen er begrænset til dette patents anvendelsesområde (jf. præmis 253-274 ovenfor).
- 879 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgernes anbringende om forekomsten af en aftale med konkurrencebegrænsende formål og Kommissionens afgrænsning af en sådan konkurrencebegrænsning må forkastes.
- 880 Den ovenfor anførte konklusion kan ikke drages i tvivl af sagsøgernes øvrige argumenter.
- 881 Hvad i første række angår de argumenter, der tilsigter at godtgøre, at såvel sagsøgernes som Lupins hensigter var legitime, skal det på den ene side påpeges, at kvalificeringen af et konkurrencebegrænsende formål som led i patentforligsaftaler kræver, at der inden for forligsaftalen er både en tilskyndende fordel i forhold til et generikaproducerende selskab og en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab. Når disse to betingelser er opfyldt, må det konstateres, at der foreligger en aftale med konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 272 ovenfor). På den anden side kan den omstændighed alene, at en aftale ligeledes forfølger lovlige mål, ikke hindre, at den kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 222 ovenfor).
- 882 De argumenter, som sagsøgerne har gjort gældende i forbindelse med dette anbringende, og hvorefter de grunde, der var til, at sagsøgerne og Lupin indgik Lupin-aftalen, var lovlige, kan som følge heraf ikke rejse tvivl om den kvalificering af aftalen som en aftale med konkurrencebegrænsende formål, som Kommissionen med rette lagde til grund, og som Retten har bekræftet ovenfor (jf. præmis 869 og 879 ovenfor). Disse argumenter må følgelig forkastes.
- 883 Det samme gælder således for det første for argumentet om, at Lupin ikke længere havde nogen interesse i at videreføre sagen, for det andet for argumentet om, at Lupin stod bag forliget, og for det tredje for argumentet om, at Servier ikke havde nogen interesse i at beskytte sin konkurrencesituation i forhold til Lupin, hvis Servier ikke gjorde det samme i forhold til Apotex.
- 884 I anden række bemærkes, at selv om sagsøgerne har anført, at ikke-anfægtelsesklausulen ikke kunne have konkurrencebegrænsende virkninger, bl.a. som følge af at der fandtes parallelle tvister, og at Lupin ikke havde til hensigt at anlægge nye søgsmål, er det ikke desto mindre unødvendigt at

undersøge virkningerne af Lupin-aftalen og navnlig af den indeholdte ikke-anfægtelsesklausul, for så vidt som denne aftale er tilstrækkeligt skadelig til at kunne kvalificeres som en aftale med konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 219 ovenfor).

885 Sagsøgernes argument om, at ikke-markedsføringsklausulen, for så vidt som den bl.a. havde større rækkevidde end patent 947, ikke kunne have konkurrencebegrænsende virkninger, hvilket navnlig skyldtes, at Lupin ikke havde reelle og konkrete muligheder for at komme først ind på markedet med et ikke-patentkrænkende produkt, må af de samme grunde forkastes.

886 I tredje række kan det indvendes, at sagsøgerne med argumentet om, at ikke-markedsføringsklausulens konkurrencebegrænsende virkninger var hypotetiske, reelt har bestridt, at der bestod en potentiel konkurrence. Det er imidlertid allerede blevet fastslået, at Lupin var en potentiel konkurrent til Servier.

887 I fjerde række skal det påpeges, at når det er fastslået, at der foreligger et incitament, kan parterne ikke længere som led i forliget påberåbe sig, at de anerkender patentets gyldighed. Den omstændighed, at patentets gyldighed bekræftes af en retsinstans eller en administrativ myndighed, er i denne henseende uden betydning (jf. præmis 269 ovenfor). Sagsøgerne kan derfor ikke med føje påberåbe sig et scenario, som i øvrigt er hypotetisk, hvorefter gyldigheden af patent 947 både bekræftes af retsinstanserne i Det Forenede Kongerige og af EPO.

888 Det følger af det ovenfor anførte, at dette anbringende må forkastes.

iv) Serviers subsidiære anbringende om fejlagtig fastlæggelse af overtrædelsens varighed

889 Sagsøgerne har i første række anført, at Kommissionen ikke kunne lægge til grund, at overtrædelsesperioden begyndte før det tidspunkt, hvor Lupin opnåede sin markedsføringstilladelse.

890 Med dette argument har sagsøgerne reelt bestridt, at der bestod en potentiel konkurrence. Det fastslås imidlertid i præmis 751 ovenfor, at Lupin på det tidspunkt, hvor aftalen blev indgået, var en potentiel konkurrent til Servier.

891 I anden række har sagsøgerne anført, at Kommissionen, som den havde gjort for det franske marked, burde have konkluderet, at overtrædelsen ophørte i Belgien, Den Tjekkiske Republik, Irland og Ungarn på det tidspunkt, hvor Sandoz indtrådte med generisk perindopril, som ikke krænkede patent 947, på markederne i disse medlemsstater, dvs. i henholdsvis juni 2008, juli 2008, december 2008 og januar 2009.

892 Det skal derfor afgøres, om Kommissionen med urette konkluderede, at overtrædelsen fortsatte efter de datoer, der er nævnt i præmis 891 ovenfor, i de omhandlede medlemsstater.

893 Det skal indledningsvis præciseres, at det generiske produkt, som Sandoz er indtrådt på markedet med, er en form for perindopril-erbumin, som består af et »amorft (ikke-krystallinsk) salt, og som derfor ikke indeholder alfakrystaller, der er beskyttet af patent 947« (212. betragtning til den anfægtede afgørelse).

894 Det skal ligeledes påpeges (jf. præmis 847 ovenfor), at selv om en sådan fortolkning ikke virker indlysende, hvis man ser på den komplekse ordlyd af Lupin-aftalens artikel 1.6, kan det antages, at denne artikel, sammenholdt med samme aftales artikel 4.1, litra c), gør det muligt for Lupin at indtræde tidligt på markedet med sine egne produkter, når der er introduceret et generisk »produkt«, som ikke er fremstillet af Servier, på markedet uden at krænke et påbud, og når Servier ikke har indgivet en begæring om et påbud, som endnu ikke blevet forkastet.

- 895 Da ordet »produkt« skrives med stort begyndelsesbogstav i Lupin-aftalens artikel 4.1, litra c), skal det forstås i overensstemmelse med definitionen i betragtning A til denne aftale.
- 896 Det er imidlertid meget vanskeligt at afgøre, hvilke produkter der er omhandlet i betragtning A til Lupin-aftalen (jf. præmis 832 og 833 ovenfor), hvilket gør det besværligt at anvende denne aftales artikel 4.1, litra c) (jf. præmis 849 og 850 ovenfor).
- 897 Det var således usikkert, hvordan anvendelsesområdet for Lupin-aftalens artikel 4.1, litra c), skulle afgrænses, og som følge heraf også usikkert, om det var muligt at anvende den ikke-markedsføringsklausul, der fandtes i denne aftales artikel 1.6 (jf. præmis 852 ovenfor), bl.a. når der blev introduceret et produkt som Sandoz', der indeholdt erbumin i ikke-alfaform, på markedet.
- 898 Som følge af den usikkerhed, der hersker om rækkevidden af Lupin-aftalens artikel 1.6 og 4.1, og som er beskrevet i præmis 894-897 ovenfor, kunne Lupin imidlertid frygte, at ikke-markedsføringsklausulen stadig ville gælde, efter at en tredjepart havde markedsført generisk perindopril, der ikke bestod af erbumin. En sådan tvivl kunne afholde Lupin fra at indtræde på markedet.
- 899 Det kunne bekræfte denne frygt, at Servier under alle omstændigheder kunne indgive en begæring om et påbud, bl.a. for et produkt, som tydeligvis ikke krænkede noget patent tilhørende Servier, heriblandt patent 947, hvilket ville medføre, at Lupin-aftalens artikel 4.1, litra c), ikke kunne anvendes, før denne begæring var blevet forkastet (jf. præmis 852 ovenfor).
- 900 Det fremgår i denne forbindelse af Lupins skrivelser, at Lupin var i tvivl om muligheden for at indtræde på det franske marked uden at tilsidesætte aftalen (jf. præmis 853 ovenfor) og om den fortsatte anvendelse af ikke-markedsføringsklausulen på dette marked, i hvert fald frem til denne korrespondance, som synes at være fortsat indtil begyndelsen af april 2009, dvs. godt en måned før den 6. maj 2009, hvor overtrædelsen ifølge Kommissionen ophørte for så vidt angik Belgien, Den Tjekkiske Republik, Irland og Ungarn. Det kan heller ikke udledes af den skrivelse fra Servier, der er nævnt i præmis 853 ovenfor, at Servier var af den klare overbevisning, at Lupin kunne indtræde på markedet.
- 901 Med hensyn til de fire markeder, der er nævnt i præmis 900 ovenfor, har sagsøgerne endvidere ikke ført bevis for, at Servier og Lupin inden den 6. maj 2009 havde taget hensyn til Sandoz' gentagne markedsintroduktioner, og at det på trods af den usikkerhed, der var forbundet med den uklare aftale, var deres opfattelse, at ikke-markedsføringsklausulen ikke længere var gældende.
- 902 Den omstændighed, at ikke-markedsføringsklausulen på grund af den usikkerhed, der var forbundet med den uklare aftale, fortsat var gældende, hvilket viste, at der stadig var konsensus mellem parterne – eventuelt i strid med den fortolkning af betingelserne for klausulens anvendelse, der senere kunne anlægges, navnlig af en domstol, der skulle træffe afgørelse om aftaleforholdet – var imidlertid tilstrækkelig til, at Kommissionen kunne konstatere, at den pågældende konsensus mellem Servier og Lupin og dermed overtrædelsen bestod til trods for Sandoz' markedsintroduktioner.
- 903 Selv hvis det antages, at aftalen formelt mistede sin gyldighed regnet fra Sandoz' markedsintroduktioner, må det under alle omstændigheder og henset til det ovenfor anførte (jf. præmis 900 og 901 ovenfor) konkluderes, at Servier og Lupin fortsatte med at anvende ikke-markedsføringsklausulen efter Sandoz' gentagne introduktioner på de pågældende fire markeder.
- 904 Når en aftale som i det foreliggende tilfælde har et konkurrencebegrænsende formål, er det overflødigt at tage hensyn til dens konkrete markedsvirkninger ved afgørelsen af, om der foreligger en overtrædelse (jf. i denne retning dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 98 og 99), og dermed til dens varighed (jf. i denne retning dom af 19.3.2009, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 113, 114 og 140).

Det samme gælder for spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages hensyn til aftalens gennemførelse (jf. i denne retning dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 252).

905 Det kan imidlertid fastslås, at overtrædelsen fortsatte ud over den periode, hvor aftalen formelt var gældende, når de pågældende virksomheder er fortsat med at udvise en forbudt adfærd (dom af 16.6.2011, Solvay Solexis mod Kommissionen, T-195/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:280, præmis 124, og af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 251).

906 Dette er tilfældet i den foreliggende sag (jf. præmis 903 ovenfor).

907 Det følger heraf, at dette anbringende, som Servier har fremsat subsidiært, må forkastes.

c) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Lupin-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende virkning

908 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen begik retlige fejl og foretog urigtige skøn i forbindelse med Lupin-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende virkning.

909 Ved tilsvarende anvendelse af betragtningerne i præmis 566-570 ovenfor må det foreliggende anbringende forkastes som irrelevant.

9. Aftalerne med Krka

a) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Krka-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål

910 Sagsøgerne har anfægtet kvalificeringen af for det første forligs- og licensaftalerne og for det andet overdragelsesaftalen som aftaler med konkurrencebegrænsende formål.

1) Forligs- og licensaftalerne

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

943 Som en undtagelse fra de betragtninger om tillægsaftaler, der er fremført i præmis 797-803 ovenfor, er den omstændighed, at en almindelig handelsaftale tilknyttes en forligsaftale, som indeholder ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, ikke et vigtigt indicium for, at der foreligger en omvendt betaling, når den pågældende handelsaftale er en licensaftale vedrørende det omtvistede patent.

944 Årsagen til denne undtagelse er, at selv om en licensaftale vedrørende et patent ikke tilsigter at bilægge en tvist, men at give tilladelse til at anvende dette patent, kan det ikke desto mindre – i modsætning til hvad der gælder for andre handelsaftaler (jf. præmis 800 ovenfor) – være berettiget at knytte denne licensaftale til en forligsaftale vedrørende det patent, der er licensens genstand.

- 945 En patenttvist udspringer nemlig i princippet af det generikaproducerende selskabs ønske om at indtræde på markedet, hvilket modsvares af patenthaverens ønske om at bevare de rettigheder, som denne har i kraft af dette patent. Det må således anses for at være et meget passende middel til at bringe tvisten til ophør, at der tillades en sådan indtræden ved indgåelse af en licensaftale, eftersom dette gør det muligt at imødekomme kravene hos begge parter i denne tvist.
- 946 Det er i øvrigt blevet fastslået, at anvendelsen af en licensaftale udgør et passende middel til at bringe en tvist til ophør. Dette fremgår af punkt 204 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, hvorefter »[l]icensering kan benyttes som et middel til at bilægge tvister«. Dette punkt svarer til punkt 205 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler.
- 947 Det er så meget desto mere berettiget at knytte en licensaftale til en forligsaftale, når en forligsaftale, hvori der forekommer ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, kun er lovlig, hvis denne aftale er støttet på parternes anerkendelse af patentets gyldighed (jf. præmis 258-261 ovenfor). Indgåelsen af en licensaftale, hvilket kun er relevant for en licenstag, der faktisk udnytter licensen, er imidlertid også støttet på parternes anerkendelse af patentets gyldighed. I denne udstrækning bekræfter licensaftalen således forligsaftalens lovlighed, hvilket fuldt ud berettiger, at den knyttes til denne aftale.
- 948 Eftersom det synes berettiget, at der til en patentforligsaftale knyttes en licensaftale vedrørende samme patent, udgør en sådan tilknytning – i modsætning til, hvad der gælder for andre tillægsaftaler – ikke et vigtigt indicium for, at der foreligger en omvendt betaling (i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i forbindelse med tillægsaftaler, jf. præmis 804 ovenfor).
- 949 Det tilkommer derfor Kommissionen at støtte sig på andre indicier end den ene omstændighed, at licensaftalen er knyttet til forligsaftalen, med henblik på at fastslå, at licensaftalen ikke er indgået på normale markedsvilkår, og at den reelt dækker over en omvendt betaling, som tilskynder det generikaproducerende selskab til at acceptere at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler (jf. præmis 803-808 ovenfor).
- 950 Det bemærkes, at det er mindre nærliggende at fastslå, at der foreligger en omvendt betaling i forbindelse med en licensaftale, eftersom en sådan aftale ikke giver anledning til en pengeoverførsel fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, men fra det generikaproducerende selskab til det originalmedicinproducerende selskab. I forbindelse med en licensaftale betaler licenstageren således et vederlag til patenthaveren.
- 951 Der sker imidlertid en værdioverførsel fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, eftersom vederlaget til patenthaveren udgør en modydelse for den fordel, som det generikaproducerende selskab har af licensaftalen, dvs. tilladelsen til at anvende patentet til at indtræde på markedet uden risiko.
- 952 Det tilkommer derfor Kommissionen at påvise, at denne modydelse er usædvanlig lav, dvs. lavere end det kan forklares ud fra betragtninger, der er begrænset til den økonomiske værdi af det produkt, som er genstand for kontrakten (jf. præmis 806 ovenfor), og at licensaftalen således indebærer en omvendt betaling til fordel for det generikaproducerende selskab.
- 953 Det skal især være klart, at den omhandlede transaktion ikke foregik på normale markedsvilkår, for at det kan fastslås, at den var tilstrækkeligt skadelig til, at forligsaftalen kunne kvalificeres som en aftale med konkurrencebegrænsende formål, eftersom de deri indeholdte ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulers konkurrencebegrænsende karakter mindskes af licensaftalen.
- 954 Ikke-markedsføringsklausulen har nemlig mistet en del af sine virkninger. Samtidig med at licensaftalen ophæver visse af denne klausuls virkninger, fremmer den også det generiske lægemiddels introduktion på markedet ved at fjerne risikoen for, at der opstår en retstvist om patentet.

- 955 Ikke-anfægtelsesklausulen bevarer ganske vist sine virkninger, men de begrænses af den omstændighed, at licensen gør det muligt at indtræde på markedet uden risiko for retstvister. Selv om det er vigtigt for det generikaproducerende selskab at kunne anfægte patentets gyldighed, når dette selskab indtræder på markedet med risiko, gælder dette imidlertid ikke i samme grad, når det originalmedicinproducerende selskab har givet det tilladelse til at indtræde på dette marked ved en licensaftale.
- 956 På dette trin i undersøgelsen skal det påpeges, at som led i patentforligsaftaler kræver kvalificeringen af et konkurrencebegrænsende formål, at der inden for forligsaftalen er både en tilskyndende fordel i forhold til et generikaproducerende selskab og en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab (jf. præmis 272 ovenfor). Det følger imidlertid af det ovenfor anførte, at disse to elementer kan have mindre eller ingen betydning, når der er tale om en licensaftale, hvilket gør det vanskeligt at fastslå, om de er tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49 og 50 samt den deri nævnte retspraksis).
- 957 Det bør tilføjes, at den undtagelse, der er nævnt i præmis 943 ovenfor, hverken er til hinder for den omstændighed, at en licensaftales tilknytning til en ikke-anfægtelsesklausul hører til de konkurrencebegrænsninger, som falder uden for den fritagelse, der er fastsat i artikel 2 i Kommissionens forordning (EF) nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af [...] artikel [101, stk. 3, TEUF] på kategorier af teknologioverførselsaftaler (EUT 2004, L 123, s. 11), eller til hinder for den praksis, som Domstolen opstillede i dom af 25. februar 1986, Windsurfing International mod Kommissionen (193/83, EU:C:1986:75, præmis 89 og 92), og præciserede i dom af 27. september 1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448).
- 958 For det første fremgår det nemlig af artikel 5 i forordning nr. 772/2004, at en licensaftales tilknytning til en ikke-anfægtelsesklausul hører til de konkurrencebegrænsninger, som falder uden for den fritagelse, der er fastsat i samme forordnings artikel 2. Ifølge den nævnte forordnings artikel 2 og 5 finder denne undtagelse og denne fritagelse imidlertid kun anvendelse, for så vidt som de pågældende aftaler indeholder konkurrencebegrænsninger, der er omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF. Det kan følgelig ikke af den omstændighed at en licensaftales tilknytning til en ikke-anfægtelsesklausul hører til de konkurrencebegrænsninger, som falder uden for den fritagelse, der er fastsat i artikel 2 i forordning nr. 772/2004, udledes, at en sådan tilknytning i alle tilfælde udgør en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, og navnlig, at den har et konkurrencebegrænsende formål.
- 959 Domstolen har i denne forbindelse fastslået, at skønt en konkret aftale kun kan være genstand for dispensation efter artikel 101, stk. 3, TEUF, hvis den falder ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, kan den i stk. 3 fastsatte mulighed for dispensation for kategorier af aftaler ikke betyde, at en konkret aftale, som hører til sådanne kategorier, herefter nødvendigvis må opfylde betingelserne i stk. 1. En dispensation for kategorier af aftaler kan således ikke, end ikke indirekte, indeholde nogen stillingtagen med hensyn til en konkret aftale (dom af 13.7.1966, Italien mod Rådet og Kommissionen, 32/65, EU:C:1966:42, s. 297 og 298).
- 960 For det andet har Domstolen fastslået, at en klausul i en licensaftale, hvorefter licenstagere ikke måtte anfægte patentets gyldighed, var uforenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF. Den tilføjede, at en sådan klausul åbenbart ikke henhører under patentets særlige genstand, der ikke kan fortolkes således, at det også sikrer beskyttelse mod søgsmål, hvorunder gyldigheden af et patent anfægtes, idet det er i den offentlige interesse at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent (dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 89 og 92).
- 961 To år senere afsagde Domstolen imidlertid dom i en sag vedrørende en forligsaftale, hvori den uddybede det standpunkt, som den havde indtaget i dom af 25. februar 1986, Windsurfing International mod Kommissionen (193/83, EU:C:1986:75), og hvori den blot fastslog, at en ikke-angrebsklausul under hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng kunne være

konkurrencebegrænsende som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF (dom af 27.9.1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, præmis 16). I samme dom afviste Domstolen i øvrigt Kommissionens indvending om, at indsættelsen af en ikke-angrebsklausul ikke var omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, når den pågældende aftale skulle bringe en verserende retssag til ophør, men den konkluderede ikke, at enhver forligsaftale, der indeholdt en sådan klausul, var omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

- 962 I forbindelse med licensaftaler er det, som det også fremgår af punkt 112 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, licenstagere, der »normalt [...] har de bedste forudsætninger for at bedømme, om en intellektuel ejendomsrettighed er gyldig eller ej«, og dermed for at anfægte den. Dette er grunden til, at det i princippet er forbudt at knytte en licensaftale til en ikke-anfægtelsesklausul (generaladvokat Darmons forslag til afgørelse Bayer og Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1987:336, punkt 8). Når der er indgået en licensaftale som led i en mindelig bilæggelse af en egentlig retstvist mellem de berørte parter, har licenstagere imidlertid allerede haft lejlighed til at anfægte det pågældende patents gyldighed, og hvis licenstagere i sidste ende og uden incitament accepterer at underkaste sig en ikke-anfægtelsesklausul (og en ikke-markedsføringsklausul), må det skyldes den pågældendes tro på, at patentet er gyldigt. I specifik sammenhæng med et forlig, hvor parterne er nået til enighed om at anerkende, at patentet er gyldigt, synes begrundelsen for at forbyde en licensaftales tilknytning til en ikke-anfægtelsesklausul således ikke længere at være relevant, forudsat at forligsaftalen er baseret på aftaleparternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed og ikke på et incitament for licenstagere til at underkaste sig ikke-anfægtelsesklausulen (og ikke-markedsføringsklausulen).
- 963 Det følger heraf, at når der foreligger en egentlig retstvist mellem de berørte parter og en licensaftale, som synes at være direkte forbundet med den mindelige bilæggelse af denne tvist, er den omstændighed, at denne aftale er tilknyttet forligsaftalen, ikke et vigtigt indicium for, at der foreligger en omvendt betaling. I en sådan situation skal Kommissionen derfor støtte sig på andre indicier for at påvise, at licensaftalen ikke svarer til en transaktion, der er foregået på normale markedsvilkår, og således dækker over en omvendt betaling (i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i forbindelse med tillægsaftaler, jf. præmis 804 ovenfor).
- 964 Det er ud fra disse betragtninger, at det skal afgøres, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde med rette kunne konkludere, at forligs- og licensaftalerne mellem Servier og Krka kunne kvalificeres som aftaler med konkurrencebegrænsende formål.
- 965 Det skal i første række undersøges, om der forelå egentlige tvister, og om licensaftalen syntes at være tilstrækkeligt direkte forbundet med den mindelige bilæggelse af disse tvister, således at det var begrundet at knytte den til forligsaftalen.
- 966 I denne forbindelse skal det for det første bemærkes, at der forelå egentlige igangværende tvister mellem Servier og Krka på det tidspunkt, hvor aftalen blev underskrevet, og at disse tvister blev bilagt i forlængelse af forligsaftalen, som i artikel I, litra i) og ii), bestemte, at begge parter skulle frafalde igangværende sager mellem dem.
- 967 Ti generikaproducerende selskaber, herunder Krka, havde i 2004 fremsat indsigelse mod patent 947 for EPO med henblik på fuldstændig tilbagekaldelse heraf, idet de påberåbte sig, at patentet ikke var en nyhed, manglende opfindeshøjde, og at beskrivelsen af opfindelsen var utilstrækkelig. Den 27. juli 2006 godkendte EPO's indsigelsesafdeling gyldigheden af dette patent efter mindre ændringer af Serviers oprindelige patentkrav. Syv selskaber klagede dernæst over EPO's afgørelse af 27. juli 2006. Krka trak sin indsigelse tilbage den 11. januar 2007 i overensstemmelse med den forligsaftale, der var indgået med Servier.

- 968 Endvidere havde Servier den 28. juli 2006 i Det Forenede Kongerige anlagt en sag om krænkelse af patent 340 mod Krka ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)). Den 2. august 2006 havde Servier ligeledes anlagt en sag om krænkelse af patent 947 mod Krka ledsaget af en begæring om et foreløbigt påbud. Krka havde den 1. september 2006 fremsat et modkrav om ophævelse af patent 947 og den 8. september 2006 et nyt modkrav om ophævelse af patent 340. Den 3. oktober 2006 imødekom High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) Serviers begæring om et foreløbigt påbud, hvorefter den forkastede den begæring, som Krka havde fremsat den 1. september 2006. Den 1. december 2006 bortfaldt den verserende sag i overensstemmelse med den forligsaftale, som parterne havde indgået, og det foreløbige påbud blev ophævet.
- 969 For det andet var både forligsaftalen og licensaftalen forbundet med de pågældende tvister. Forligsaftalen – og navnlig de deri indeholdte ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler – var nemlig begrænset til anvendelsesområdet for de patenter, der var genstand for tvisterne mellem Servier og Krka. Licensaftalen vedrørte patent 947 og var derfor også direkte forbundet med disse tvister.
- 970 For det tredje forelå der på det tidspunkt, hvor forligs- og licensaftalerne blev indgået, samstemmende indicier, som kunne give parterne det indtryk, at patent 947 var gyldigt (jf. præmis 967 og 968 ovenfor).
- 971 For det fjerde havde der ganske vist allerede været kontakter mellem Servier og Krka forud for EPO's afgørelse af 27. juli 2006, hvori det bekræftedes, at patent 947 var gyldigt (jf. bl.a. 837. betragtning til den anfægtede afgørelse), men de var ikke blevet udmøntet i nogen aftale (856.-859. betragtning til den anfægtede afgørelse), og der blev først indledt nye forhandlinger, efter at denne afgørelse var truffet (898. betragtning til den anfægtede afgørelse). EPO's afgørelse af 27. juli 2006, hvori det bekræftedes, at patent 947 var gyldigt, var derfor i hvert fald én af de udløsende faktorer, som blev udmøntet i forligs- og licensaftalerne.
- 972 Henset til rækkevidden af klausulerne i forligsaftalen og i licensaftalen og til den sammenhæng, hvori disse aftaler blev indgået, må det således fastslås, at sammenknytningen af disse to aftaler var berettiget og derfor ikke udgør et vigtigt indicium for, at der forelå en omvendt betaling fra Servier til Krka, som licensaftalen gav anledning til (jf. præmis 948 ovenfor).
- 973 På denne baggrund skal det i anden række undersøges, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde med støtte i andre indicier eller beviser end den ene omstændighed, at licensaftalen var knyttet til forligsaftalen, formåede at fastslå, at licensaftalen ikke var blevet indgået på normale markedsvilkår (jf. præmis 949 og 963 ovenfor).
- 974 Det skal herved bemærkes, at det er ubestridt, at hverken forligsaftalen eller licensaftalen – til forskel fra de andre aftaler, der var omfattet af den anfægtede afgørelse – gav anledning til en pengeoverførsel fra Servier til Krka.
- 975 Ifølge licensaftalen skulle Krka endda betale et vederlag på 3% af sin nettoafsætning til Servier.
- 976 Vederlaget udgør ganske vist en modydelse for den fordel, som det generikaproducerende selskab har af licensaftalen, dvs. tilladelsen til at anvende patentet til at indtræde på markedet uden risiko. Det tilkom imidlertid Kommissionen at påvise, at denne modydelse var usædvanlig lav, og at licensaftalen derfor medførte en omvendt betaling til fordel for Krka.

- 977 Selv om Kommissionen i den anfægtede afgørelse fremlagde visse indicier, som tydede på, at licensaftalen fremmede Krkas forretningsmæssige interesser (1738.-1744. betragtning og navnlig 1739. betragtning), påviste den imidlertid ikke, at vederlagssatsen på 3% var usædvanlig lav, dvs. lavere end det kunne forklares ud fra betragtninger, der var begrænset til den økonomiske værdi af det patent, som var genstand for licensen (jf. præmis 952 ovenfor).
- 978 Hvad angår Kommissionens bemærkning om, at vederlagssatsen var meget lavere end Serviers driftsresultat for 2007 i Den Tjekkiske Republik, Ungarn og Polen, er det ikke nødvendigvis usædvanligt, at satsen for et driftsoverskud, som svarer til bruttooverskuddet fra en aktivitet, langt overstiger satsen for vederlaget i forbindelse med en licensaftale, som kun svarer til prisen for retten til at anvende et patent.
- 979 Kommissionens argument om, at vederlaget udgjorde en beskedent andel af Krkas fortjenstmargen, må af samme grund også forkastes. Det generikaproducerende selskabet ville endvidere ikke have nogen interesse i at indgå en licensaftale, hvis vederlaget ikke gjorde det muligt for det at opnå en tilstrækkelig fortjenstmargen.
- 980 Det var endelig ikke usædvanligt, at vederlagssatsen for et patent, der blev anvendt af Krka, blev beregnet på grundlag af salgsprisen for Krkas produkt og ikke på grundlag af salgsprisen for Serviers produkt.
- 981 Alle disse omstændigheder kan – også samlet set – højst påvise, at prisen for den licens, der blev tildelt Krka, fremmede selskabets forretningsmæssige interesser, men er ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at den omhandlede transaktion ikke foregik på normale markedsvilkår, i og med at Servier ifølge licensaftalen kunne fortsætte med at markedsføre sit produkt i de syv medlemsstater, hvor licensen var gældende, enten direkte eller gennem et af sine koncernselskaber eller gennem en enkelt tredjepart for hver medlemsstat. Den tildelte licens var således ikke eksklusiv, hvilket gjorde den mindre fordelagtig for Krka, for så vidt som der var en risiko for, at Krkas produkt blev udsat for konkurrence fra et andet generisk produkt, uanset om det blev markedsført eller fremstillet af Servier eller af en tredjepart.
- 982 Hertil kommer, at Kommissionen i retsmødet selv tilkendegav, at den ikke bestred, at vederlaget var i overensstemmelse med markedspraksis. Da Kommissionen i den anfægtede afgørelse – ganske vist subsidiært – pegede på, at »det ikke så meget er de lave vederlag som den omstændighed, at der blev tildelt en enlicens til gengæld for tilsagnet om ikke at indtræde eller anfægte Serviers patenter på en række andre afgrænsede markeder, der er central for denne analyse« (fodnote 2354), tilkendegav den allerede, at den fejlagtigt lagde mindre vægt på den omstændighed, at transaktionen kunne være indgået på normale markedsvilkår.
- 983 Det følger af betragtningerne i præmis 977-982 ovenfor, at Kommissionen ikke har godtgjort, at den vederlagssats på 3%, der var fastsat i licensaftalen, var usædvanlig lav, dvs. lavere end det kunne forklares ud fra betragtninger, der var begrænset til den økonomiske værdi af det patent, som var genstand for licensen. Kommissionen har således ikke godtgjort, at licensaftalen ikke udgjorde en transaktion, som var foregået på normale markedsvilkår.
- 984 Kommissionen har som følge heraf ikke godtgjort, at der rent faktisk forekom en omvendt betaling, som skyldtes, at der blev tildelt en licens til en usædvanlig lav pris (jf. præmis 803 ovenfor), og som udgjorde et incitament, da den ikke havde til formål at kompensere for omkostninger, der var forbundet med den mindelige bilæggelse af tvisten (jf. præmis 809 ovenfor).
- 985 Kommissionen kunne følgelig ikke med rette fastslå, at der i det foreliggende tilfælde forelå en konkurrencebegrænsning, som var tilstrækkeligt skadelig til, at den kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

- 986 Den ovenfor anførte konklusion kan ikke drages i tvivl af de øvrige omstændigheder, som Kommissionen lagde til grund i den anfægtede afgørelse.
- 987 Selv hvis det for det første antages, at licensaftalen var tilskyndende, fordi den gjorde det muligt at etablere et fordelagtigt duopol mellem Servier og Krka i de pågældende syv medlemsstater – dvs. på en del af markedet, hvor Kommissionen ikke påviste nogen overtrædelse – hvilket Kommissionen anførte i den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. 1728., 1734. og 1742. betragtning), skyldtes dette duopol ikke selve aftalen, men de valg, som Servier og Krka foretog efter denne aftales indgåelse, dvs. for Serviers vedkommende valget om ikke at meddele et andet generikaproducerende selskab licens eller om ikke selv at markedsføre en billig generisk version af sin egen perindopril (1727. betragtning til den anfægtede afgørelse), og for Krkas vedkommende valget om ikke at indføre en aggressiv prispolitik (1744. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 988 Det konkurrencebegrænsende formål, som Kommissionen fastslog, og navnlig det incitament, der var en af forudsætningerne for denne begrænsning (jf. præmis 272 ovenfor), vedrører imidlertid de forligs- og licensaftaler, der blev indgået mellem Servier og Krka, og ikke den praksis, som blev fulgt i forlængelse af disse aftaler, og som ikke var fastlagt heri.
- 989 Såfremt det pågældende duopol kan betragtes som en gennemførelse af aftalerne, skal det bemærkes, at Kommissionen og Unionens retsinstanser ved undersøgelsen af en aftales konkurrencebegrænsende formål og navnlig ved undersøgelsen af dens økonomiske og retlige sammenhæng ikke kan se fuldstændig bort fra denne aftales potentielle virkninger (jf. den retspraksis, der er nævnt i præmis 304 ovenfor). Det fremgår imidlertid også af retspraksis, at afgørelsen af, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, ikke – bl.a. under dække af undersøgelsen af den pågældende aftales økonomiske og retlige sammenhæng – må foranledige en vurdering af denne aftales virkninger, da den sondring mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning, der er indført ved artikel 101, stk. 1, TEUF, ellers vil miste sin effektive virkning (jf. præmis 221 ovenfor). Når det efterprøves, om en aftale specifikt kan have de konkurrencebegrænsende virkninger, som kendetegner aftaler med konkurrencebegrænsende formål, skal undersøgelsen af aftalens potentielle virkninger således begrænses til virkninger, som følger af de omstændigheder, der objektivt kunne forudses på tidspunktet for den nævnte aftales indgåelse (jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse ING Pensii, C-172/304, EU:C:2015:272, punkt 84; jf. i denne retning også dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 80-82).
- 990 I det foreliggende tilfælde er de hævdede potentielle virkninger, dvs. det duopol, der efter Kommissionens opfattelse opstod, imidlertid baseret på hypotetiske omstændigheder, som altså ikke kunne forudses objektivt på tidspunktet for aftalens indgåelse.
- 991 I 1725. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen under alle omstændigheder med henvisning til den praksis, der gik ud på at fylde apotekernes lagre op, og en klage til de polske myndigheder over illoyal konkurrence, at »Servier næppe kunne anses for at have udvist samarbejdsvilje over for Krka på de syv markeder, hvor der var meddelt licens«. Som det fremgår af 1728. betragtning til den anfægtede afgørelse, kunne der desuden forekomme en vis konkurrence mellem disse virksomheder på trods af det duopol mellem Servier og Krka, som Kommissionen beskrev.
- 992 For det andet var licensaftalen efter Kommissionens opfattelse tilskyndende i det foreliggende tilfælde, eftersom den gjorde det muligt for Krka at indtræde på visse markeder uden risiko, forudsat at de holdt sig væk fra andre markeder. I et sådant perspektiv, hvor ikke-markedsførings- eller ikke-anfægtelsesklausulernes anvendelsesområde er større end licensaftalens, og der således er en forskydning eller »asymmetri« mellem disse aftaler, som Kommissionen udtrykte det i 1706. og 1736. betragtning til den anfægtede afgørelse, kan det konkluderes, at der forekommer et incitament, da

licensaftalen ved at gøre det muligt for det generikaproducerende selskab at indtræde på visse dele af markedet uden risiko reelt sigter mod at tilskynde dette selskab til at acceptere at trække sig ud af de andre dele af markedet til gavn for det originalmedicinproducerende selskab.

993 En sådan argumentation kan ikke tiltrædes.

994 Det skal nemlig indledningsvis bemærkes, at den tilgang, som Kommissionen har foreslået, og hvorefter den ene omstændighed, at der – selv på normale markedsvilkår – er indgået en licensaftale i tilknytning til en forligsaftale, som indeholder konkurrencebegrænsende klausuler, der kan udgøre et incitament, paradoksalt nok kan resultere i, at jo bredere en licensaftales anvendelsesområde er, jo større er incitamentet, og jo lettere er det at fastslå, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, medmindre licensaftalens anvendelsesområde svarer fuldstændig til forligsaftalens.

995 Jo bredere en licensaftales anvendelsesområde er – navnlig i forhold til anvendelsesområdet for den forligsaftale, som den er knyttet til – jo mere gavner denne aftale imidlertid konkurrencen, henset til de konkurrencefremmende virkninger af licensen, som tilskynder et generikaproducerende selskab til at indtræde på markedet og begrænser den konkurrencebegrænsende karakter af forligsaftalens ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler (jf. præmis 954 og 955 ovenfor).

996 Det kan i denne forbindelse bemærkes, at generaladvokat Wahl i sit forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 55) anførte, at den formalistiske tilgang til påvisning af et konkurrencebegrænsende formål kun kunne anvendes, når der var tale om adfærd, i forbindelse med hvilken det kunne konkluderes, at dens skadelige virkninger på konkurrencen var større end de konkurrencefremmende virkninger.

997 Kommissionens antagelse, hvorefter patenthaveren er forpligtet til at indgå en licensaftale for hele det område, som forligsaftalens konkurrencebegrænsende klausuler finder anvendelse på, tager endvidere ikke hensyn til patenthaverens intellektuelle ejendomsrettigheder og heller ikke til den skønsmargen, som patenthaveren har i forbindelse med udstedelse af licens (jf. vedrørende en situation, hvor patenthaveren har en dominerende stilling, dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 331). Denne antagelse tager heller ikke hensyn til den skønsmargen, som parterne i en tvist er nødt til have for at kunne bilægge denne tvist i mindelighed og god tro.

998 Indgåelsen af en »asymmetrisk« licensaftale er i øvrigt ikke nødvendigvis så fordelagtig for et generikaproducerende selskab, der ikke anerkender det pågældende patents gyldighed, at det vil underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler. Den fordel, der er forbundet med at indgå en sådan aftale, kan kun betragtes som et incitament, hvis den sikrer dette selskab en kompensation for et sikkert tab af forventet fortjeneste, som skyldes, at selskabet har accepteret et forlig med klausuler, som forbyder det at indtræde på visse geografiske dele af markedet. For et selskab, som har ringe tiltro til patentets gyldighed, og som er i stand til at indtræde på hele det marked, der er omfattet af ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne, udgør en licens, hvis geografiske rækkevidde er mere begrænset end de nævnte klausulers anvendelsesområde, ikke en økonomisk tilfredsstillende løsning, der kan få det til at acceptere disse klausuler. Licensen åbner ganske vist i et vist omfang det marked, der er omfattet af patentet, for det nævnte selskab ved at gøre det muligt for det at opnå den forventede fortjeneste på denne del af markedet, men hvis det ikke er fastslået, at vederlagssatsen for denne licens er usædvanlig lav for den nævnte del af markedet, giver denne licens ikke selskabet nogen kompensation for de øvrige dele af markedet, hvor det kunne have opnået en fortjeneste, hvis patentet var blevet ophævet, men hvortil det fremover ikke har adgang.

999 I det foreliggende tilfælde var den indtjening, som Krka regnede med at opnå på de 18-20 markeder, som licensaftalen ikke gjaldt for, på ingen måde ubetydelig. I den anfægtede afgørelse oplyste Kommissionen nemlig, at overskuddene på de vesteuropæiske markeder tilnærmelsesvis svarede til overskuddene på de tre største af de syv markeder, der var omfattet af licensaftalen (fodnote 2348). Selv om der skal tages hensyn til, at licensen fjerner enhver risiko for, at der anlægges en

patentkrænkelsessag, og at det således var mere sikkert, hvilken fortjeneste Krka kunne opnå som følge af licensaftalen, afhang den betydning, som dette selskab kunne tillægge en sådan risiko, i høj grad af dets tillid til patentets gyldighed. Den omstændighed, at Krka anerkendte gyldigheden af patent 947, var derfor afgørende for selskabets afgørelse om at vælge en begrænset, men licensbeskyttet, indtræden på de pågældende syv markeder i stedet for en mere generel indtræden på alle medlemsstaternes markeder, hvor der var stor risiko for patentkrænkelse på grund af den styrke, som det nævnte patent efter Krkas opfattelse havde.

- 1000 Hvad for det tredje angår de øvrige omstændigheder, der angiveligt viser, at licensaftalen virkede tilskyndende for Krka, skal det først og fremmest bemærkes, at den omstændighed, at Krka anslog de offeromkostninger, der var forbundet med afgørelsen om ikke at indgå aftaler, til mere end 10 mio. EUR i »tabt fortjeneste« over en treårig periode (1738. betragtning til den anfægtede afgørelse), snarere udgjorde et yderligere indicium for, at selskabet anså patent 947 for at være gyldigt. Den pågældende fortjeneste svarede nemlig til den, der forventedes, hvis selskabet indtrådte eller forblev på de syv markeder, der var omfattet af licensaftalen. Krka syntes således at have anset det for usandsynligt eller udelukket, at selskabet uden en aftale med Servier ville indtræde med risiko eller forblive på disse markeder, hvilket bekræftes af, at det anerkendte gyldigheden af patent 947.
- 1001 Selv om det fremgår af 1740. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori der henvises til 913. betragtning hertil, at de 18-20 andre markeder »traditionelt [var] mindre vigtige for Krka«, var den fortjeneste, der forventedes på disse markeder, i øvrigt på ingen måde ubetydelig (jf. præmis 999 ovenfor).
- 1002 Det kan således ikke fastslås, at licensaftalen virkede tilskyndende for Krka, ud fra de omstændigheder, der er beskrevet i præmis 1000 og 1001 ovenfor.
- 1003 For det fjerde konstaterede Kommissionen med urette i den anfægtede afgørelse, at forligs- og licensaftalerne indebar en markedsdeling mellem Servier og Krka (jf. overskriften til den anfægtede afgørelses afsnit 5.5.3 og navnlig 1745. betragtning hertil).
- 1004 Med hensyn til de syv markeder, der var omfattet af licensaftalen, fastslog Kommissionen ganske vist ikke, at der forelå en overtrædelse for denne del af det indre marked, men den fastslog under hensyntagen til Serviers og Krkas adfærd på disse syv markeder og til indgåelsen af licensaftalen, som den kvalificerede som et incitament, at der var sket en markedsdeling, som var baseret på en sondring mellem på den ene side de 18-20 andre medlemsstater og på den anden side disse syv medlemsstater.
- 1005 Servier var imidlertid ikke udelukket fra markederne i de syv medlemsstater, hvor Krka og Servier konkurrerede med hinanden (jf. præmis 991 ovenfor).
- 1006 Der var således ingen del af markedet, som i henhold til aftalerne var blevet forbeholdt Krka. Det kan derfor ikke konkluderes, at der var sket en markedsdeling i form af en skarp opdeling mellem aftaleparterne for så vidt angik denne del af det indre marked.
- 1007 Det skal i øvrigt bemærkes, at licensaftalen i disse syv medlemsstater medvirkede til, at et generikaproducerende selskab, der var konkurrent til det originalmedicinproducerende selskab, kunne indtræde eller forblive på markedet. Den havde derfor en positiv indvirkning på konkurrencen i forhold til tidligere, hvor det generikaproducerende selskab kun kunne forblive eller indtræde på markedet med risiko, eftersom de kompetente myndigheder netop havde bekræftet, at det vigtigste patent, der var tale om, nemlig patent 947, var gyldigt, og der efter Krkas opfattelse forelå en alvorlig risiko for, at dets produkt var patentkrænkende.
- 1008 Det skal tilføjes, at den omstændighed, at Servier på det tidspunkt, hvor aftalerne blev indgået, endnu ikke var blevet meddelt nationale patenter svarende til patent 947 på visse af de pågældende syv markeder, selv om Krka allerede havde markedsført sit produkt (1755. betragtning til den anfægtede

afgørelse), ikke gør det muligt at konkludere, at forligsaftalen ikke havde nogen positiv indvirkning på konkurrencen. Selv om Krka ganske rigtigt kunne have indtrådt på disse markeder forud for licensaftalen uden at blive udsat for en umiddelbar trussel om et eventuelt patentkrænkelssøgsmål, og selv om licensen som følge heraf ikke spillede nogen afgørende rolle i forbindelse med denne indtræden på de pågældende markeder, gjorde licensen det ikke desto mindre muligt for Krka at blive på disse markeder uden risiko for at blive genstand for et sådant søgsmål.

¹⁰⁰⁹ Licensaftalens positive indvirkning på konkurrencen, som er fastslået i præmis 1007 og 1008 ovenfor, understøtter konklusionen om, at der ikke var sket nogen markedsdeling for så vidt angår de syv medlemsstater, der var omfattet af licensaftalen.

¹⁰¹⁰ Licensaftalens positive indvirkning på konkurrencen bekræftes endvidere af det uddrag fra Krkas svar på en anmodning om oplysninger, som er indeholdt i 913. betragtning til den anfægtede afgørelse. Der fremgår bl.a. følgende af dette uddrag:

»At opnå en licens og trække indsigelserne tilbage blev betragtet som den bedste løsning for Krka på daværende tidspunkt – for straks at kunne sælge perindopril på Krkas vigtigste markeder i Central- og Østeuropa, dvs. allerede fra 2006.

Ifølge alle de øvrige scenarier var en lancering ikke mulig før mindst to år efter juli 2006, og selv derefter var der ingen garanti for en lancering (der var risiko for, at patent 947 blev opretholdt, og risici for udvikling af ikke-alfaformen).«

¹⁰¹¹ Det uddrag, der citeres i præmis 1010 ovenfor, understøtter konklusionen om, at Krka mente, at det uden licensaftalen ville være umuligt at forblive eller straks at indtræde på markederne i de syv medlemsstater, der var omfattet af denne aftale, på grund af patent 947 (jf. præmis 999 og 1000 ovenfor).

¹⁰¹² Med hensyn til de 18-20 andre markeder, dvs. den eneste del af markedet, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en overtrædelse, skal det bemærkes, at når det ikke er påvist, at der forekom et incitament (jf. præmis 984 ovenfor), må ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne anses for at indgå i en legitim patentforligsaftale, hvortil der er knyttet en licensaftale (jf. præmis 963 ovenfor). Et sådant aftalekompleks, der er baseret på anerkendelsen af patentets gyldighed, kan derfor ikke kvalificeres som en aftale om udelukkelse fra markedet.

¹⁰¹³ Der var derfor ingen del af markedet, som ulovligt var blevet forbeholdt Servier.

¹⁰¹⁴ Den markedsdeling, ud fra hvilken Kommissionen også fastslog, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, er således ikke godtgjort.

¹⁰¹⁵ Kommissionen påviste for det femte ikke, at Servier eller Krka havde haft til hensigt at indgå en aftale om deling af eller udelukkelse fra markedet, at Servier havde ønsket at tilskynde Krka til at undlade at konkurrere med dette selskab, eller at Krka havde haft til hensigt at undlade at udøve konkurrencepres på Servier mod at opnå en tilskyndende fordel.

¹⁰¹⁶ Det skal indledningsvis bemærkes, at det er hyppigt forekommende, at de aktiviteter, som en konkurrencebegrænsende praksis og konkurrencebegrænsende aftale indebærer, gennemføres hemmeligt, at møderne afholdes hemmeligt, og at dokumenterne herom begrænses til et minimum. Det følger heraf, at selv i tilfælde, hvor Kommissionen opdager dokumenter, der udtrykkeligt viser en ulovlig kontakt mellem erhvervsdrivende, er disse normalt brudstykkeagtige og spredte, hvorfor det ofte viser sig nødvendigt at rekonstruere visse enkeltheder ved hjælp af følgeslutninger (dom af 25.1.2007, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 51). Det skal imidlertid bemærkes, at de aftaler, der er omhandlet i den foreliggende sag, er egentlige kontrakter, som i øvrigt blev præsenteret for et bredt

publikum (915. betragtning til den anfægtede afgørelse). Da Kommissionen uden videre kunne gøre sig bekendt med hele indholdet af de pågældende aftaler, synes den netop anførte retspraksis ikke at være særlig anvendelig. Følgeslutninger baseret på løsrevne uddrag fra e-mails eller andre dokumenter, som skal belyse parternes hensigter, kan ikke uden videre rejse tvivl om en konklusion, der er baseret på selve aftalernes indhold, dvs. på det bindende retlige forhold, som parterne har besluttet at etablere mellem hinanden.

- 1017 Det bør også fremhæves, at dokumenter fra tiden efter EPO's afgørelse af 27. juli 2006 eller efter det foreløbige påbud af 3. oktober 2006, der blev udstedt mod Krka i Det Forenede Kongerige, i det foreliggende tilfælde kan give et bedre indtryk af, hvilke hensigter parterne havde, da de indgik forligs- og licensaftalerne. Disse to begivenheder medførte nemlig en væsentlig ændring af den sammenhæng, hvori aftalerne blev indgået, navnlig hvad angår den opfattelse, som Krka, men også Servier, kunne have af gyldigheden af patent 947.
- 1018 Hvad Krka angår er de dokumenter, som Kommissionen støttede sig på for at klarlægge Krkas hensigter (jf. bl.a. 849.-854. og 1758.-1760. betragtning til den anfægtede afgørelse samt de betragtninger, som der henvises til heri), relateret til perioder efter disse to begivenheder.
- 1019 De citerede uddrag er under alle omstændigheder for brudstykkeagtige eller uklare til, at det – i modsætning til, hvad der flere gange er blevet nævnt (jf. bl.a. præmis 999, 1000 og 1011 ovenfor) – kan fastslås, at Krka ikke anerkendte gyldigheden af patent 947, og dermed at Krka på tidspunktet for forligs- og licensaftalernes indgåelse havde til hensigt at indgå aftaler om deling af eller udelukkelse fra markedet.
- 1020 Hvad Servier angår er der kun nævnt ét uddrag af et dokument, som ligger efter de to ovennævnte begivenheder og angiveligt afslører selskabets konkurrencebegrænsende hensigter, og som der henvises til i den del af den anfægtede afgørelse, der omhandler disse hensigter (1761. og 1762. betragtning), nemlig: »fire år mere = stor succes«.
- 1021 Dette uddrag findes i referatet af et møde i Serviers øverste ledelse, hvori der henvises til dom af 6. juli 2007 afsagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)), hvoraf det fremgik, at patent 947 var ugyldigt, fordi det manglede nyhedsværdi og opfindelseshøjde i forhold til patent 341.
- 1022 Selv hvis det af dette uddrag måtte udledes, at Serviers ledelse i forlængelse af denne dom havde anset fordelene ved patent 947 for at være, at det gjorde det muligt for selskabet at opnå fire års fortsat beskyttelse, kan det ikke heraf konkluderes, at Servier den 27. oktober 2006, hvor forligs- og licensaftalerne blev underskrevet, havde til hensigt at indgå aftaler om deling af eller udelukkelse fra markedet, og heller ikke fastslås, at forligs- og licensaftalerne havde konkurrencebegrænsende formål.
- 1023 Et andet generikaproducerende selskabs bemærkning om, at det »ser ud til, at begrundelsen for dette forlig ifølge Servier er, at det beskytter de nøglemarkeder, hvor der hyppigt forekommer substitution og/eller ordinerings af [internationalt fællesnavn]« (1730. betragtning til den anfægtede afgørelse), kan i øvrigt ikke – selv om der tages hensyn til alle de øvrige indicier, som Kommissionen har fremført – føre til den konklusion, at Servier havde til hensigt at indgå aftaler med Krka om deling af eller udelukkelse fra markedet.
- 1024 Endelig virker Kommissionens gentagne henvisninger i den anfægtede afgørelse til et dokument med titlen »Coversyl: forsvar mod generika« ikke overbevisende. Dette dokument stammer nemlig fra tiden før EPO's afgørelse af 27. juli 2006 og før det foreløbige påbud af 3. oktober 2006, der blev udstedt mod Krka i Det Forenede Kongerige, hvilket gør det betydeligt mindre relevant (jf. præmis 1017 ovenfor). Det fremgår desuden af selve den anfægtede afgørelse, at dette dokument ikke udtrykkeligt beskriver en strategi over for Krka, men at det højst følger »af dokumentets karakter og struktur« og af

»den sammenhæng, hvori der henvises til Krka«, at der blev »overvejet« et forsvar mod dette selskab (fodnote 2386). Det fremgår endelig ikke af de uddrag fra dette dokument, der er citeret i den anfægtede afgørelse, at Servier gav udtryk for tvivl om, hvorvidt patent 947 var gyldigt.

- 1025 Hvis Kommissionen skal rejse tvivl om den konklusion, som Retten har draget i præmis 985 ovenfor, og godtgøre, at de pågældende aftaler, i modsætning til, hvad der blev konkluderet ved vurderingen af deres indhold og af den sammenhæng, hvori de blev indgået, havde til formål at opkøbe en konkurrent for at udelukke denne fra markedet, er den under alle omstændigheder, bl.a. henset til betragtningerne i præmis 1016 ovenfor, nødt til at fremlægge en række relevante og samstemmende indicier. Kommissionen har imidlertid ikke været i stand til at fremlægge sådanne indicier.
- 1026 For det sjette er den omstændighed, at Krka fortsatte med at anfægte Serviers patenter og med at markedsføre sit produkt, selv om EPO's indsigelsesafdeling havde bekræftet, at patent 947 var gyldigt, ikke afgørende for konklusionen om, hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, da Krka kunne have fastholdt konkurrencepresset på Servier, fordi selskabet på trods af de retstvister, som det risikerede, ønskede at styrke sin position i de forhandlinger, som det kunne føre med Servier for at nå frem til en forligsaftale.
- 1027 Selv om Krka fortsatte med at anfægte Serviers patent, indebar det desuden ikke, at Krka løb en yderligere risiko med hensyn til patentkrænkelse. Det øgede blot Krkas procesomkostninger. Den fortsatte markedsføring af Krkas produkt var begrænset til fem central- og østeuropæiske markeder, og Kommissionen oplyste i den anfægtede afgørelse, at Krka »til sidst indstillede overvejelserne om at indtræde med risiko på markederne i Frankrig, Det Forenede Kongerige og andre vesteuropæiske lande i kølvandet på [indsigelsesafdelingens] afgørelse« (1693. betragtning). Desuden var der på fem af de syv markeder, der var omfattet af licensen, endnu ikke blevet meddelt patenter svarende til patent 947 (1755. betragtning til den anfægtede afgørelse). Krka løb således en begrænset risiko, i hvert fald på visse af de markeder, hvor selskabet stadig var til stede.
- 1028 Henset til de forhold, der er beskrevet i præmis 1026 og 1027 ovenfor, gør den omstændighed, at Krka fortsatte med at anfægte Serviers patenter og med at markedsføre sit produkt, selv om EPO's indsigelsesafdeling havde bekræftet, at patent 947 var gyldigt, det i modsætning til det af Kommissionen anførte ikke muligt at konkludere, at EPO's afgørelse af 27. juli 2006 ikke havde afgørende betydning for Krkas opfattelse af patent 947 og som følge heraf for dette selskabs efterfølgende valg om at gå med til et forlig med Servier.
- 1029 For det syvende pegede Kommissionen ganske vist på en række omstændigheder, som viste, at forligs- og licensaftalerne havde været genstand for en handelsmæssig forhandling mellem Servier og Krka, hvor Krka forsøgte at opnå størst mulig fordel af aftalerne og endda gjorde licensaftalen til en betingelse for, at selskabet kunne godtage ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne (jf. bl.a. 913. og 1746.-1748. betragtning til den anfægtede afgørelse), men disse omstændigheder gør det – heller ikke sammenholdt med de øvrige omstændigheder, som Kommissionen har gjort gældende – ikke muligt at fastslå, at licensaftalen ikke var en transaktion, som var foregået på normale markedsvilkår, dvs. at den vederlagsats på 3%, der var fastsat i licensaftalen, ikke blev valgt af forretningsmæssige hensyn, men for at tilskynde Krka til at acceptere at underkaste sig de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der var indeholdt i forligsaftalen.
- 1030 Det skal desuden påpeges, at indgåelsen af en licensaftale, hvilket kun er relevant for en licenstag, der faktisk udnytter licensen, er støttet på parternes anerkendelse af patentets gyldighed (jf. præmis 947 ovenfor). Selv om et generikaproducerende selskab forsøger at opnå en licensaftale, der tilgodeser dets forretningsmæssige interesser mest muligt, er dette således ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at dette selskab ikke har indgået den pågældende aftale på grundlag af sin anerkendelse af patentets gyldighed.

- 1031 Det skal desuden tilføjes, at en aftale, der var fordelagtig for Krka, gjorde det muligt for dette selskab at indtræde på de dele af markedet, hvor det stod stærkest og kunne markedsføre sit produkt hurtigst eller fortsætte med at markedsføre det, hvilket fremmer konkurrencen. Et generikaproducerende selskab såsom Krka, der forsøger at opnå en licens hos det originalmedicinproducerende selskab, som tilgodeser dets forretningsmæssige interesser mest muligt, har således de samme interesser som forbrugeren, eftersom licensaftalen sikrer, at et generikaproducerende selskab kommer hurtigt ind på markedet eller forbliver dér.
- 1032 Det følger af det ovenfor anførte, at konklusionen i præmis 985 ovenfor må bekræftes, da de pågældende forligs- og licensaftaler ikke var tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at Kommissionen med rette kunne fastslå, at de havde et konkurrencebegrænsende formål. Det fremsatte anbringende kan følgelig tiltrædes.

2) Overdragelsesaftalen

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- 1041 Det skal indledningsvis bemærkes, af hvilke afgørende grunde Kommissionen i den anfægtede afgørelse konkluderede, at overdragelsesaftalen kunne kvalificeres som en aftale med konkurrencebegrænsende formål.
- 1042 Kommissionen konstaterede først på den ene side, at Krka som led i overdragelsesaftalen havde overdraget to patentansøgninger til Servier, hvoraf den ene vedrørte en synteseproces for perindopril (WO 2005 113500), og den anden vedrørte tilberedning af perindoprilformuleringer (WO 2005 094793), og på den anden side, at den teknologi, der var omhandlet af disse patentansøgninger, blev anvendt til fremstilling af Krkas perindopril (1770. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1043 Med udgangspunkt i denne konstatering var formålet med Kommissionens analyse at påvise, at overdragelsesaftalen styrkede Serviers og Krkas konkurrencestilling som følge af den markedsdeling, som forligs- og licensaftalerne efter dens opfattelse havde medført (1766. og 1804. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1044 Hvad i første række angår Servier pegede Kommissionen på, at overførslen af Krkas teknologi var sket på særlige markedsvilkår, hvor der fandtes meget få alternative kilder til teknologien i forbindelse med det aktive lægemiddelstof, som var potentielt bæredygtige og uafhængige af Servier (1766. og 1772. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ifølge Kommissionen var Krkas teknologi, som gjorde det muligt at opfylde kravene i den europæiske farmakopé (1766., 1770. og 1793. betragtning til den anfægtede afgørelse), »en vigtig forudsætning for at kunne indtræde på markedet« (1803. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1045 Kommissionen anførte følgende i 1772. betragtning til den anfægtede afgørelse:
- »Ved at fratage Krka muligheden for at udstede licenser frit eller overdrage sin teknologi til tredjeparter, dvs. til andre generikaproducerende selskaber, afskar Servier effektivt tredjeparters adgang til en eventuel kilde til konkurrence, der var baseret på Krkas teknologi. En sådan teknologi kunne f.eks. have dannet grundlag for nye patentsager. I kombination med forligsaftalen med Krka gav overdragelses- og licensaftalen således Servier fuldstændig beskyttelse mod enhver tilbageværende potentiel konkurrence, der stammede fra Krkas teknologi.«

- 1046 Det var således Kommissionens opfattelse, at Servier med erhvervelsen af Krkas teknologi sikrede sig, at Krka ikke længere kunne overdrage en teknologi, som kunne have været nyttig for andre generikaproducerende selskaber. Kommissionen udledte heraf, at overdragelsesaftalen gjorde det muligt for Servier at øge den beskyttelse, som selskabet allerede var sikret i kraft af de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der fandtes i forligsaftalen (1805. og 1806. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1047 Hvad i anden række angår Krka anførte Kommissionen, at Krka »var bekendt med, at Serviers overtagelser af perindoprilteknologi kunne føre til udelukkelse af generiske konkurrenter« (1800. betragtning til den anfægtede afgørelse), og især at Krka drog fordel af den licens, som selskabet fik igen i forbindelse med overdragelsesaftalen.
- 1048 Med hensyn til det sidstnævnte aspekt pegede Kommissionen på, at Krka fortsat kunne anvende sin teknologi på markederne i de syv medlemsstater, hvor det var i stand til at markedsføre sit produkt takket være licensaftalen (1806. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ifølge Kommissionen var Krkas teknologi imidlertid nyttig – også for Krka – til fremstilling af det aktive stof i perindopril i en renhed, som svarede til kravene i den europæiske farmakopé. Den fordelagtige stilling, som Krka allerede havde på de syv markeder takket være licensaftalen, blev derfor opretholdt af overdragelsesaftalen.
- 1049 Kommissionen konkluderede, at formålet med overdragelsesaftalen var at styrke den markedsdeling, som forligs- og licensaftalerne havde medført (1803. og 1810. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1050 Kommissionen tilføjede, at forligs- og licensaftalerne samt overdragelsesaftalen blev indgået som led i en samlet og vedvarende overtrædelse, der begrænsede konkurrencen ved at fordele markederne for perindopril i Unionen. Kommissionen støttede sig i denne forbindelse bl.a. på den omstændighed, at disse aftaler havde samme mål om at fordele markederne mellem Servier og Krka (1811. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1051 Kommissionen bemærkede i slutningen af den del af den anfægtede afgørelse, der omfattede analysen af det konkurrencebegrænsende formål med de forskellige aftaler, der blev indgået mellem Servier og Krka, at disse aftaler »forfulgte [et] mål om at fordele markederne ved at hindre eller begrænse konkurrencen fra generiske lægemidler mellem og over for Krka og Servier« (1812. betragtning).
- 1052 Det skal endelig fremhæves, at overdragelsen efter Kommissionens opfattelse kun resulterede i en »yderligere« fordrejning, hvilket ses af overskriften til den anfægtede afgørelses afsnit 5.5.3.4.
- 1053 Det følger heraf, at Kommissionens konklusion om, at overdragelsesaftalen havde et konkurrencebegrænsende formål – som sagsøgerne med rette har anført – hviler på dens tidligere konklusion om, at der forelå en markedsdeling som følge af forligs- og licensaftalerne.
- 1054 Som nævnt i præmis 1014 ovenfor, er denne konklusion imidlertid forkert.
- 1055 Kommissionens konklusion om, at overdragelsesaftalen havde et konkurrencebegrænsende formål, kan som følge heraf heller ikke tiltrædes.
- 1056 Det skal tilføjes, at overdragelsesaftalen ikke er en tillægsaftale til forligsaftalen som omhandlet i betragtningerne i præmis 797-803 ovenfor.
- 1057 Denne overdragelsesaftale blev nemlig ikke indgået samme dag som forligsaftalen, der er ingen kontraktlig forbindelse mellem disse to aftaler, og Kommissionen har ikke godtgjort, at de var uadskillelige (jf. præmis 798 ovenfor).

1058 Kommissionen præciserede tilmed dels, at der ikke var nogen forbindelse mellem på den ene side Serviers udbetaling af 30 mio. EUR til Krka som led i overdragelsesaftalen og på den anden side forligsaftalen, for så vidt som denne udbetaling ikke udgjorde noget incitament for Krka til at acceptere de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der var indeholdt i forligsaftalen. Dette fremgår bl.a. af følgende uddrag fra den anfægtede afgørelse:

»(1678) To år senere overtog Servier patentansøgninger vedrørende konkurrerende teknologier til fremstilling af perindopril fra Krka for 30 mio. EUR. Ifølge Krka frygtede Servier, at denne teknologi ellers kunne give overført eller givet i licens til andre konkurrenter. Selv om der er visse holdepunkter for at antage, at der findes en forbindelse mellem forligsaftalen og Serviers udbetaling af 30 mio. EUR, drages der ingen konklusion heraf i denne afgørelse, og analysen af disse aftaler er ikke baseret på, at der findes en sådan forbindelse.

[...]

(Fodnote 2419) Servier har bestridt, at der var en forbindelse mellem betalingen for patentansøgningerne og forligsaftalen (Serviers svar på klagepunktsmeddelelsen, punkt 1084, ID 10114, s. 363). Som det tydeligvis følger af afsnit 5.5.3.3.3, fastslås det ikke i forbindelse med vurderingen af forligsaftalen med Krka, at betalingen af 30 mio. EUR udgjorde et incitament for Krka til at acceptere de konkurrencebegrænsende bestemmelser i forligsaftalen, og spørgsmålet om, hvorvidt der var en forbindelse mellem forligsaftalen og overdragelses- og licensaftalen, henstår ubesvaret [...]

1059 Overdragelsesaftalen kan således ikke kompensere for den omstændighed, at den tilskyndelse, som efter Kommissionens opfattelse fulgte af licensaftalen, og som gjorde det muligt for den at konkludere, at forligsaftalen reelt havde til formål at udelukke en konkurrent til Servier, ikke er blevet godtgjort (jf. præmis 984 ovenfor).

1060 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen med urette konkluderede, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål i forbindelse med overdragelsesaftalen. Dette anbringende må derfor tages til følge.

b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Krka-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende virkning

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

1075 Det urigtige skøn og den retlige fejl i forbindelse med, at der blev fastslået en konkurrencebegrænsende virkning, skal undersøges samlet.

1076 I denne forbindelse har Domstolen gentagne gange fastslået, at det for at kunne bedømme, om en aftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor den omtvistede aftale ikke fandtes (dom af 30.6.1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, s. 359 og 360, og af 6.4.2006, General Motors mod Kommissionen, C-551/03 P, EU:C:2006:229, præmis 72; jf. ligeledes dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 161 og den deri nævnte retspraksis).

Der skal således foretages en sammenligning mellem den konkurrence, der var, mens aftalen var gældende, og den konkurrence, der ville have været, hvis denne aftale ikke var blevet indgået, for at vise, at konkurrencesituationen blev ringere, da aftalen var gældende.

1077 Det skal indledningsvis præciseres, hvilken tilgang Kommissionen anvendte ved undersøgelsen af den konkurrencebegrænsende virkning i den anfægtede afgørelse, navnlig hvad angår den sammenlignende del af denne undersøgelse, som er nævnt i præmis 1076 ovenfor.

i) Kommissionens tilgang

1078 Der skal først og fremmest henvises til nogle af de generelle betragtninger, som gælder for alle de aftaler, der blev indgået mellem Servier og de generikaproducerende selskaber, der var omhandlet i den anfægtede afgørelse, og som Kommissionen beskrev i den anfægtede afgørelses afsnit 5.1.7 med overskriften »Vurderingen af patentforligsaftaler med omvendte betalinger som aftaler med konkurrencebegrænsende virkning som omhandlet i traktatens artikel 101, stk. 1«.

1079 Kommissionen anførte bl.a., at undersøgelsen af konkurrencevilkårene på et givet marked »ikke kun [skal] baseres på den eksisterende konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det relevante marked, men også på den potentielle konkurrence« (1215. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1080 Kommissionen henviste i 1219. betragtning til den anfægtede afgørelse til, at der ifølge retningslinjerne for anvendelsen af [...] artikel [101], stk. 3, [TEUF] (EUT 2004, C 101, s. 97) skulle tages hensyn til en aftales »faktiske og potentielle virkninger«, da aftalen kun behøvede at have »sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger«. Den henviste i denne forbindelse til de nævnte retningslinjers punkt 24, som er baseret på dom af 28. maj 1998, Deere mod Kommissionen (C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 77).

1081 Kommissionen redegjorde dernæst for sin metode. Den anførte, at den ville påvise aftalernes konkurrencebegrænsende virkninger ved først at fastslå, at de hver især havde medført, at en potentiel konkurrent var blevet udelukket, og dernæst at vise, at udelukkelsen af en enkelt konkurrent havde »sandsynlige virkninger for konkurrencestrukturen« (1219. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1082 Når Kommissionen havde fastslået, at en potentiel konkurrent var blevet udelukket, ville den dernæst blot kunne påvise konkurrencebegrænsende virkninger, som »sandsynligvis« ville opstå, dvs. »potentielle« virkninger for konkurrencen (jf. præmis 1080 ovenfor).

1083 Kommissionen præciserede følgende i 1220. betragtning til den anfægtede afgørelse:

»Vurderingen af de konkurrencebegrænsende virkninger skal foretages på grundlag af de faktiske omstændigheder på forligstidspunktet, samtidig med at der tages hensyn til, hvordan aftalen faktisk er blevet gennemført. Visse parter er af en anden opfattelse og hævder, at der ved vurderingen bør tages hensyn til alle efterfølgende konkrete hændelser, og at der ikke primært bør tages udgangspunkt i den situation, der forelå på tidspunktet for aftalernes indgåelse. [...] [N]år der er tale om udelukkelse af potentiel konkurrence, kan det at se på, hvad der virkelig er sket, adskille sig meget fra, hvad der formentlig ville være sket, hvis aftalen ikke var indgået, hvilket er afgørende for den konkurrencemæssige vurdering. Dette gælder ikke mindst, når aftalen medfører en væsentlig ændring af en eller begge parters incitamenter til fortsat at konkurrere med hinanden.«

1084 I denne betragtnings to første punktummer, der er formuleret ret uklart, erkendte Kommissionen, at den ikke i forbindelse med den enkelte aftale ville støtte sig på alle konkrete hændelser, der havde fundet sted efter dens indgåelse, men at den i det mindste i det væsentlige ville støtte sig på de faktiske omstændigheder, der forelå på tidspunktet for dens indgåelse. Kommissionen begrundede dernæst

denne tilgang ved at henvise til begrebet »potentiel konkurrence« og pege på, at når der var tale om udelukkelse af potentiel konkurrence, var det mindre relevant at tage hensyn til visse konkrete begivenheder og især begivenheder, der var indtrådt efter aftalens indgåelse, for at belyse et af elementerne i den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor, nemlig den konkurrence, der ville have været, hvis aftalen ikke var blevet indgået.

1085 En sådan tilgang bekræftes af et uddrag fra 1264. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen fastslog, at man i forbindelse med udelukkelse af en potentiel konkurrent er nødt til at undersøge aftalernes »potentielle fremtidige virkninger«.

1086 Den betragtning til den anfægtede afgørelse, der er nævnt i præmis 1085 ovenfor, findes i et afsnit i den anfægtede afgørelse med overskriften »Fremherskende markedsstruktur på tidspunktet for forligsaftalernes indgåelse«, som først og fremmest beskriver den gradvise udelukkelse af potentielle konkurrenter til Servier ved indgåelse af de forskellige omtvistede aftaler (1244.-1269. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1087 I dette afsnit henviste Kommissionen ganske rigtigt til visse begivenheder, som faktisk fandt sted under aftalernes gennemførelse, og som understøttede konklusionen om, at to generikaproducerende selskaber, der ikke havde indgået nogen aftale med Servier, vedblev med at udøve et konkurrencepres. Kommissionen konstaterede således, at patent 947 var blevet ophævet i Det Forenede Kongerige, i forbindelse med et søgsmål, som et af disse to selskaber, Apotex, havde anlagt i dette land.

1088 Kommissionen bemærkede imidlertid, at det stadig var meget »muligt«, at Servier efter at have indgået de omtvistede aftaler med forskellige generikaproducerende selskaber ville forsøge at nå frem til en aftale med Apotex og med det andet selskab, der kunne udgøre en trussel for Servier (1268. betragtning), selv om Kommissionen på tidspunktet for den anfægtede afgørelses vedtagelse kunne have konstateret, at der ikke var indgået sådanne aftaler.

1089 Kommissionens bemærkning, som er nævnt i præmis 1088 ovenfor, bekræfter, at den for at belyse, hvorledes konkurrencen ville have formet sig, hvis der ikke var indgået en aftale (et af elementerne i den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor), støttede sig på en hypotetisk tilgang, hvor den i et vist omfang så bort fra det faktiske forløb af de begivenheder, der var indtrådt, navnlig efter at de omtvistede aftaler var indgået.

1090 Kommissionen forudsatte, at den, såfremt der blev indgået en aftale, som udelukkede en potentiel konkurrent, kunne nøjes med at påvise denne aftales potentielle virkninger, dvs. aftalens »sandsynlige« virkninger, hvilket gjorde det muligt for den at basere sin beskrivelse af den konkurrence, der ville have været, hvis der ikke var indgået en aftale, på hypoteser eller »muligheder« og ikke på de faktiske begivenheder, som kunne observeres på det tidspunkt, hvor den vedtog sin afgørelse.

1091 I denne forbindelse har Kommissionen i punkt 152 i sit svarskrift anført følgende:

»[...] Servier hævder, at Kommissionen ikke tog hensyn til de rette kontrafaktiske omstændigheder. Kommissionen er ikke enig i denne kritik. De begivenheder, der viser, om en potentiel konkurrent ender med at blive en reel konkurrent eller ikke har held til at komme ind på markedet, har begrænset rækkevidde, eftersom den omstændighed, at der udelukkes en potentiel konkurrent på aftaletidspunktet i en sammenhæng, hvor der ikke findes faktiske konkurrenter, og der findes meget få potentielle konkurrenter, i sig selv har en konkurrencebegrænsende virkning, der falder ind under anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF. Det afgørende spørgsmål er, om det generikaproducerende selskab opfylder betingelserne for at kunne betragtes som en potentiel konkurrent. Selskabet kan forlade markedet eller undlade at træde ind på markedet af forskellige grunde, som ikke ændrer ved den omstændighed, at det på aftaletidspunktet udgjorde en tilstrækkelig alvorlig trussel.«

- 1092 Det følger heraf, at når Kommissionen havde fastslået, at en aftale udelukkede en potentiel konkurrent, var det efter dens opfattelse ikke nødvendigt at støtte sig på de faktiske begivenheder, der var indtrådt, navnlig efter denne aftales indgåelse, for at afgøre, hvorledes konkurrencen ville have formet sig, hvis denne aftale ikke var indgået. Kommissionen anførte tværtimod – med støtte i sin sædvanlige praksis for hensyntagen til en aftales potentielle virkninger, hvorefter det er tilstrækkeligt at påvise, at denne aftale har »sandsynlige« konkurrencebegrænsende virkninger (jf. præmis 1080 og 1085 ovenfor) – at den kunne basere sin beskrivelse af den konkurrence, der ville have været, hvis der ikke var indgået en aftale, på hypoteser eller »muligheder«.
- 1093 Efter denne beskrivelse af Kommissionens generelle tilgang skal det undersøges, om den rettede sig efter denne generelle tilgang, da den analyserede, hvilke konkurrencemæssige virkninger aftalerne mellem Servier og Krka kunne have.
- 1094 I 1813. og 1814. betragtning til den anfægtede afgørelse, dvs. i de første betragtninger i det afsnit, som vedrørte de konkurrencebegrænsende virkninger af de aftaler, der var indgået med Krka, anførte Kommissionen, at formålet med dette afsnit var at undersøge, om de pågældende aftaler »[havde] sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger«. Det fremgår endvidere af overskriften til Kommissionens konklusion i det afsnit, som vedrørte de konkurrencebegrænsende virkninger af de aftaler, der var indgået med Krka, at disse aftaler »[kunne] have konkurrencebegrænsende virkninger«. I svarskriftet har Kommissionen endelig bekræftet, at den i »afgørelsen efterprøvede, om aftalerne havde sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger« (punkt 135).
- 1095 Det fremgår af Kommissionens ordvalg i de betragtninger, der er nævnt i præmis 1094 ovenfor, at den tog udgangspunkt i konklusionen om aftalernes potentielle virkninger (jf. præmis 1080 ovenfor).
- 1096 I forbindelse med den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor, støttede Kommissionen sig i øvrigt på den omstændighed, at Krka stadig ville have udgjort en »konkurrencemæssig trussel« mod Servier, hvis der ikke var indgået en aftale (1828. og 1830. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1097 Umiddelbart synes denne »konkurrencemæssige trussel«, som aftalerne angiveligt ryddede af vejen, som følge af dens hypotetiske karakter at gå mere på potentielle end på faktiske konkurrencevirkninger.
- 1098 Fjernelsen af den »konkurrencemæssige trussel«, der er nævnt i præmis 1096 og 1097 ovenfor, er imidlertid et vigtigt led i Kommissionens bestræbelser på at godtgøre, at konkurrencesituationen på markedet blev ringere på grund af forligsaftalen (jf. præmis 1076 ovenfor).
- 1099 Kommissionen viede ganske vist – i relation til Serviers markedsstyrke, som den allerede havde fastlagt (1817.-1819. betragtning til den anfægtede afgørelse) – en del af den anfægtede afgørelse til strukturen af det pågældende marked, som var kendetegnet ved manglende eller sparsomme kilder til konkurrence (1835.-1846. betragtning).
- 1100 Det er imidlertid konklusionen i den foregående del af den anfægtede afgørelse (1825.-1834. betragtning), hvorefter der i mangel af en aftale ville have været en »konkurrencemæssig trussel«, som nødvendigvis må danne grundlag for analysen af markedsstrukturen.
- 1101 Kommissionen afsluttede sin analyse af strukturen af det pågældende marked med at anføre, at det var meget muligt, at de tilbageværende kilder til konkurrence, der blev påvist på det tidspunkt, hvor aftalerne med Krka med underskrevet, ville blive udelukket fra konkurrencen ved en fremtidig aftale eller på anden vis, men uden at præcisere, om dette var sket i den periode, hvor aftalerne med Krka var gældende (1846. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 1102 Det forhold, der er nævnt i præmis 1101 ovenfor, bekræfter, hvad der er anført i præmis 1092 ovenfor. Kommissionen fastslog således, at eftersom den havde godtgjort, at forligsaftalen udelukkede Krka, og at dette selskab i hvert fald var en potentiel konkurrent til Servier, behøvede den ikke at tage hensyn til de faktiske begivenheder, som kunne observeres på det tidspunkt, hvor den vedtog sin afgørelse, for at belyse, hvorledes konkurrence ville have formet sig, hvis der ikke var indgået en aftale (et af elementerne i den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor). Kommissionen anførte tværtimod – med støtte i sin sædvanlige praksis for hensyntagen til en aftales potentielle virkninger, hvorefter det er tilstrækkeligt at påvise, at denne aftale har »sandsynlige« konkurrencebegrænsende virkninger – at den kunne basere sin beskrivelse af den konkurrence, der ville have været, hvis der ikke var indgået en aftale, på hypoteser eller »muligheder«.
- 1103 Kommissionen baserede derfor sin analyse af aftalerne mellem Servier og Krka på den generelle tilgang, som den havde fastsat for undersøgelsen af de forskellige forligsaftaler, der i den anfægtede afgørelse blev anset for at være retsstridige.
- 1104 Efter gennemgangen af Kommissionens tilgang vedrørende den sammenlignende fase af undersøgelsen af den konkurrencebegrænsende virkning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor, skal det undersøges, om Kommissionen med rette kunne konkludere, at de aftaler, der var indgået mellem Servier og Krka, havde konkurrencebegrænsende virkninger.
- 1105 Forud for en sådan undersøgelse er det nødvendigt at gennemgå den relevante retspraksis.
- 1106 Henset til den tilgang, som Kommissionen lagde til grund, og til den særlige vægt, som den i sit ræsonnement lagde på de mange henvisninger til aftalernes »potentielle virkninger« og på den omstændighed, at de havde »sandsynlige konkurrencebegrænsende virkninger«, vil Retten gennemgå den retspraksis, som der allerede er henvist til i præmis 1080 ovenfor, og som blev nævnt i retsmødet, hvorefter der skal tages hensyn til de potentielle virkninger af en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, når det afgøres, om sådanne foranstaltninger er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF.

ii) Den relevante retspraksis

- 1107 I forbindelse med præjudicielle forelæggelser har Domstolen ganske vist ofte stadfæstet princippet om, at bedømmelsen i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF ikke skal begrænses til de faktiske virkninger, idet der også skal tages hensyn til de potentielle virkninger af den omhandlede aftale eller praksis for konkurrencen (dom af 21.1.1999, Bagnasco m.fl., C-215/96 og C-216/96, EU:C:1999:12, præmis 34, af 23.11.2006, Asnef-Equifax og Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 50, af 28.2.2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, præmis 71, og af 26.11.2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 30), men den har sjældent haft lejlighed til selv at undersøge, om det ud fra de potentielle virkninger af en praksis eller aftale kan konkluderes, at der foreligger en konkurrencebegrænsning.
- 1108 Domstolen udtalte sig første gang om behovet for at tage hensyn til en aftales potentielle virkninger i dom af 17. november 1987, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen (142/84 og 156/84, EU:C:1987:490). Kommissionen havde i den sag, der gav anledning til denne dom, forkastet en klage og fastslået, at de aftaler, som den skulle undersøge i forbindelse med denne klage, ikke var i strid med traktatens konkurrenceregler (dom af 17.11.1987, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, 142/84 og 156/84, EU:C:1987:490, præmis 1). Domstolen præciserede i denne anledning, at når Kommissionen konstaterer, at en aftale ikke er i strid med konkurrenceretten, skal den tage hensyn ikke alene til de virkninger, som klausulerne i denne aftale har på det tidspunkt, hvor de undersøges af Kommissionen, men også til de virkninger, som de kan have i fremtiden som følge af de muligheder, som de giver parterne, og som endnu ikke er blevet udnyttet. Denne sag vedrørte bl.a. en aftale om erhvervelse af kapital i et konkurrerende selskab, som

gav det investerende selskab mulighed for at styrke sin stilling på et senere tidspunkt ved at skaffe sig effektiv kontrol over det anden selskab, hvilket kunne få konsekvenser for den undersøgte konkurrencesituation (dom af 17.11.1987, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, 142/84 og 156/84, EU:C:1987:490, præmis 37, 39, 54, 57 og 58).

- 1109 Ifølge den dom, der er nævnt i præmis 1108 ovenfor, skal Kommissionen således ved undersøgelsen af en aftales virkninger tage hensyn ikke alene til de faktiske virkninger af de klausuler, der allerede er blevet gennemført på det tidspunkt, hvor den træffer sin afgørelse, men også til de potentielle virkninger af de klausuler, der endnu ikke er blevet gennemført.
- 1110 Domstolen har senere fastslået, at der skal tages hensyn til en aftales potentielle virkninger, i dom af 28. maj 1998, Deere mod Kommissionen (C-7/95 P, EU:C:1998:256). Den sag, der gav anledning til denne dom, drejede sig om en beslutning, som Kommissionen havde vedtaget efter anmeldelse af en aftale med henblik på i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 at opnå en negativattest, hvorved Kommissionen efter begæring fra de deltagende virksomheder kunne fastslå, at der ikke fandtes anledning til at skride ind mod en aftale. Kommissionen havde i sin beslutning konstateret, at den aftale, som den var blevet forelagt, havde konkurrencebegrænsende formål.
- 1111 I denne sag stadfæstede Retten og dernæst Domstolen denne konstatering, som var baseret på, at der forelå potentielle virkninger.
- 1112 Sagsøgeren gjorde med henvisning til, at den informationsudvekslingsordning, der var fastsat i aftalen, var blevet anvendt i flere år, før der blev indgivet en anmeldelse med begæring om negativattest, gældende, at Kommissionen ved sin vurdering alene skulle tage hensyn til de faktiske virkninger af denne informationsudveksling. Retten fandt imidlertid ikke dette argument relevant, eftersom traktaten både forbyder aftalernes faktiske virkninger og deres potentielle virkninger (dom af 27.10.1994, Deere mod Kommissionen, T-35/92, EU:T:1994:259, præmis 59 og 61).
- 1113 Der skal imidlertid ses mere nuanceret på spørgsmålet om, hvorvidt argumentet om, at de pågældende aftaler eller den pågældende praksis var blevet iværksat, var uden betydning.
- 1114 For det første forelå der nemlig særlige omstændigheder i den pågældende sag, eftersom den aftale, for hvilken der blev anmodet om en negativattest, havde afløst en tidligere aftale, der ikke var blevet anmeldt til Kommissionen. Kommissionen skulle således tage stilling til, om den nye aftale og ikke den tidligere aftale var forenelig med konkurrencereglerne. Det er derfor ikke sikkert, at Kommissionen ville have været i stand til at drage endelige konklusioner om den nye aftale ud fra anvendelsen af den foregående aftale, selv om de lignede hinanden. Den nye aftale blev kun anvendt i nogle måneder, før deltagerne besluttede at suspendere den. Kommissionen havde derfor ikke et tilstrækkeligt overblik til at kunne undersøge dens faktiske virkninger for konkurrencen (dom af 27.10.1994, Deere mod Kommissionen, T-35/92, EU:T:1994:259, præmis 2 og 4).
- 1115 For det andet bemærkede Retten i forbindelse med sin undersøgelse af en aftales potentielle konkurrencevirkninger i dom af 27. september 2006, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen (T-168/01, EU:T:2006:265, præcis 163), at eftersom den pågældende aftales anvendelse var blevet suspenderet få måneder efter, at den trådte i kraft, og fortsat var suspenderet, da Kommissionen vedtog den beslutning, der var omtvistet i denne sag, skulle Kommissionens undersøgelse af aftalen hovedsageligt ses som en undersøgelse af dens potentielle virkninger.
- 1116 I denne dom fastslog Retten således, at der var en direkte sammenhæng mellem den pågældende aftales manglende anvendelse og Kommissionens undersøgelse af dens potentielle virkninger.
- 1117 For det tredje undersøgte Retten i dom af 30. juni 2016, CB mod Kommissionen (T-491/07 RENV, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:379, præmis 243, 247, 248 og 250), de potentielle konkurrencevirkninger af en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder ved at tage hensyn til de virkninger, som de

pågældende foranstaltninger ville have, hvis de blev anvendt, hvilket også igen viser en sammenhæng mellem undersøgelsen af vedtagelsens potentielle virkninger og den omstændighed, at den endnu ikke er blevet anvendt. Det bør fremhæves, at Kommissionen i den pågældende afgørelse (afgørelse C(2007) 5060 endelig af 17.10.2007 om en procedure i henhold til artikel [101 TEUF] (COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires »CB«)), havde sondret mellem analysen af de potentielle virkninger, dvs. de virkninger, som foranstaltningerne ville have, hvis de ikke længere var suspenderet (261. betragtning ff.), og analysen af de virkninger, der havde vist sig i den periode, hvor de pågældende foranstaltninger var blevet anvendt (310. betragtning ff.).

- 1118 Det skal præciseres, at Kommissionen i de sager, der gav anledning til dom af 27. september 2006, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen (T-168/01, EU:T:2006:265), og af 30. juni 2016, CB mod Kommissionen (T-491/07 RENV, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:379), ikke iværksatte nogen sanktion over for de pågældende virksomheder, men pålagde dem øjeblikkeligt at bringe den pågældende overtrædelse til ophør.
- 1119 Det skal ligeledes tilføjes, at det i de sager, der er nævnt i præmis 1118 ovenfor, var de berørte virksomheder, der havde forelagt de pågældende foranstaltninger for Kommissionen (jf. i denne retning dom af 27.9.2006, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, T-168/01, EU:T:2006:265, præmis 10, og af 30.6.2016, CB mod Kommissionen, T-491/07 RENV, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:379, præmis 8).
- 1120 I de fleste tilfælde, hvor Unionens retsinstanser på en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder har anvendt den retspraksis, hvorefter det kan fastslås, at disse foranstaltninger har konkurrencebegrænsende virkning, ud fra deres potentielle virkninger, var der således ikke tale om en kommissionsafgørelse, der havde til formål at straffe en tidligere adfærd, som havde konkurrencebegrænsende virkning, men en kommissionsafgørelse, der havde til formål at forhindre, at der opstod en sådan adfærd, ved at tage hensyn til de virkninger, som de pågældende foranstaltninger kunne få, hvis de blev anvendt. Dette var bl.a. tilfældet i den sag, der gav anledning til dom af 17. november 1987, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen (142/84 og 156/84, EU:C:1987:490), idet Kommissionen i denne sag forkastede en klage efter at have undersøgt de virkninger, som en klausul i aftalen kunne få, hvis den mulighed, der var fastsat heri, blev udnyttet.
- 1121 Der findes således ingen tidligere afgørelser om konkurrencebegrænsende aftaler, hvori Domstolen eller Retten har tilladt, at Kommissionen alene støtter sig på den pågældende foranstaltningens potentielle virkninger, når den fastslår, at der er begået en overtrædelse, og som følge heraf pålægger ophavsmændene til denne overtrædelse en bøde.
- 1122 Når klausulerne i en aftale er gennemført, og deres konkurrencevirkninger kan måles under hensyntagen til de relevante konkrete hændelser – navnlig dem, der ligger efter aftalens indgåelse – som indtraf, før Kommissionen vedtog sin afgørelse, virker det imidlertid paradoksalt, at Kommissionen får mulighed for alene at påvise de konkurrencebegrænsende virkninger, som disse vil kunne have, og for i denne forbindelse at foretage den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor, uden at tage hensyn til disse hændelser (jf. præmis 1084, 1092 og 1102 ovenfor).
- 1123 Det virker også paradoksalt, at Kommissionen med henblik på at fastslå, at der er begået en overtrædelse i form af konkurrencebegrænsende virkninger (som kan straffes med en bøde), kan nøjes med at basere sig på den omstændighed, at klausuler i en aftale, som er gennemført, kan have konkurrencebegrænsende virkninger, og ikke på den omstændighed, at de har haft sådanne virkninger, selv om Domstolen har fastslået, at der kun kan dispenseres fra forpligtelsen til at bevise, at en aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den er kvalificeret som en aftale med konkurrencebegrænsende formål, hvilket kun bør ske for aftaler, der kan 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 uforholdsmæssigt at godtgøre, at de har konkrete virkninger på

markedet (dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51). Hvis Kommissionen i forbindelse med gennemførte aftaler kunne nøjes med at basere sig på de virkninger, som de kunne have, med henblik på at godtgøre, at de har haft en konkurrencebegrænsende virkning, ville den sondring mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning, der er indført ved artikel 101, stk. 1, TEUF, miste sin relevans.

- 1124 Det følger heraf, at når de pågældende aftaler var blevet gennemført, og Kommissionen i den anfægtede afgørelse havde fastslået, at der var begået en overtrædelse, hvilket gjorde det muligt for den at pålægge aftalparterne en bøde, finder den retspraksis, som er gennemgået i præmis 1107-1120 ovenfor, og som vedrører behovet for at tage hensyn til aftalernes potentielle virkninger ved undersøgelsen af deres konkurrencebegrænsende virkninger, ikke anvendelse.
- 1125 Det skal i øvrigt bemærkes, at der bør sondres mellem den retspraksis, der er nævnt i præmis 1124 ovenfor, og den retspraksis, der vedrører behovet for at tage hensyn til en konkurrencebegrænsnings virkninger for konkurrencen, også når denne begrænsning kun er potentiel.
- 1126 I denne henseende efterprøvede Retten i dom af 12. juni 1997, Tiercé Ladbroke mod Kommissionen (T-504/93, EU:T:1997:84, præmis 157-160), der er citeret i 1217. betragtning til den anfægtede afgørelse, lovligheden af en beslutning, hvorved Kommissionen havde meddelt afslag på en klage, hvilket bl.a. skyldtes, at den omtvistede aftale ikke var omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, nu artikel 101, stk. 1, TEUF, når der ikke var nogen aktuel konkurrence på det relevante marked. Retten fastslog, at Kommissionen ikke med den fornødne omhu havde undersøgt alle de faktiske og retlige omstændigheder, som sagsøgeren havde gjort den bekendt med, idet aftalen kunne begrænse den potentielle konkurrence. Den annullerede derfor den forelagte beslutning i denne henseende.
- 1127 Det kan ikke udledes af denne retspraksis, som vedrørte et afslag på en klage, at det nødvendigvis, alene fordi en aftale »kan« begrænse den potentielle konkurrence, må konkluderes, at denne aftale har konkurrencebegrænsende virkning, men snarere, at Kommissionen ikke uden videre kan afvise, at en aftale kan have en konkurrencebegrænsende virkning, når den kun vil kunne begrænse en potentiel konkurrence og ikke en aktuel konkurrence.
- 1128 Når Kommissionen træffer en afgørelse, hvorved den fastslår, at der er sket en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, og som følge heraf kan pålægge ophavsmændene til denne overtrædelse en bøde, kan Kommissionen således ikke – alene fordi den har godtgjort, at der forekommer en potentiel konkurrence og en begrænsning eller et fuldstændigt tab af en potentiels konkurrents handlefrihed – slippe for at foretage en analyse af den pågældende foranstaltnings faktiske virkninger for konkurrencen, hvis den retspraksis, der er nævnt i præmis 1107-1120 ovenfor, ikke finder anvendelse.
- 1129 Der skal i denne forbindelse henvises til, at der, for at det kan fastslås, at en aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, skal foreligge omstændigheder, der i deres helhed har ført til, at konkurrencen »faktisk« er blevet hindret, indskrænket eller fordrejet (dom af 30.6.1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, s. [216]).
- 1130 For at påvise, at en aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, skal Kommissionen således, henset til det krav om realisme, der følger af Domstolens praksis, når den foretager den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor, tage hensyn til alle relevante konkrete hændelser – navnlig dem, der ligger efter aftalens indgåelse – som indtraf, før Kommissionen vedtog sin afgørelse.
- 1131 Domstolen har i denne forbindelse fremhævet, at bedømmelsen af virkningerne af en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder i forhold til artikel 101 TEUF indebærer, at de konkrete rammer, hvori den pågældende aftale indgår, tages i betragtning, bl.a. den økonomiske og retlige

sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de goder eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (jf. dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 165).

- 1132 Heraf følger, at det scenarie, som forestilles med udgangspunkt i hypotesen om en manglende aftale, med Domstolens ord skal være »realistisk« (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 166).
- 1133 Domstolen har præciseret, at der ved undersøgelsen af aftalens konkurrencebegrænsende virkninger skal tages hensyn til sandsynlige udviklinger, som vil kunne finde sted på markedet i mangel af denne aftale (jf. i denne retning dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 167-169).
- 1134 Kravet om sandsynlighed og realisme i forbindelse med beskrivelsen af den konkurrence, der ville have været, hvis der ikke var indgået en aftale (et af elementerne i den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor), afspejler i øvrigt den tilgang, som Kommissionen har anvendt i flere retningslinjer, og hvorefter den skal godtgøre, at de konkurrencebegrænsende virkninger af de foranstaltninger, som den undersøger, skal være tilstrækkeligt sandsynlige.
- 1135 For det første fremgår det således af punkt 24 i de retningslinjer for anvendelsen af [...] artikel [101], stk. 3, [TEUF], som Kommissionen henviste til i 1219. betragtning til den anfægtede afgørelse, at »[f]or at en aftale kan anses at have konkurrencebegrænsende virkning, skal den påvirke den faktiske eller den potentielle konkurrence i en sådan grad, at det med en rimelig grad af sandsynlighed kan ventes at få negativ virkning for priser, produktion, innovation, variation i udbud eller produktkvalitet på det relevante marked«.
- 1136 For det andet er det i punkt 19 i retningslinjerne fra 2001 for horisontale samarbejdsaftaler anført, at mange horisontale samarbejdsaftaler ikke har til formål at begrænse konkurrencen, og at det derfor er nødvendigt at undersøge aftalens virkninger. Det tilføjes, at det i forbindelse med denne undersøgelse ikke er tilstrækkeligt, at aftalen begrænser konkurrencen mellem parterne, og at det også skal være sandsynligt, at denne aftale påvirker konkurrencen på markedet i et sådant omfang, at der kan forventes negative virkninger med hensyn til priser, produktion, innovation, produktsortiment eller produkternes kvalitet.
- 1137 For det tredje har Kommissionen bekræftet, at den fastholdt denne tilgang i retningslinjerne fra 2011 for horisontale samarbejdsaftaler. I disse retningslinjers punkt 28, hvortil den henviste i fodnote 1733 til den anfægtede afgørelse, har den således anført, at det er sandsynligt, at en aftale vil få konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked, når det med en vis rimelighed kan forventes, at den indebærer, at parterne med fordel vil kunne hæve priserne eller mindske produktionen, forringe produktkvaliteten, indskrænke produktsortimentet eller mindske innovationen.
- 1138 I selve den anfægtede afgørelse (1218. betragtning) pegede Kommissionen i øvrigt på, at de konkurrencebegrænsende virkninger skulle fastlægges med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed.
- 1139 I betragtning af det ovenfor anførte skal det undersøges, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde på trods af den hypotetiske tilgang, som den anvendte i den sammenlignende fase af undersøgelsen af den konkurrencebegrænsende virkning (jf. præmis 1076-1102 ovenfor), godtgjorde, at de konkurrencebegrænsende virkninger af aftalerne mellem Servier og Krka var tilstrækkeligt realistiske og sandsynlige.

iii) Det urigtige skøn

1140 Kommissionen analyserede virkningerne af den ikke-markedsføringsklausul og den ikke-anfægtelsesklausul, der var indeholdt i forligsaftalen mellem Servier og Krka, samt af den aftale, hvorved der blev meddelt Servier licens til Krkas teknologi, ved for hver af disse foranstaltninger at undersøge, hvorledes konkurrence ville have formet sig, hvis de ikke var blevet truffet (jf. bl.a. 1825.-1829. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1141 Det skal for hver af disse tre foranstaltninger undersøges, om Kommissionen med rette kunne konkludere, at de havde konkurrencebegrænsende virkning.

– Ikke-markedsføringsklausulen i forligsaftalen

1142 Det bemærkes, at det for at kunne bedømme, om en aftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må undersøges, hvorledes konkurrencen ville have formet sig i den konkrete situation, hvis aftalen ikke fandtes (jf. præmis 1076 ovenfor).

1143 I det foreliggende tilfælde er ikke-markedsføringsklausulens anvendelsesområde begrænset til anvendelsesområdet for patent 947, som er omtvistet mellem Servier og Krka.

1144 Hvis forligsaftalen ikke fandtes, ville den konkrete konkurrencesituation have formet sig således, at generikaproducerende selskaber, heriblandt Krka, ville have forsøgt at komme ind på markedet ved at overvinde de hindringer, der var forbundet med Serviers patenter og navnlig med patent 947, og at der ville opstå patenttvister mellem disse selskaber og Servier.

1145 Det specifikke formål med at meddele et patent er imidlertid som nævnt i præmis 234 ovenfor at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse – for at belønne opfinderen for dennes 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, EU:C:1974:114, præmis 9). Når en offentlig myndighed har meddelt et patent, anses det normalt for at være gyldigt, og en virksomheds indehavelse heraf forudsættes at være lovlig. En virksomheds blotte indehavelse af en sådan eksklusiv ret har normalt den virkning at holde konkurrenterne på afstand, idet disse i henhold til offentlige regler er forpligtet til at respektere denne eksklusive ret (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 362).

1146 Det er ikke i sig selv ulovligt, at et generikaproducerende selskab indtræder på markedet med risiko (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 122). En sådan indtræden er imidlertid ikke særlig sandsynlig, når det generikaproducerende selskab har anerkendt patentets gyldighed eller vurderer, at det har ringe chancer for at få anerkendt, at det er ugyldigt.

1147 Spørgsmålet om, hvorvidt et generikaproducerende selskab anerkender det pågældende patents gyldighed eller ej, eller hvordan det vurderer dette patents styrke, er således afgørende for undersøgelsen af dens sandsynlige adfærd med hensyn til indtræden med risiko på markedet.

1148 Kommissionen tog imidlertid ikke behørigt hensyn til de virkninger, som patent 947 og Krkas anerkendelse af dets gyldighed kunne have for vurderingen – med hensyn til den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor – af dette selskabs sandsynlige adfærd, hvis der ikke var indgået en aftale, i den del af den anfægtede afgørelse, der vedrørte undersøgelsen af denne adfærd (1825.-1834. betragtning).

- 1149 En række begivenheder, som var afgørende for at undersøge, om Krka anerkendte gyldigheden af patent 947, eller hvordan selskabet vurderede sine chancer for at få underkendt dette patent, såsom EPO's afgørelse af 27. juli 2006, hvori det bekræftedes, at patentet var gyldigt, og det foreløbige påbud, som en retsinstans i Det Forenede Kongerige udstedte mod Krka, er nemlig ikke nævnt i denne del af den anfægtede afgørelse, selv om de indtraf, allerede før forligsaftalen mellem Servier og Krka blev indgået.
- 1150 I 1828.-1834. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen analyserede Krkas sandsynlige adfærd, hvis der ikke var indgået nogen aftaler, henviste den desuden ikke til en omstændighed, der er vigtig i denne sammenhæng, nemlig at flere sagsakter bestyrkede, at Krkas produkt kunne være i strid med patent 947.
- 1151 Dette bekræfter, at Kommissionens hypotetiske tilgang (jf. præmis 1077-1103 ovenfor) fik den til at se bort fra ikke kun de begivenheder, der var indtrådt efter aftalernes indgåelse, men generelt de faktiske begivenheder, som kunne observeres på det tidspunkt, hvor den vedtog sin afgørelse.
- 1152 Kommissionens manglende vilje til navnlig at tage hensyn til virkningerne af patent 947 skyldes, at den i forbindelse med sin analyse af det konkurrencebegrænsende formål havde fastslået, at den forligsaftale, der var indgået mellem Servier og Krka, reelt var baseret på Krkas incitament til at underkaste sig de konkurrencebegrænsende klausuler i denne aftale og ikke på en oprigtig anerkendelse af gyldigheden af patent 947. Set i dette perspektiv kunne Krka efter Kommissionens opfattelse på ingen måde gøre gældende, at selskabet anerkendte gyldigheden af patent 947, eftersom en sådan anerkendelse rent principielt var fejlagtig.
- 1153 Kommissionens konklusion om, at der forekom et incitament og et konkurrencebegrænsende formål, er imidlertid blevet underkendt af Retten for så vidt angår forligs- og licensaftalerne mellem Servier og Krka, hvilket forstærker behovet for at tage hensyn til Krkas vurdering af styrken af patent 947 eller til selskabets anerkendelse af dette patents gyldighed.
- 1154 Det skal dog påpeges, at der på det tidspunkt, hvor forligs- og licensaftalerne blev indgået, forelå samstemmende indicier, som kunne give aftaleparterne det indtryk, at patent 947 var gyldigt (jf. præmis 967 og 968 ovenfor). I Det Forenede Kongerige, som (ud over Frankrig og Nederlandene) var et af de tre lande, som Kommissionen undersøgte, og hvor den fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning, var Krka og Apotex, et andet selskab, der konkurrerede med Servier, endda genstand for et foreløbigt påbud.
- 1155 Selv om den begæring, som Servier indgav i Ungarn for at opnå et foreløbigt påbud med henblik på at forbyde afsætningen af en generisk version af perindopril, som var markedsført af Krka, på grund af krænkelsen af patent 947, blev forkastet i september 2006, var der tale om en procedure, som til forskel fra dem, der er nævnt i præmis 1154 ovenfor, ikke vedrørte et af de lande, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning.
- 1156 I øvrigt havde der allerede været kontakter mellem Servier og Krka forud for EPO's afgørelse af 27. juli 2006, hvori det bekræftedes, at patent 947 var gyldigt (jf. bl.a. 837. betragtning til den anfægtede afgørelse), men de var ikke blevet udmøntet i nogen aftale (856.-859. betragtning til den anfægtede afgørelse), og der blev først indledt nye forhandlinger, efter at denne afgørelse var truffet (898. betragtning til den anfægtede afgørelse). EPO's afgørelse af 27. juli 2006, hvori det bekræftedes, at patent 947 var gyldigt, var derfor i hvert fald én af de udløsende faktorer, som blev udmøntet i forligs- og licensaftalerne, hvilket udgør et yderligere indicium for, at disse aftaler var støttet på parternes anerkendelse af patentets gyldighed (jf. præmis 971 ovenfor).

- 1157 Det bør endvidere tilføjes, at indgåelsen af en licensaftale som nævnt (jf. præmis 947 ovenfor), hvilket kun er relevant for en licenstag, der faktisk udnytter licensen, er støttet på parternes anerkendelse af patentets gyldighed. Det bekræftes således af selve den omstændighed, at licensaftalen blev indgået, samt af en række indicier (jf. præmis 999 og 1001 ovenfor), at Krka i sidste ende anerkendte gyldigheden af patent 947.
- 1158 Det fremgår tilmed af sagsakterne, at Krka syntes at have anset det for usandsynligt eller udelukket, at selskabet uden en licensaftale med Servier ville indtræde med risiko på de pågældende 18-20 markeder (præmis 1001 og 1012 ovenfor).
- 1159 Kommissionen oplyste endelig i den anfægtede afgørelse (1693. betragtning), at Krka »til sidst indstillede overvejelserne om at indtræde med risiko på markederne i Frankrig, Det Forenede Kongerige og andre vesteuropæiske lande i kølvandet på [indsigelsesafdelingens] afgørelse«.
- 1160 Det må som følge heraf konkluderes, at det ikke er godtgjort, at Krka sandsynligvis ville være indtrådt med risiko på markederne i de pågældende 18-20 medlemsstater og navnlig på markederne i Frankrig, Nederlandene og Det Forenede Kongerige, hvis der ikke var indgået en aftale.
- 1161 Den ovenfor anførte konklusion drages ikke i tvivl af de øvrige forhold i sagen, som kan være relevante for at godtgøre, at Krka ville være indtrådt på markedet, hvis der ikke var indgået en aftale med Servier. Disse forhold er især beskrevet i den del af den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen påviste, at Krka var en potentiel konkurrent til Servier.
- 1162 Det skal for det første påpeges (jf. præmis 1026 ovenfor), at den omstændighed, at Krka fortsatte med at anfægte Serviers patenter og med at markedsføre sit produkt, selv om EPO's indsigelsesafdeling havde bekræftet, at patent 947 var gyldigt, naturligvis kan skyldes, at Krka ønskede at styrke sin position i de forhandlinger, som det kunne føre med Servier for at nå frem til en forligsaftale.
- 1163 Selv om Krka fortsatte med at anfægte Serviers patent, indebar det desuden ikke, at Krka løb en yderligere risiko med hensyn til patentkrænkelser. Det øgede blot Krkas procesomkostninger. Den fortsatte markedsføring af Krkas produkt var begrænset til fem central- og østeuropæiske markeder, hvor Kommissionen ikke fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning. Desuden var der på fem af de syv markeder, der var omfattet af licensen, endnu ikke blevet meddelt patenter svarende til patent 947 (1755. betragtning til den anfægtede afgørelse). Krka løb således en begrænset risiko, i hvert fald på visse af de markeder, hvor selskabet stadig var til stede (jf. præmis 1027 ovenfor).
- 1164 Den omstændighed, at Krka fortsatte med at anfægte Serviers patent og med at markedsføre sit produkt, gør det derfor ikke muligt at konkludere, at Krka ikke anerkendte gyldigheden af patent 947 og sandsynligvis ville være indtrådt med risiko på markederne i de pågældende 18-20 medlemsstater eller i hvert fald på de tre markeder, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning.
- 1165 For det andet fremgik det af kommentarer fra Krkas repræsentanter, at de var overraskede over og utilfredse med EPO's afgørelse af 27. juli 2006 (1688. betragtning til den anfægtede afgørelse), men det kunne ikke udledes af disse kommentarer, at Krka sandsynligvis og til trods for denne afgørelse ville være indtrådt på de tre nationale markeder, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning.
- 1166 For det tredje har Kommissionen beskrevet Krkas »hensigt om at indtræde« på markedet i et afsnit i den anfægtede afgørelse. Dette meget korte afsnit består kun af én betragtning, der i sig selv er ret kortfattet, nemlig 1699. betragtning. Kommissionen har i denne betragtning anført, at Krka »selv« efter EPO's afgørelse af 27. juli 2006, »syntes« at være villig til at støtte sine partners lancering med risiko, og at selskabet fortsat var indstillet på at levere sit produkt, »såfremt patentbarriererne blev

overvundet«. Det fremgår videre af denne betragtning, at en af Krkas handelspartnere insisterede på at levere sit produkt, »hvis patent 947 blev ophævet«, og at nogle af Krkas partnere indtrådte på markedet med dette produkt, »efter at patent 947 var blevet kendt ugyldigt på de [pågældende] markeder«.

- 1167 De uddrag, der er citeret i præmis 1166 ovenfor, vidner i mindre grad om Krkas hensigt om at indtræde på de tre nationale markeder, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning, end om den betydning, som den »patentbarriere«, der var knyttet til patent 947, fik for såvel Krka som selskabets handelspartnere efter vedtagelsen af EPO's afgørelse af 27. juli 2006.
- 1168 Det er, henset til det ovenfor anførte, ikke godtgjort, at Krka sandsynligvis ville være indtrådt på de tre nationale markeder, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning, hvis forligs- og licensaftalerne ikke var blevet indgået.
- 1169 Kommissionen godtgjorde heller ikke i den anfægtede afgørelse, at Krka sandsynligvis ville være indtrådt på de pågældende markeder, inden overtrædelsen var ophørt, dvs. inden den 6. juli 2007 for Det Forenede Kongerige, inden den 12. december 2007 for Nederlandene og inden den 16. september 2009 for Frankrig, hvis disse aftaler ikke var indgået.
- 1170 Den hypotetiske tilgang, som Kommissionen anvendte (jf. præmis 1079-1103 ovenfor), indebærer nemlig, at den lagde ringe vægt på det faktiske forløb af begivenhederne – navnlig de begivenheder, der fandt sted efter aftalernes indgåelse – og dermed på den eventuelle ændring af Krkas holdning til gyldigheden af patent 947, som disse begivenheder kunne medføre.
- 1171 I forbindelse med vurderingen af de elementer, som udgør en overtrædelse, og som ikke er omfattet af Rettens fulde prøvelsesret, men af legalitetskontrollen, tilkommer det imidlertid ikke denne at sætte sin egen begrundelse i stedet for Kommissionens (jf. i denne retning dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 73 og 75-77).
- 1172 Det tilkommer derfor ikke Retten at undersøge for første gang på grundlag af sagsakterne, om der kunne være opstået en konkurrencebegrænsende virkning i perioden efter aftalernes indgåelse, fordi Krka ikke i samme grad anerkendte gyldigheden af patent 947.
- 1173 Det kan under alle omstændigheder ikke udledes af sagsakterne, at Krka sandsynligvis ville være indtrådt på de pågældende tre nationale markeder i perioden mellem aftalernes indgåelse og overtrædelsens ophør, hvis aftalerne ikke var indgået.
- 1174 Det bør i øvrigt fremhæves, at Kommissionen slet ikke hævder, at Krkas sandsynligvis ville være indtrådt på markedet, hvis der ikke var indgået en aftale. I det afsnit i den anfægtede afgørelse, der har overskriften »Sandsynlig adfærd uden aftalerne med Krka«, har Kommissionen nemlig ikke – eller i hvert fald ikke udtrykkeligt – støttet sig på en antagelse om, at Krka ville indtræde tidligt på de pågældende tre markeder, hvis der ikke var indgået en aftale, men alene på en antagelse om, at der stadig var en »konkurrencemæssig trussel« på disse markeder (jf. præmis 1096 ovenfor).
- 1175 Det var således Kommissionens opfattelse, at »Krka vedblev med at udgøre en konkurrencemæssig trussel som potentiel ny udbyder af perindopril i Det Forenede Kongerige, Frankrig og Nederlandene« (1825. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen har præciseret, at Krka bl.a. vedblev med at udgøre en trussel som leverandør til lokale distributionspartnere (1828. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1176 Kommissionen har ligeledes anført, at aftaleparterne i mangel af et incitament kunne have indgået en mindre konkurrencebegrænsende aftale, som gav Krka ret til tidlig indtræden eller gav selskabet licens for hele EU-området (1831. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 1177 Kommissionen har afslutningsvis anført, at »uden de begrænsninger, der var indeholdt i aftalerne [...], ville Krka stadig have været en betydningsfuld potentiel konkurrent til Servier« (1834. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1178 Det må fastslås, at Kommissionen blot påberåbte sig den »konkurrencemæssige trussel«, som Krka stadig udgjorde mod Servier, og ikke godtgjorde, at der formentlig ville have været en mere åben konkurrence, hvis forligsaftalen ikke var blevet indgået, selv om de konkurrencefremmende virkninger af en simpel »trussel« i modsætning til virkningerne af et generikaproducerende selskabs indtræden på markedet ikke er åbenlyse, og selv virkningerne af denne »trussel« i det foreliggende tilfælde i vidt omfang blev opvejset af patent 947 og af den omstændighed, at de kompetente myndigheder havde bekræftet dets gyldighed (jf. præmis 1142-1169 ovenfor).
- 1179 Det kan i denne henseende bemærkes, at Kommissionen burde have præciseret, hvilke sandsynlige virkninger den »konkurrencemæssige trussel«, som Krka fortsat udgjorde mod Servier, ville have haft – navnlig for priser, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation (jf. præmis 1135-1137 ovenfor) – hvis forligsaftalen ikke var blevet indgået, hvilket den f.eks. kunne have gjort ved at påvise, at Servier havde nedbragt sine udgifter til forskning og udvikling på grund af den manglende trussel.
- 1180 Det bør fremhæves, at selv om Kommissionens analyse af Serviers markedsstyrke og af strukturen på det pågældende marked, som kendetegnes ved manglende eller meget få kilder til konkurrence, kunne have talt for, at der forelå en aftale med konkurrencebegrænsende virkninger, som forhindrede en potentiel konkurrent i at komme ind på markedet, er den ikke tilstrækkelig til at gøre de konkurrencebegrænsende virkninger af en aftale, som hindrer forekomsten af en »konkurrencemæssig trussel«, sandsynlige og konkrete.
- 1181 Uanset hvordan markedsstrukturen er, forbliver ikke-markedsføringsklausulens konkurrencebegrænsende virkninger i vidt omfang hypotetiske, hvis det, henset til de faktiske begivenheder, der kunne observeres på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtog sin afgørelse, er sandsynligt, at den pågældende potentielle konkurrent, selv om denne klausul ikke fandtes, ville have udvist samme adfærd, som vedkommende gjorde, hvis klausulen fandtes, dvs. hvis Krka i det foreliggende tilfælde havde holdt sig væk fra de tre markeder, hvor Kommissionen fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning.
- 1182 Antagelsen om at der – uden forligs- og licensaftalerne mellem Servier og Krka og det incitament, som de efter Kommissionens opfattelse indebar – blev indgået en anden aftale, som gav Krka ret til tidlig indtræden eller gav selskabet licens for hele EU-området (jf. præmis 1176 ovenfor og 1142. betragtning til den anfægtede afgørelse), er i øvrigt ikke sandsynliggjort, i og med at Kommissionen, som det fremgår af undersøgelsen af anbringendet om det manglende konkurrencebegrænsende formål, ikke godtgjorde, at der forekom et incitament.
- 1183 Det bør endelig fremhæves, at den konkrete sammenhæng, hvori forligs- og licensaftalerne mellem Servier og Krka indgik, og som var kendetegnet ved, at der fandtes et patent, hvis gyldighed var blevet bekræftet af EPO (jf. præmis 1144 ovenfor), adskiller sig fra situationen i den sag, der gav anledning til dom af 14. april 2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen (T-461/07, EU:T:2011:181, præmis 187 og 191), som Kommissionen bl.a. henviste til i 1219. betragtning til den anfægtede afgørelse. Da der ikke forelå omstændigheder svarende til de netop anførte – et patent, hvis gyldighed var blevet anerkendt (jf. præmis 1145-1159 ovenfor) – hvilket er afgørende i den foreliggende sag, havde Retten i denne dom, alene fordi en virksomhed, som ved den omtvistede foranstaltning var blevet underlagt en udelukkelsesklausul, var en potentiel konkurrent, fastslået, at Kommissionen med rette kunne konkludere, at denne virksomhed ville være indtrådt på markedet, hvis der ikke havde foreligget en udelukkelsesklausul.

- 1184 Det skal videre bemærkes, at Retten i dom af 14.4.2011, *Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen* (T-461/07, EU:T:2011:181), ikke tillod en afgørelsespraksis, hvorefter Kommissionen i tilfælde, hvor en potentiel konkurrent var blevet udelukket, kunne se bort fra de faktiske begivenheder, der kunne observeres på det tidspunkt, hvor den vedtog sin afgørelse.
- 1185 I øvrigt kunne en sådan praksis, hvis den blev tilladt, i visse tilfælde få et uheldigt resultat, bl.a. når den eneste potentielle konkurrent, som er blevet udelukket ved en aftale, er forsvundet på det tidspunkt, hvor aftalen gennemføres, f.eks. på grund af en konkurs, hvilket selvfølgelig udligner aftalens fortrængende virkninger, medmindre der tages hensyn til disse på en hypotetisk måde og ikke på en realistisk måde som krævet i retspraksis (jf. præmis 1129 og 1132 ovenfor).
- 1186 Det kan derfor ikke i det foreliggende tilfælde konkluderes, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning, med henvisning til dom af 14. april 2011, *Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen* (T-461/07, EU:T:2011:181).
- 1187 Kommissionen har som følge heraf ikke godtgjort, at den ikke-markedsføringsklausul, der var indeholdt i forligsaftalen, havde konkurrencebegrænsende virkninger.

– Ikke-anfægtelsesklausulen i forligsaftalen

- 1188 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i det afsnit i den anfægtede afgørelse, der har overskriften »Sandsynlig adfærd uden aftalerne med Krka«, ikke henviste til nogen omstændighed vedrørende Krkas sandsynlige adfærd i forhold til patent 340, som ligeledes var omhandlet af en ikke-anfægtelsesklausul i forligsaftalen.
- 1189 For så vidt angår den fase i analysen af den konkurrencebegrænsende virkning, hvor Kommissionen sammenlignede den konkurrence, der ville være, hvis aftalerne fandtes, med den konkurrence, der ville være uden disse aftaler (jf. præmis 1076 ovenfor), begrænsede Kommissionen som følge heraf sin analyse til patent 947.
- 1190 Den manglende hensyntagen til patent 340 kan skyldes, at dette patent ifølge Kommissionen ydede Servier en mere beskeden beskyttelse mod generikaproducerende selskabers indtræden på markedet (114. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1191 Kommissionen anførte i øvrigt også i afsnittet med overskriften »Sandsynlig adfærd uden aftalerne med Krka« i den anfægtede afgørelse, at det »virker plausibelt, at Krka, hvis ikke-anfægtelsesforpligtelsen ikke fandtes, ville fortsætte med at anfægte gyldigheden af patent 947 for retsinstanterne i Det Forenede Kongerige og for EPO« (1827. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1192 Kommissionen støttede således sin konklusion om, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning, på den omstændighed, at Krka, hvis ikke-anfægtelsesklausulen ikke fandtes, ville have videreført de procedurer, som selskabet var involveret i ved domstolene i Det Forenede Kongerige og ved EPO.
- 1193 Der skal i denne forbindelse henvises til, at en ikke-anfægtelsesklausul i sig selv er konkurrencebegrænsende, for så vidt som den skader den offentlige interesse i at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent (jf. i denne retning dom af 25.2.1986, *Windsurfing International mod Kommissionen*, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 92).
- 1194 Det skal derfor undersøges, om ikke-anfægtelsesklausulens anvendelse og i særdeleshed Krkas tilbagetrækning fra de procedurer, hvori dette selskab var involveret, havde en indvirkning på fjernelsen af patent 947.

- 1195 Det bemærkes, at Krka og Servier på det tidspunkt, hvor aftalerne blev indgået, var involveret i to procedurer, og at det var forligsaftalen, der fik Krka til at trække sig fra disse procedurer.
- 1196 I Det Forenede Kongerige havde Servier således den 2. august 2006 anlagt en sag om krænkelse af patent 947 mod Krka ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)). Servier havde ligeledes indgivet en begæring om et foreløbigt påbud. Den 1. september 2006 havde Krka fremsat et modkrav om ophævelse af patent 947. Den 3. oktober 2006 imødekom High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) Serviers begæring om et foreløbigt påbud, hvorefter den forkastede den begæring om summarisk behandling (motion of summary judgment), som Krka havde fremsat den 1. september 2006 med henblik på at kende patent 947 ugyldigt. Den 1. december 2006 bortfaldt den verserende sag i overensstemmelse med den forligsaftale, som parterne havde indgået, og det foreløbige påbud blev ophævet.
- 1197 Med hensyn til tvisten for EPO havde ti generikaproducerende selskaber, herunder Krka, i 2004 fremsat indsigelse mod patent 947 for EPO med henblik på fuldstændig tilbagekaldelse heraf, idet de påberåbte sig, at patentet ikke var en nyhed, manglende opfindeshøjde, og at beskrivelsen af opfindelsen var utilstrækkelig. Den 27. juli 2006 havde EPO's indsigelsesafdeling godkendt gyldigheden af dette patent efter mindre ændringer af Serviers oprindelige patentkrav. Syv selskaber havde klaget over indsigelsesafdelingens afgørelse. Krka trak sin indsigelse tilbage den 11. januar 2007 i overensstemmelse med den forligsaftale, der var indgået mellem parterne.
- 1198 Det skal imidlertid påpeges, at Servier den 1. august 2006 ligeledes havde anlagt en sag om patentkrænkelse i Det Forenede Kongerige mod selskabet Apotex ved High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) under påberåbelse af en krænkelse af patent 947, eftersom Apotex den 28. juli 2006 havde lanceret en generisk version af perindopril. Apotex havde indgivet et modkrav om ophævelse af dette patent. Den 8. august 2006 blev der udstedt et foreløbigt påbud, som forbød Apotex at importere, udbyde og sælge perindopril.
- 1199 På grundlag af et modkrav fra Apotex fastslog High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) den 6. juli 2007, at patent 947 var ugyldigt, fordi det manglede nyhedsværdi og opfindeshøjde i forhold til patent 341. Påbuddet blev som følge heraf straks ophævet, hvorefter Apotex kunne genoptage salget af sin generiske version af perindopril på markedet i Det Forenede Kongerige.
- 1200 Kommissionen fastslog, at den overtrædelse, der vedrørte aftalerne mellem Servier og Krka, var ophørt på denne dato i Det Forenede Kongerige.
- 1201 Med hensyn til tvisten for EPO besluttede EPO's tekniske appelkammer i øvrigt den 6. maj 2009 at annullere EPO's afgørelse af 27. juli 2006 og at tilbagekalde patent 947 på grundlag af den procedure, der bl.a. var indledt af Krka.
- 1202 Kommissionen fastslog, at overtrædelsen vedrørende de aftaler, der var indgået mellem Servier og Krka, for så vidt som den stadig fandtes i visse medlemsstater, var ophørt på denne dato.
- 1203 Henset til forløbet af de procedurer vedrørende patent 947, der fortsatte, efter at Krka som tidligere nævnt havde trukket sig fra de procedurer, som selskabet deltog i, kan det ikke antages, at det var sandsynligt eller plausibelt, at den omstændighed, at Krka videreførte procedurerne, hvis der ikke var indgået en forligsaftale mellem parterne, ville have resulteret i en hurtigere eller mere fuldstændig ugyldiggørelse af dette patent.

- 1204 Kommissionen godtgjorde imidlertid ikke og tilkendegav heller ikke i den anfægtede afgørelse, at ugyldiggørelsen af patent 947 ville have været hurtigere eller mere fuldstændig, hvis Krka ikke var gået med til at underkaste sig den ikke-anfægtelsesklausul, som var indeholdt i forligsaftalen.
- 1205 Den omstændighed, at »Krka tidligere havde givet udtryk for, at selskabets argumenter i patentsagen var nogle af de mest tungtvejende og udgjorde en særlig trussel mod patent 947«, og at retsinstanser i Det Forenede Kongerige, selv om de havde forkastet Krkas begæring om summarisk behandling, havde fastslået, at selskabet havde et »solidt grundlag« for at anfægte gyldigheden af patent 947 (1827. betragtning til den anfægtede afgørelse), understøtter ikke konklusionen om, at Krkas deltagelse i de pågældende procedurer ville have resulteret i en hurtigere eller mere fuldstændig ugyldiggørelse af patentet.
- 1206 Selv om det, som Kommissionen gjorde i 1712. betragtning til den anfægtede afgørelse, lægges til grund, at »fjernelsen af en stærk modstander kan påvirke tvistens/indsigelsens endelige udfald«, kan det endvidere ikke konkluderes, at virkningerne af den ikke-anfægtelsesklausul, som Krka var omfattet af, var sandsynlige eller plausible.
- 1207 Det tilkom nemlig Kommissionen at påvise tilstrækkeligt præcist og udførligt, hvordan Krkas argumenter eller dette selskabs særlige stilling i tvisten, hvis det havde videreført de procedurer, hvori det var involveret, i væsentligt omfang kunne have påvirket ikke tvisternes udfald, eftersom to af disse tvister – nemlig tvisten for EPO, der fortsatte, efter at Krka havde trukket sig, og tvisten mellem Servier og Apotex for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) – under alle omstændigheder resulterede i ugyldiggørelse af patent 947, men den tid, det tog at opnå denne ugyldiggørelse, eller dens rækkevidde.
- 1208 I forbindelse med vurderingen af de elementer, som udgør en overtrædelse, og som ikke er omfattet af Rettens fulde prøvelsesret, men af legalitetskontrollen, tilkommer det i øvrigt ikke denne at sætte sin egen begrundelse i stedet for Kommissionens (dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 73 og 75-77).
- 1209 Det tilkommer derfor ikke Retten at undersøge for første gang på grundlag af andre sagsakter end dem, som Kommissionen støttede sig på for at godtgøre, at ikke-anfægtelsesklausulen havde konkurrencebegrænsende virkninger, om Krkas fortsatte deltagelse i de igangværende tvister ville have resulteret i en hurtigere eller mere fuldstændig ugyldiggørelse af patent 947.
- 1210 Det bør ligeledes tilføjes, at uanset hvordan strukturen på det pågældende marked er, og om den som her ifølge Kommissionen kendetegnes ved manglende eller meget få kilder til konkurrence, forbliver en ikke-anfægtelsesklausuls konkurrencebegrænsende virkninger i vidt omfang hypotetisk, hvis det, henset til de faktiske begivenheder, der kan observeres på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin afgørelse, er sandsynligt, at det pågældende patent – i det foreliggende tilfælde patent 947 – ville være blevet underkendt på samme tidspunkt og i samme omfang, selv om denne klausul ikke fandtes (jf. præmis 1181 ovenfor).
- 1211 Kommissionen har i øvrigt – til trods for det i 1712. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte – ikke påvist, at proceduren mellem Servier og Krka for domstolene i Det Forenede Kongerige kunne have godtgjort, at Krkas teknologi ikke var patentkrænkende. Procedurerne vedrørende Krka og Apotex bestod af patentkrænkelsessøgsmål, som var anlagt af Servier, og af tilsvarende modkrav om ophævelse af patent 947, som disse to generikaproducerende selskaber havde indgivet. Disse procedurer mindede derfor om hinanden. Hele proceduren vedrørende Apotex blev imidlertid bragt til ophør ved ugyldiggørelsen af patent 947, uden at det var nødvendigt at afgøre, om selskabets teknologi var patentkrænkende. Da procedurerne mindede om hinanden, og Kommissionen ikke har ført bevis for det modsatte, ville det samme formentlig være sket for Krka.

1212 Det er endvidere ikke blevet påvist, at proceduren for EPO kunne have godtgjort, at Krkas teknologi var en ikke-patentkrænkende teknologi, eftersom denne procedure alene vedrørte gyldigheden af patent 947.

1213 Kommissionen har som følge heraf ikke godtgjort, at den ikke-anfægtelsesklausul, der var indeholdt i forligsaftalen, havde konkurrencebegrænsende virkninger.

– *Om udstedelsen af licens til Krkas teknologi*

1214 Hvad angår den overdragelsesaftale, hvorved Krka solgte sin teknologi til Servier, nøjedes Kommissionen med at konstatere, at Krka, hvis denne aftale ikke var blevet indgået, »ville have bevaret sin frihed til at overdrage eller meddele licens på sine rettigheder til teknologien i forbindelse med perindopril« (1829. betragtning til den anfægtede afgørelse), hvilket – når der er tale om en simpel overdragelse af et produkt ledsaget af en licensaftale og ikke om en udelukkelsesforanstaltning, hvilket en ikke-markedsføringsklausul kan være – ikke er tilstrækkeligt til at fastslå, at der forekommer sandsynlige virkninger, navnlig for priser, produktion, produktkvalitet, produktsortiment eller innovation (jf. præmis 1135-1137 ovenfor). De konkurrencebegrænsende virkninger findes heller ikke bevist, for så vidt som Krkas teknologi ikke gjorde det muligt at omgå patent 947, hvilket i betragtning af de klare indicier for, at dette patent kunne være gyldigt, gør hypotesen om, at generikaproducerende selskaber, der var konkurrenter til Servier, ville have forsøgt at få fat i Krkas teknologi, hvis overdragelsesaftalen ikke var indgået, mindre plausibel.

1215 Kommissionen har som følge heraf ikke godtgjort, at udstedelsen af licens til Krkas teknologi havde konkurrencebegrænsende virkninger.

1216 Henset til det ovenfor anførte har Kommissionen ikke godtgjort, at forligsaftalen eller overdragelsesaftalen havde en konkurrencebegrænsende virkning, som var så realistisk og sandsynlig, at det kunne fastslås, at disse aftaler havde konkurrencebegrænsende virkning. Det bør tilføjes, at der heller ikke kan fastslås en sådan konkurrencebegrænsende virkning, når de to aftaler betragtes samlet.

1217 Klagepunktet om et urigtigt skøn, som i sig selv gør det muligt at tiltræde hele det anbringende, hvormed sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen med urette konkluderede, at aftalerne mellem Servier og Krka havde en konkurrencebegrænsende virkning, må således tages til følge.

1218 Det skal endvidere også undersøges, om Kommissionens afgørelse tillige var behæftet med retlige fejl.

iv) Den retlige fejl

1219 Som tidligere nævnt (jf. præmis 1092 og 1102 ovenfor) fastslog Kommissionen, at eftersom den havde godtgjort, at forligsaftalen udelukkede en potentiel konkurrent til Servier, behøvede den ikke at tage hensyn til de faktiske begivenheder, som kunne observeres på det tidspunkt, hvor den vedtog sin afgørelse, for at belyse, hvorledes konkurrencen ville have formet sig, hvis der ikke var indgået en aftale (et af elementerne i den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor). Kommissionen anførte tværtimod – med støtte i sin sædvanlige praksis for hensyntagen til en aftales potentielle virkninger, hvorefter det er tilstrækkeligt at påvise, at denne aftale har »sandsynlige« konkurrencebegrænsende virkninger (jf. præmis 1080 og 1085 ovenfor) – at den kunne basere sin beskrivelse af den konkurrence, der ville have været, hvis der ikke var indgået en aftale, på hypoteser eller muligheder.

1220 Som det fremgår af ovenstående undersøgelse af klagepunktet om det urigtige skøn, var nogle af de begivenheder, som Kommissionen undlod at tage hensyn til, ikke bare relevante, men også afgørende for, at den kunne foretage den sammenligning, der er nævnt i præmis 1076 ovenfor.

- 1221 Hvad angår ikke-markedsføringsklausulen tog Kommissionen ganske vist hensyn til EPO's afgørelse af 27. juli 2006 og til de påbud, som domstole i Det Forenede Kongerige havde udstedt mod Krka og Apotex, da den fastslog, at Krka var en potentiel konkurrent, men den tog ikke behørigt hensyn til disse begivenheder, da den undersøgte, om det var sandsynligt, at Krka ville være indtrådt på markedet, hvis der ikke fandtes en aftale, og anførte i denne forbindelse blot, at den Krka stadig ville have udgjort en »konkurrencemæssig trussel«, hvis der ikke fandtes en aftale.
- 1222 Hvad angår ikke-anfægtelsesklausulen tog Kommissionen ikke hensyn til udfaldet af de procedurer, som andre generikaproducerende selskaber havde iværksat mod patent 947, og som fortsatte, selv om Krka havde trukket sine indsigelser tilbage.
- 1223 Hvad endelig angår markedsstrukturen, som er et tværgående anliggende, der både vedrører ikke-markedsføringsklausulen og ikke-anfægtelsesklausulen, nøjedes Kommissionen med at undersøge, hvilke kilder til konkurrence der blev påvist på tidspunktet for indgåelsen af den sidste af de forligsaftaler, der er omhandlet i den anfægtede afgørelse, hvorefter den anførte, at det var »meget muligt«, at disse kilder ville blive udelukket fra konkurrencen ved en aftale eller på anden vis, men uden at tage hensyn til, at dette ikke var sket i overtrædelsesperioden (1846. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1224 Dette ræsonnement fremgår udtrykkeligt af fodnote 2445 til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen for at fastslå, at ikke-anfægtelsesklausulen havde konkurrencebegrænsende virkninger, støttede sig på den omstændighed, at der ikke var mange konkurrenter til Servier tilbage, som kunne videreføre de igangværende procedurer eller iværksætte nye procedurer, og at »det var sandsynligt, at Servier overvejede at indgå forlig med disse selskaber«, hvilket ville have fjernet enhver mulighed for at videreføre eller iværksætte en procedure mod patent 947. Selv om Servier rettede henvendelse til disse selskaber, lykkedes det imidlertid ikke at få indgået forlig med dem og navnlig med et af dem, som endte med at få ophævet patent 947, samtidig med at Krka tog ikke-anfægtelsesklausulen i anvendelse.
- 1225 Den begrænsede undersøgelse, som Kommissionen foretog, havde imidlertid intet grundlag i Unionens retsinstitansers praksis. Retspraksis vedrørende behovet for at tage hensyn til aftalers potentielle virkninger, som er gennemgået i præmis 1107-1120 ovenfor, fandt nemlig ikke anvendelse i den foreliggende sag (jf. præmis 1124 ovenfor).
- 1226 Det samme gjaldt af de grunde, der anført i præmis 1183-1186 ovenfor, for muligheden for at anvende den løsning, som i forbindelse med aftaler, der udelukkede potentiel konkurrence, blev lagt til grund i dom af 14. april 2011, Visa Europe og Visa International Service mod Kommissionen (T-461/07, EU:T:2011:181) (jf. præmis 1183-1186 ovenfor).
- 1227 Det må derfor konkluderes, at Kommissionen foretog en ufuldstændig undersøgelse af den situation, som den skulle vurdere for at afgøre, om aftalerne mellem Servier og Krka havde konkurrencebegrænsende virkning, og at Kommissionens ufuldstændige undersøgelse var udtryk for urigtig anvendelse af Unionens retsinstitansers praksis og dermed, som sagsøgerne med rette har anført, for en retlig fejl.
- 1228 Ifølge Kommissionens tilgang skulle den i øvrigt blot fastslå, at en potentiel konkurrent var blevet udelukket, for at kunne konkludere, at der i en situation, hvor markedsstrukturen var kendetegnet ved manglende eller meget få kilder til konkurrence og ved det originalmedicinproducerende selskabs markedsstyrke, forelå en konkurrencebegrænsende virkning.
- 1229 Hvis Kommissionen får ret til at anvende denne tilgang, vil den i sager som den foreliggende, der vedrører konkurrencebegrænsende klausuler i tilknytning til forligsaftaler om lægemiddelpatenter, kunne fastslå, at der foreligger en konkurrencebegrænsende virkning, ved i det væsentlige blot at sikre

sig, at to af de tre betingelser, der skal være opfyldt, for at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, dvs. at der forekommer potentiel konkurrence og konkurrencebegrænsende klausuler, er opfyldt.

1230 Da det, som det fremgår af undersøgelsen af anbringendet om det konkurrencebegrænsende formål, er meget vanskeligt at påvise, at den tredje betingelse, dvs. at der forekommer et incitament, er opfyldt, vil dette gøre Kommissionens opgave langt lettere.

1231 Henset til de skærpede beviskrav, der gælder for at påvise konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 1123 og 1128-1139 ovenfor), kan denne løsning, som strider mod ånden i den sondring mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning, der er indført ved traktaten, imidlertid ikke tiltrædes.

1232 Det følger heraf, at klagepunktet om en retlig fejl, som i sig selv gør det muligt at tiltræde hele det anbringende, hvormed sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen med urette konkluderede, at aftalerne mellem Servier og Krka havde konkurrencebegrænsende virkning, må tages til følge.

1233 Da anbringendet om, at der ikke forelå et konkurrencebegrænsende formål, ligeledes er taget til følge, må det konkluderes, at Kommissionen med urette konstaterede, at der forelå en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF med hensyn til de aftaler, der var indgået mellem Servier og Krka.

1234 Uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige klagepunkter, som sagsøgerne har fremsat i forbindelse med dette anbringende og anbringendet om Krkas status som potentiel konkurrent, skal den anfægtede afgørelses artikel 4 som følge heraf annulleres, for så vidt som Kommissionen i denne artikel konstaterede, at Servier havde deltaget i en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF med hensyn til de aftaler, der var indgået mellem Servier og Krka.

10. Anbringendet om definitionen af begrebet konkurrencebegrænsende virkning

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

1247 Af de grunde, som allerede er nævnt i præmis 566-570, 743 og 909 ovenfor i forbindelse med de øvrige anbringender, der er rettet mod konklusionen om, at Serviers aftaler med Niche og Unichem, Matrix, Teva og Lupin havde konkurrencebegrænsende virkning, må dette anbringende forkastes som irrelevant.

11. Retlig fejl og urigtigt skøn i forbindelse med kvalificeringen som særskilte overtrædelser

a) Kvalificeringen af de fem aftaler som særskilte overtrædelser

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

- 1254 Det fremgår af den anfægtede afgørelse – hvilket sagsøgerne ikke har bestridt – at sagsøgerne indgik særskilte aftaler, som blev underskrevet på forskellige tidspunkter (med undtagelse af aftalerne med Niche og med Matrix), med forskellige parter, i forskellige økonomiske og retlige sammenhænge og med forskellige anvendelsesområder. Sagsøgerne har imidlertid anført, at indgåelsen af disse aftaler på trods af disse forskelle udgjorde en samlet overtrædelse, eftersom der var tale om det samme produkt, aftalerne til dels gjaldt for det samme område og i den samme periode, der blev anvendt den samme metode og fremgangsmåde ved aftalernes gennemførelse, og det for deres vedkommende var den samme fysiske person, der var med til at indgå aftalerne.
- 1255 Det bemærkes indledningsvis, at det foreliggende anbringende om manglende anerkendelse af en samlet overtrædelse i det foreliggende tilfælde er fremsat subsidiært (jf. præmis 1248 ovenfor), i tilfælde af at anbringenderne om retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med kvalificeringen af de omtvistede aftaler som aftaler med konkurrencebegrænsende formål og virkning forkastes. Da de anbringender, der er rettet mod kvalificeringen af sagsøgernes aftaler med Krka som konkurrencebegrænsninger, tages til følge, vil det foreliggende anbringende således kun blive undersøgt, for så vidt som det er rettet mod kvalificeringen af sagsøgernes aftaler med Niche, Matrix, Teva og Lupin om særskilte overtrædelser.
- 1256 Med hensyn til dette anbringendes relevans har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at det må forkastes som irrelevant, eftersom sagsøgerne under alle omstændigheder ikke har godtgjort, at bøden nødvendigvis ville have været lavere, hvis Kommissionen havde fastslået, at de omhandlede aftaler udgjorde en samlet overtrædelse.
- 1257 Det skal først påpeges, at såfremt et anbringende betegnes som værende uden betydning eller ej, henviser dette til spørgsmålet om, hvorvidt anbringendet, selv hvis det bygger på et rigtigt grundlag, kan medføre den annullation, som sagsøgeren har nedlagt påstand om, og angår ikke den interesse, som sagsøgeren kan have i at anlægge et sådant søgsmål eller i at gøre et bestemt anbringende gældende, idet disse overvejelser vedrører spørgsmålet om antagelse til realitetsbehandling af henholdsvis søgsmålet og anbringendet (dom af 21.9.2000, EFMA mod Rådet, C-46/98 P, EU:C:2000:474, præmis 38).
- 1258 For så vidt som Kommissionen, navnlig hvis den har godtgjort, at der foreligger en berettiget interesse i at foretage en sådan konstatering, har beføjelse til at træffe en afgørelse, hvorved der konstateres en overtrædelse, uden samtidig at pålægge en bøde (jf. i denne retning dom af 6.10.2005, Sumitomo Chemical og Sumika Fine Chemicals mod Kommissionen, T-22/02 og T-23/02, EU:T:2005:349, præmis 31, og af 16.11.2006, Peróxidos Orgánicos mod Kommissionen, T-120/04, EU:T:2006:350, præmis 18), kan lovligheden af en afgørelse, hvorved det konstateres, at en virksomhed har deltaget i en overtrædelse, endvidere ikke afhænge af lovligheden af den bøde, som denne virksomhed er blevet pålagt. De anbringender, der vedrører påleggelsen af sanktioner, kan derfor pr. definition kun vedrøre bødepåleggelsen og ikke konstateringen af selve overtrædelsen (jf. i denne retning dom af 27.6.2012, Bolloré mod Kommissionen, T-372/10, EU:T:2012:325, præmis 81). Derimod kan de anbringender, der vedrører konstateringen af selve overtrædelsen, i princippet ikke bare føre til annullation af den afgørelse, hvorved det konstateres, at en virksomhed har deltaget i en overtrædelse, men også som følge heraf føre til ophævelse af den bøde, som denne virksomhed er blevet pålagt.
- 1259 Det følger i det foreliggende tilfælde heraf, at hvis Retten fastslår, at Kommissionen med urette pegede på særskilte overtrædelser i forbindelse med hver af de omtvistede aftaler i stedet for en samlet overtrædelse, bør den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som det heri konstateres, at der foreligger særskilte overtrædelser i forhold til sagsøgerne, og som følge heraf for så vidt som der heri pålægges bøder for disse overtrædelser, uanset om denne annullation set fra sagsøgernes synspunkt har en positiv indvirkning på det samlede beløb af de særskilte bøder, som de er blevet pålagt, og som i givet fald vil skulle beregnes på ny, hvis de pålægges en samlet bøde i forbindelse med en ny afgørelse.

Der skal nemlig henvises til, at den fulde prøvelsesret, som Retten råder over på grundlag af artikel 31 i forordning nr. 1/2003, alene vedrører dennes vurdering af den bøde, som Kommissionen har pålagt, og den omfatter ikke enhver ændring af de elementer, som udgør den overtrædelse, som Kommissionen lovligt har fastslået i den afgørelse, som er blevet indbragt for Retten (dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 77).

1260 Det skal for fuldstændighedens skyld under alle omstændigheder fastslås, at hvis Retten fastslår, at Kommissionen med urette pegede på særskilte overtrædelser i stedet for en samlet overtrædelse, vil det få betydning for bødens størrelse.

1261 Det skal nemlig påpeges, at det i princippet ikke er uden følger for den bøde, der kan pålægges, om en ulovlig adfærd kvalificeres som én og samme overtrædelse eller som flere særskilte overtrædelser, idet det kan føre til pålæggelse af flere særskilte bøder, som hver især ikke overstiger de i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 fastsatte grænser, dvs. under overholdelse af det øvre loft på 10% af den omsætning, som er opnået i regnskabsåret forud for vedtagelsen af afgørelsen om, at der findes at være blevet begået flere særskilte overtrædelser. Kommissionen kan derfor i en enkelt afgørelse fastslå, at der foreligger to særskilte overtrædelser, og pålægge to bøder, hvis samlede beløb overstiger det loft på 10%, der er fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, for så vidt som størrelsen af begge bøder ikke overstiger det nævnte loft. Det er således uden betydning for anvendelsen af det nævnte loft på 10%, om de forskellige overtrædelser af konkurrencereglerne sanktioneres under en samlet procedure eller under adskilte tidsmæssigt forskudte procedurer, idet den øvre grænse på 10% finder anvendelse på hver enkelt overtrædelse af artikel 101 TEUF (jf. dom af 6.2.2014, AC-Treuhand mod Kommissionen, T-27/10, EU:T:2014:59, præmis 230-232 og den deri nævnte retspraksis). I det foreliggende tilfælde må det imidlertid – således som sagsøgerne har anført i stævningen – fastslås, at det samlede beløb af de bøder, som de er blevet pålagt for overtrædelserne af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, ikke overstiger det øvre loft på 10% af omsætningen i regnskabsåret forud for afgørelsens vedtagelse, som er fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003. Sagsøgerne kan som følge heraf ikke foreholde Kommissionen, at den valgte at pålægge dem særskilte bøder, for at disse bøder samlet set kunne overstige loftet på 10%.

1262 Det fremgår imidlertid af 3120., 3121. og 3128. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen, eftersom den pålagde sagsøgerne særskilte bøder for hver overtrædelse af artikel 101 TEUF, anvendte en korrektionsfaktor i nedadgående retning på disse beløb for at undgå et potentielt uforholdsmæssigt resultat på grund af de mange bøder, der blev pålagt på samme tid. Det var nemlig Kommissionens valg om at pålægge sagsøgerne flere særskilte bøder, der var årsag til, at den i gennemsnit reducerede sagsøgernes afsætning med 54,5%, da den fastsatte størrelsen af de enkelte bøder, for at afspejle den tidsmæssige og geografiske overlapning mellem de tilsvarende overtrædelser. For at påvise, at anbringendet er irrelevant, skal Kommissionen således under alle omstændigheder godtgøre, at den bøde, som sagsøgerne blev pålagt, ville have været lige så høj i forbindelse med en enkelt overtrædelse, hvilket må anses for usandsynligt.

1263 Dette anbringende bør som følge heraf realitetsbehandles.

1264 Ifølge fast retspraksis kan en tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF foreligge ikke alene ved en enkeltstående handling, men også ved en række handlinger eller en sammenhængende adfærd, selv om et eller flere elementer i rækken af handlinger eller i den sammenhængende adfærd også i sig selv og isoleret betragtet kan udgøre en tilsidesættelse af den nævnte bestemmelse. Når de forskellige handlinger indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencen inden for det indre marked, kan Kommissionen således med rette pålægge ansvaret for disse handlinger på grundlag af deltagelsen i overtrædelsen betragtet i sin helhed (dom af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 41, og af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 156).

- 1265 En virksomhed, der har deltaget i en sådan samlet og kompleks overtrædelse ved egne handlinger, der falder ind under de i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede begreber aftaler eller samordnet praksis med et konkurrencebegrænsende formål, og som havde til formål at bidrage til gennemførelsen af overtrædelsen i sin helhed, kan således også være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse, for så vidt angår hele det tidsrum, hvor virksomheden har deltaget i den. Dette er tilfældet, såfremt der er ført bevis for, at virksomheden ved sin egen adfærd havde til hensigt at bidrage til de fælles mål, som deltagerne som helhed forfulgte, og at den havde kendskab til den ulovlige adfærd, som de øvrige virksomheder havde planlagt eller udvist med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed kunne forudse dem, og at den var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko (dom af 6.1.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 42, og af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 157).
- 1266 Ifølge Domstolens retspraksis gør anvendelsen af begrebet »samlet overtrædelse« det således på visse betingelser muligt at placere ansvaret for et kompleks af ulovlige handlinger hos alle, som har deltaget i en af de handlinger, der indgår i dette kompleks. Dette er imidlertid kun muligt, hvis det bl.a. kan påvises, at deltagerne har et fælles mål.
- 1267 Behovet for et fælles mål eller formål eller en fælles målsætning følger ikke kun af de domme, der er citeret i præmis 1264 og 1265 ovenfor.
- 1268 I dom af 8. juli 1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 82 og 83), anvendte Domstolen således det samme ræsonnement som Retten, dvs. for det første, at de aftaler og den samordnede praksis, der var blevet konstateret, indgik som led i systemer med regelmæssige møder og fastsættelse af målpriser og kvoter, som på deres side var led i de pågældende virksomheders bestræbelser på at nå et bestemt økonomisk mål, nemlig at fordreje prisudviklingen, og for det andet, at det ville være unaturligt at opdele denne sammenhængende adfærd, der havde ét formål, i forskellige særskilte overtrædelser, når der tværtimod var tale om en enkelt overtrædelse, der gradvis var blevet udmøntet dels i aftaler, dels i samordnet praksis.
- 1269 I dom af 7. januar 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, EU:C:2004:6, præmis 258 og 259), fastslog Domstolen ligeledes, at når forskellige handlinger indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencen inden for det indre marked, kan Kommissionen med rette pålægge ansvaret for disse handlinger på grundlag af deltagelsen i overtrædelsen betragtet i sin helhed. Den præciserede i denne forbindelse, at det var kunstigt at opdele en aftale, der var kendetegnet ved et antal foranstaltninger med det samme økonomiske mål, nemlig beskyttelsen af hjemmemarkederne, i en række særskilte handlinger.
- 1270 Det skal i øvrigt fremhæves, at det ligger i begrebet »samlet plan«, hvortil der henvises i Domstolens praksis, at der skal være et fælles mål, eftersom en sådan plan ikke kan eksistere uden et fælles mål, som alle deltagerne går ind for.
- 1271 Det skal endelig bemærkes, at den omstændighed, at aftaler eller samordnet praksis supplerer hinanden, kan udgøre et objektivi indicium for, at der foreligger en samlet plan, som skal virkeliggøre et samlet konkurrencebegrænsende mål. Disse aftaler eller denne samordnede praksis supplerer hinanden, når de tilsigter at imødegå en eller flere konsekvenser af den normale konkurrence og gennem et samspil bidrager til virkeliggørelsen af et samlet konkurrencebegrænsende mål (jf. i denne retning dom af 28.4.2010, Amann & Söhne og Cousin Filterie mod Kommissionen, T-446/05, EU:T:2010:165, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis, og af 16.9.2013, Masco m.fl. mod Kommissionen, T-378/10, EU:T:2013:469, præmis 22, 23 og 32 og den deri nævnte retspraksis). Det er ud fra disse overordnede betragtninger, at de specifikke omstændigheder i den foreliggende sag skal undersøges.

- 1272 I denne forbindelse skal det indledningsvis bemærkes, at sagsøgerne var parter i særskilte forligsaftaler, som hver især var indgået med et eller flere generikaproducerende selskaber afhængig af den pågældende aftale, og at disse aftaler, som det fremgår af undersøgelsen af de anbringender, der fokuserer på hver af disse aftaler, i sig selv og isoleret set udgjorde en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF.
- 1273 I en sådan sammenhæng kunne Kommissionen, henset til den netop nævnte retspraksis, kun fastslå, at de pågældende forligsaftaler udgjorde en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 101 TEUF, hvis den bl.a. havde været i stand til at godtgøre, at disse aftaler indgik i en samlet plan.
- 1274 Den kunne derfor kun konstatere, at der forelå en samlet overtrædelse, hvis Servier og alle de pågældende generikaproducerende selskaber havde indgået de omtvistede aftaler for at forfølge mindst ét fælles mål.
- 1275 Sagsøgerne har imidlertid ikke – i hvert fald ikke direkte – gjort gældende, at der foreligger et sådant mål, som de har angivet præcist.
- 1276 Det fremgår i øvrigt ikke af sagsakterne, at der foreligger et sådant mål.
- 1277 Det skal herved præciseres, at begrebet et samlet eller fælles mål ikke kan fastsættes med generel henvisning til en konkurrenceforvridning på det af overtrædelsen berørte marked, eftersom begrænsningen af konkurrencevilkårene, som formål eller virkning, udgør et væsentligt forhold ved enhver adfærd, som er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 101, stk. 1, TEUF. En sådan definition af begrebet et fælles mål risikerer, at begrebet en samlet og vedvarende overtrædelse ville blive berøvet en del af sin mening, i det omfang den ville bevirke, at flere former for adfærd vedrørende en erhvervssektor, som er forbudt i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, systematisk skal kvalificeres som forhold, der udgør en samlet overtrædelse (jf. dom af 28.4.2010, sag T-446/05, Amann & Söhne og Cousin Filterie mod Kommissionen, T-446/05, EU:T:2010:165, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis).
- 1278 Det fremgår imidlertid ikke af sagsakterne, at Servier og de generikaproducerende selskaber havde et fælles mål, som kunne fastsætte mere præcist end ved en simpel generel henvisning til konkurrenceforvridningen på det marked, der var berørt af overtrædelsen.
- 1279 De generikaproducerende selskaber havde i øvrigt ikke indgået forligsaftaler mellem hinanden, men alene aftaler mellem de enkelte selskaber og Servier. Hertil kom, at de indgåede aftaler med undtagelse af Matrix-aftalen bl.a. var forbundet med nationale tvister mellem de enkelte generikaproducerende selskaber og Servier, uden at de øvrige generikaproducerende selskaber var berørt af disse tvister. Endelig havde disse aftaler, der blev indgået på forskellige tidspunkter, forskelligt indhold, da Niche- og Matrix-aftalerne alene indebar en omvendt betaling, hvorimod Teva-aftalen indeholdt en eksklusiv købsklausul, og Lupin-aftalen var knyttet til en aftale, hvorved Lupin overdrog patentansøgninger til Servier.
- 1280 Det skal tilføjes, at aftalernes ikrafttræden ikke var betinget af, at de øvrige aftaler var trådt i kraft, og at aftalerne ikke indeholdt klausuler, som krævede eller affødte en samordning af de forskellige generikaproducerende selskabers adfærd. Det fremgår heller ikke af sagsakterne, at disse selskaber på nogen måde samordnede deres indsats for at begrænse konkurrencen. Når ikke fandtes sådanne forbindelser mellem aftalerne eller beviser for, at der var sket en samordning mellem de generikaproducerende selskaber på tidspunktet for aftalernes indgåelse, var den eneste samordning, der kan udledes af sagsakterne, den, der blev foretaget af Servier i forbindelse med indgåelsen af de forskellige aftaler.

- 1281 Det kan i betragtning af det ovenfor anførte ikke konkluderes, at de pågældende generikaproducerende selskaber deltog i en samlet plan. Det må tværtimod konstateres, at de – som Kommissionen med rette har fremhævet i sit svarskrift – nøjedes med at benytte sig af den mulighed, som det foreslåede udkast til en aftale med Servier repræsenterede for hvert af disse selskaber. De generikaproducerende selskaber deltog således hver især i en selvstændig aftale om udelukkelse fra markedet uden at bidrage til et kompleks af aftaler med samme mål.
- 1282 Når Servier og de enkelte generikaproducerende selskaber ikke havde et fælles mål og dermed en samlet plan, undlod Kommissionen således med rette at konkludere, at de pågældende forligsaftaler udgjorde en samlet overtrædelse.
- 1283 Den ovenfor anførte konklusion kan ikke drages i tvivl af sagsøgernes øvrige argumenter.
- 1284 Det bemærkes for det første, at selv om sagsøgerne var parter i alle de pågældende forligsaftaler, og selv om Kommissionen kunne lægge til grund, at visse generikaproducerende selskaber var blevet bekendt med, at sagsøgerne havde indgået andre forligsaftaler med generikaproducerende selskaber, står det ikke desto mindre fast, at kendskabet til andre former for konkurrencebegrænsende praksis ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en samlet overtrædelse. Selv om et sådant kendskab er en forudsætning for, at en virksomhed kan drages til ansvar for adfærd, der er udvist af andre virksomheder som led i en samlet overtrædelse (jf. præmis 1265 ovenfor), beviser det nemlig ikke som sådan, at der foreligger et fælles subjektivt element, og navnlig at samtlige deltagere forfølger et fælles formål eller mål, hvilket er nødvendigt for at påvise, at der foreligger en samlet overtrædelse (jf. i denne retning dom af 12.12.2007, BASF og UCB mod Kommissionen, T-101/05 og T-111/05, EU:T:2007:380, præmis 205, og af 28.4.2010, Amann & Söhne og Cousin Filterie mod Kommissionen, T-446/05, EU:T:2010:165, præmis 108).
- 1285 For det andet har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den i 3120. betragtning til den anfægtede afgørelse henviste til tre tidligere afgørelser, som ikke var relevante eller ikke kunne påberåbes, eftersom ingen af de pågældende afgørelser var blevet offentliggjort. Det skal imidlertid under alle omstændigheder påpeges, at Kommissionen på objektivt grundlag kan indlede særskilte procedurer, konstatere flere særskilte overtrædelser og pålægge flere særskilte bøder. (jf. dom af 28.4.2010, Amann & Söhne og Cousin Filterie mod Kommissionen, T-446/05, EU:T:2010:165, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis). Uanset om Kommissionen i det foreliggende tilfælde citerede relevante tidligere afgørelser eller ej, og om disse afgørelser var blevet offentliggjort eller ej, kan dette som følge heraf ikke gøre den anfægtede afgørelse ulovlig, da Kommissionen i den enkelte sag skal efterprøve, om den på objektivt grundlag kan konstatere, at der foreligger en samlet overtrædelse. Det kan for fuldstændighedens skyld også tilføjes, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde kun henviste til de kritiserede tidligere afgørelser som eksempel på tilfælde, hvor der blev pålagt særskilte bøder for særskilte overtrædelser, efter at have mindet om, at det fulgte af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og var i overensstemmelse med retningslinjerne for beregning af bøder, at der skulle pålægges særskilte bøder for hver overtrædelse.
- 1286 For det tredje har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at begrundelsen for dens analyse var selvmodsigende. Efter deres opfattelse kunne Kommissionen ikke udelukke, at forligsaftalerne udgjorde en samlet overtrædelse i forhold til artikel 101 TEUF, eftersom den i den del af den anfægtede afgørelse, der vedrørte misbrug af dominerende stilling, fastslog, at de samme aftaler udgjorde en enkelt overtrædelse af artikel 102 TEUF.
- 1287 Denne argumentation kan imidlertid ikke tiltrædes.
- 1288 Begrebet samlet overtrædelse som omhandlet i artikel 101 TEUF vedrører nemlig flere virksomheders bilaterale eller multilaterale adfærd, hvorimod begrebet misbrug af en virksomheds dominerende stilling omfatter denne virksomheds ensidige adfærd, såsom den adfærd, Kommissionen fastlagde i den del af den anfægtede afgørelse, der vedrørte anvendelsen af artikel 102 TEUF. Da disse to

begreber er forskellige og hviler på forskellige kriterier, kan det ikke konstateres, at der foreligger en samlet overtrædelse som omhandlet i artikel 101 TEUF, alene fordi en af de virksomheder, der har medvirket i denne overtrædelse, i øvrigt har udvist en adfærd, som kvalificeres som misbrug af dominerende stilling. Dette gælder i særdeleshed, når kvalificeringen af et misbrug af dominerende stilling, som det er tilfældet her, til dels skyldes, at der tages hensyn til en adfærd, som ikke blev undersøgt i forbindelse med artikel 101 TEUF, dvs. sagsøgernes overtagelse af Azads teknologi.

¹²⁸⁹ Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen i den del af den anfægtede afgørelse, der vedrørte anvendelsen af artikel 102 TEUF, ikke konstaterede, at sagsøgerne, da de gennemførte deres strategi for udelukkelse af konkurrenter ved indgåelse af forligsaftaler og overtagelse af Azads teknologi, forfulgte et fælles mål sammen med de generikaproducerende selskaber, hvilket er en forudsætning for at kunne anerkende en samlet overtrædelse som omhandlet i artikel 101 TEUF. Sagsøgerne har i øvrigt ikke anført, at Kommissionen foretog en sådan konstatering. De kan som følge heraf ikke med føje udlede af denne del af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen burde have fastslået, at forligsaftalerne udgjorde en samlet overtrædelse.

¹²⁹⁰ Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende anbringende må forkastes.

b) Kvalificeringen af aftalerne med Niche og med Matrix som særskilte overtrædelser

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

¹²⁹³ Det fremgår af den anfægtede afgørelses afsnit 5 og af 3120. betragtning hertil, at de to aftaler, som sagsøgerne (og Biogaran) havde indgået med Niche (forligsaftalen samt licens- og leveringsaftalen), og forligsaftalen med Matrix udgjorde to særskilte overtrædelser af artikel 101 TEUF. Sagsøgerne har anført, at disse aftaler udgør en samlet overtrædelse.

¹²⁹⁴ Kommissionen har gjort gældende, at anbringendet må forkastes som irrelevant, eftersom sagsøgerne under alle omstændigheder ikke har godtgjort, at bøden nødvendigvis ville have været lavere, hvis Kommissionen havde fastslået, at aftalerne med Niche og med Matrix udgjorde en samlet overtrædelse. Det fremgår imidlertid af præmis 1256-1263 ovenfor, at den anfægtede afgørelse skal annulleres, og at bøden skal beregnes på ny, hvis der er grundlag for dette anbringende. Det foreliggende anbringende skal som følge heraf – i lighed med det anbringende, der generelt er rettet mod kvalificeringen af de forskellige aftaler, som sagsøgerne indgik, som særskilte overtrædelser – anses for relevant.

¹²⁹⁵ Hvad angår grundlaget for dette anbringende skal det påpeges, at det for at fastslå en samlet overtrædelse tilkommer Kommissionen at godtgøre, at de omhandlede aftaler er en del af en samlet plan, som de berørte virksomheder bevidst har gennemført med henblik på at realisere et samlet konkurrencebegrænsende formål, og at Kommissionen i denne henseende er forpligtet til at undersøge alle de faktiske omstændigheder, som vil kunne tjene til at fastslå eller så tvivl om en sådan samlet plan (jf. i denne retning dom af 16.9.2013, Masco m.fl. mod Kommissionen, T-378/10, EU:T:2013:469, præmis 22 og 23; jf. ligeledes præmis 1264-1269 ovenfor).

¹²⁹⁶ I det foreliggende tilfælde kan det ganske vist udledes af de argumenter, som sagsøgerne har fremsat, at de var drevet af de »samme motiver«, da de indgik de omhandlede aftaler, hvilket Kommissionen med rette bemærkede i 1472. betragtning til den anfægtede afgørelse, og at de i denne forbindelse forfulgte det samme mål, nemlig at finde en endelig løsning på den igangværende tvist og at undgå enhver

fremtidig tvist om Niches og Matrix' produkt samt at fjerne dette produkt som kilde til potentiel konkurrence mod et vederlag. Det forhold, at sagsøgerne faktisk forfulgte det samme mål, da de indgik aftalerne med Niche og med Matrix, fremgår især af den omstændighed, at disse aftaler blev underskrevet den samme dag og på det samme sted af den samme repræsentant for sagsøgerne, den omstændighed, at de havde det samme tidsmæssige og geografiske anvendelsesområde, den omstændighed, at aftalerne bl.a. vedrørte det samme produkt og pålagde Niche og Matrix lignende forpligtelser, og endelig – hvilket er ubestridt – den omstændighed, at det var i sagsøgernes interesse at indgå aftaler med de to aktører i det pågældende fælles perindopril-projekt (jf. herved 2940. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1297 Sådanne faktiske omstændigheder gør det imidlertid ikke muligt at fastslå, at Niche og Matrix i fællesskab forfulgte det samme mål som led i en fælles plan ved at indgå de omhandlede aftaler, og heller ikke, at de deltog i denne fælles plan sammen med sagsøgerne.

1298 Det forhold, at aftalerne blev indgået den samme dag og på det samme sted, bekræfter ganske vist, at de var forbundet med hinanden, og at der fandtes et fælles mål, som blev forfulgt af Servier, der var underskriver af de to aftaler, men det gør det ikke i sig selv muligt at fastslå, at der forelå en fælles plan mellem de øvrige underskrivere, dvs. Niche og Matrix. Det forhold, at Niche og Matrix var repræsenteret af den samme advokat – hvilket også forklarer, hvorfor de to værdioverførsler gik ind på den samme konto, der tilhørte deres fælles repræsentant – viser ligeledes, at der ikke var nogen interessekonflikt mellem dem, men gør det ikke som sådan muligt at fastslå, at der forelå et interessefællesskab, for så vidt som den pågældende var Niches repræsentant og kun repræsenterede Matrix i forbindelse med Matrix-aftalens underskrivelse (575. og 576. betragtning til den anfægtede afgørelse). Selv om de to aftaler reelt forbyder markedsføringen af Niches og Matrix' produkt, skal det i øvrigt bemærkes, at Niche-aftalen generelt vedrører alle potentielt patentkrænkende produkter, som Niche måtte udvikle, enten alene eller sammen med andre partnere, og at Matrix-aftalen generelt vedrører alle potentielt patentkrænkende produkter, som Matrix måtte udvikle, enten alene eller sammen med andre partnere (ifølge den definition af »processen«, der var fastsat i de enkelte aftaler), hvilket i øvrigt relativiserer ligheden mellem aftalernes klausuler. Det skal herved tilføjes, at Niche- og Matrix-aftalernes klausuler i øvrigt ikke er helt identiske, hvilket bl.a. skyldes de forskellige tvister, der opstod mellem Servier og Niche på den ene side og Servier og Matrix på den anden side. Det er således kun Niche-aftalen, der indeholder klausuler om, at igangværende tvister for domstolene i Det Forenede Kongerige og for EPO skal bringes til ophør (Niche-aftalens artikel 2 og 7), da Matrix ikke var direkte involveret i nogen af disse tvister (jf. ligeledes Niche-aftalens artikel 9, der heller ikke findes tilsvarende i Matrix-aftalen).

1299 Den angivelige forståelse mellem Niche og Matrix om at gennemføre de aftaler, som de havde indgået med sagsøgerne, beviser heller ikke, at de havde en fælles plan. En sådan forståelse kan nemlig ikke anses for tilstrækkeligt godtgjort, blot fordi der henvises til en mundtlig aftale om at deles om godtgørelsen til Niches kunder, og fordi Niche bad Matrix om en skriftlig bekræftelse af denne aftale. Den modsiges også af aftalernes konkrete gennemførelse, som bl.a. medførte, at Matrix ensidigt suspenderede Niche-Matrix-aftalen.

1300 Det fremgår heller ikke af afviklingen af forhandlingerne om de omhandlede aftaler, at Niche og Matrix forfulgte det samme mål, da de indgik de nævnte aftaler. En række forhold i sagsakterne og i den anfægtede afgørelse, som ikke er blevet bestridt (574.-577. betragtning til den anfægtede afgørelse), viser nemlig, at Matrix' indgåelse af aftalen med Servier snarere skyldtes dets vilje til at udnytte en mulighed, som sagsøgerne tilbød (jf. ligeledes præmis 1281 ovenfor), end en fælles plan sammen med partneren Niche om at bringe deres fælles perindopril-projekt til ophør. På den ene side var Matrix først blevet underrettet om forhandlingerne mellem Niche og sagsøgerne, to dage før selskabet indgik sin egen aftale med sagsøgerne, og det havde først fået en kort orientering om disse forhandlingers forløb den foregående dag. For det andet kan det udledes af 577. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Matrix' deltagelse i forhandlingerne hovedsageligt vedrørte værdioverførselens størrelse.

- 1301 Det kan endelig bemærkes, at det, hvis Niche- og Matrix-aftalerne kvalificeres som en samlet overtrædelse, vil medføre, at denne overtrædelse omfatter aftalen mellem Niche og Biogaran, som Kommissionen, hvilket sagsøgerne ikke har bestridt, anså for at indgå i den overtrædelse, som de blev lagt til last i forbindelse med Niche-aftalen (jf. bl.a. 3006. betragtning til den anfægtede afgørelse). En sådan aftale, som blev forhandlet mellem Biogaran og Niche uden Matrix' vidende, som ikke vedrørte Niches og Matrix' produkt, og som havde et andet formål end Matrix-aftalen (licens- og leveringsaftale vedrørende andre lægemidler), kan imidlertid ikke anses for at indgå i en fælles plan sammen med Niche og Matrix og slet ikke sammen med disse to selskaber og sagsøgerne.
- 1302 Det må derfor fastslås, at Kommissionen ikke begik nogen retlig fejl eller foretog noget urigtigt skøn, da den kvalificerede de aftaler, som sagsøgerne (og Biogaran) indgik med henholdsvis Niche og Matrix, som særskilte overtrædelser. Det følger ligeledes heraf, at sagsøgerne ikke kan foreholde Kommissionen, at den pålagde dem sanktioner to gange for de samme faktiske omstændigheder. Eftersom Kommissionen havde konstateret, at der forelå to særskilte overtrædelser, kunne den nemlig med føje pålægge sagsøgerne to særskilte bøder. De særlige omstændigheder i forbindelse med Matrix-aftalens indgåelse og denne aftales specifikke rækkevidde indebærer til gengæld, som det vil fremgå af præmis 1692-1699 nedenfor, at der skal tages behørigt hensyn til disse kendetegn ved vurderingen af, om den bøde, der blev pålagt i forbindelse med denne aftale, stod i rimeligt forhold til den, der blev pålagt i tilknytning til Niche-aftalen.
- 1303 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende anbringende og de anbringender, der vedrører retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med aftalernes kvalificering som særskilte overtrædelser, må forkastes i det hele.

12. Retlig fejl og urigtigt skøn i forbindelse med afgrænsningen af det relevante færdigvaremarked

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- 1367 Sagsøgerne har med støtte fra intervenienten i det væsentlige fremsat tre klagepunkter.
- 1368 Med det første klagepunkt har sagsøgerne indledningsvis foreholdt Kommissionen, at den så bort fra de omstændigheder, der kendetegner lægemiddelsektoren, for så vidt som den primært baserede sin analyse af det relevante marked på lægemiddelpriser og ikke på behandlingsmæssig substituerbarhed. Dette klagepunkt er støttet på to led, hvoraf det første går på, at Kommissionen ikke tog hensyn til alle aspekter af den økonomiske sammenhæng, og det andet går på, at Kommissionen tillagde prisfaktoren for stor betydning.
- 1369 Med det andet klagepunkt har de dernæst anfægtet Kommissionens antagelse om, at konverteringsenzymhæmmerne ikke var tilstrækkeligt substituerbare i terapeutisk henseende. De har rejst tvivl om sondringen mellem perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere med hensyn til effekt og bivirkninger, fænomenet med lægers »træghed« i forhold til nye patienter, manglende vilje til skifte behandling hos patienter i vedvarende behandling og Kommissionens analyse af de salgsmæssige foranstaltninger.
- 1370 Med det tredje klagepunkt har sagsøgerne endelig subsidiært anfægtet de metodemæssige mangler i Kommissionens økonometriske analyse af naturlige begivenheder, som havde til formål at vise, at konverteringsenzymhæmmerne ikke udøvede noget væsentligt konkurrencepres på perindopril.

1371 Før disse tre klagepunkter undersøges, vil Retten fremsætte en række indledende bemærkninger om dels omfanget af Unionens retsinstansers prøvelse inden for konkurrenceretten, dels de vurderingselementer, der kan udledes af retspraksis vedrørende afgrænsningen af det relevante produktmarked, navnlig i lægemiddelsektoren, sammenholdt med parternes svar på Rettens spørgsmål om, hvilken betydning den behandlingsmæssige substituerbarhed og prisfaktorer har i forbindelse med denne vurdering.

1) Indledende bemærkninger

i) Omfanget af Unionens retsinstansers prøvelse

1372 Det skal påpeges, at EU-retten har fastsat et system med retslig prøvelse af Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 102 TEUF (jf. dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis). Dette system med retslig prøvelse består i en legalitetskontrol af institutionernes retsakter, som er fastsat i artikel 263 TEUF, hvilken kontrol i henhold til artikel 261 TEUF kan suppleres af Rettens udøvelse af en fuld prøvelsesret vedrørende de i forordningerne fastsatte sanktioner (dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 71).

1373 Som Domstolen har haft lejlighed til at præcisere, omfatter den legalitetskontrol, der er fastsat i artikel 263 TEUF, samtlige elementer ved Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, med hensyn til hvilke Retten sikrer en grundig kontrol, såvel retligt som faktisk, i lyset af de af sagsøgerne rejste anbringender, og henset til samtlige de oplysninger, som disse sidstnævnte har fremlagt, uanset om oplysningerne ligger forud for eller efter den trufne afgørelse, og uanset om de forudgående er blevet fremlagt inden for rammerne af den administrative procedure eller for første gang i forbindelse med det søgsmål, der er anlagt for Retten, for så vidt som disse sidstnævnte oplysninger er relevante for kontrollen med lovligheden af Kommissionens afgørelse (dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 72).

1374 Det fremgår i denne forbindelse af fast retspraksis, at selv om Unionens retsinstanser generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende konkurrencereglerne er opfyldt, må den kontrol, som de udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (dom af 11.7.1985, Remia m.fl. mod Kommissionen, 42/84, EU:C:1985:327, præmis 34, af 17.11.1987, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, 142/84 og 156/84, EU:C:1987:490, præmis 62, og af 10.4.2008, Deutsche Telekom mod Kommissionen, T-271/03, EU:T:2008:101, præmis 185).

1375 Domstolen har fastslået, at selv om Kommissionen på et område, som giver anledning til komplekse økonomiske vurderinger, er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det ikke, at Unionens retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de konklusioner, der udledes heraf (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 39, af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 54, og af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 54). Når Kommissionen med henblik på at kvalificere en praksis i henhold til bestemmelserne i artikel 102 TEUF tillægger en økonomisk vurdering af rabatternes evne til at udelukke en lige så effektiv konkurrent reel betydning («as efficient competitor test», herefter

»AEC-testen«), er Unionens retsinstanser forpligtet til at undersøge alle de argumenter, som er fremført af den virksomhed, der pålægges sanktioner i medfør af denne test (jf. i denne retning dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 141-144).

¹³⁷⁶ Det skal desuden bemærkes, at ifølge Domstolens praksis skal Kommissionen på konkurrencerettens område i tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelserne, faktisk foreligger. Såfremt der hos retsinstansen fortsat er en tvivl, skal dette endvidere komme den virksomhed til gode, der er adressat for afgørelsen, hvorved en overtrædelse fastslås (dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen, C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 71 og 72, og af 16.2.2017, Hansen & Rosenthal og H&R Wax Company Vertrieb mod Kommissionen, C-90/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2017:123, præmis 17 og 18).

¹³⁷⁷ Selv om det påhviler den myndighed, der gør en tilsidesættelse af konkurrencereglerne gældende, at føre bevis herfor, påhviler det den virksomhed, der fremfører et anbringende til at tilbagevise en konstatering af, at der foreligger en overtrædelse af disse regler, at føre bevis for, at betingelserne for anvendelsen af den regel, hvoraf dette anbringende er udledt, er opfyldt, således at myndigheden herefter må anvende andre beviser. Selv om bevisbyrden ifølge disse principper påhviler både Kommissionen og virksomheden, kan de faktiske omstændigheder, som en part gør gældende, endvidere forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at reglerne for bevisbyrde er blevet opfyldt (jf. dom af 17.6.2010, Lafarge mod Kommissionen, C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 29 og 30 samt den deri nævnte retspraksis).

¹³⁷⁸ Når Kommissionen lægger beviselementer til grund, som i princippet er tilstrækkelige til at godtgøre, at en overtrædelse har fundet sted, er det således ikke tilstrækkeligt, at den omhandlede virksomhed påberåber sig muligheden for, at en omstændighed har fundet sted, som kan påvirke bevisværdien af disse beviser, for at Kommissionen bærer bevisbyrden med hensyn til, at denne omstændighed ikke har kunnet påvirke bevisernes bevisværdi. Tværtimod, med undtagelse af de tilfælde, hvor et sådant bevis ikke kan leveres af den omhandlede virksomhed på grund af Kommissionens egen adfærd, tilkommer det den omhandlede virksomhed at føre bevis for dels, at den af denne påberåbte omstændighed foreligger, dels at denne omstændighed rejser tvivl med hensyn til bevisværdien af de beviser, som Kommissionen lægger til grund (dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen, C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 76).

¹³⁷⁹ Det skal endelig bemærkes, at Domstolen og Retten i forbindelse med legalitetskontrollen i henhold til artikel 263 TEUF under alle omstændigheder ikke kan sætte deres egen begrundelse i stedet for den, udstederen af den anfægtede retsakt har angivet (dom af 27.1.2000, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, C-164/98 P, EU:C:2000:48, præmis 38, af 24.1.2013, Frucona Košice mod Kommissionen, C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 89, og af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 73). Eftersom prøvelsen af den anfægtede afgørelses lovlighed vedrører begrundelserne i denne afgørelse, kan retsinstansen hverken på eget initiativ eller på myndighedens anmodning tilføje begrundelser ud over dem, som myndigheden anvendte i den nævnte afgørelse.

ii) Afgrænsningen af et relevant produktmarked i lægemiddelsektoren

¹³⁸⁰ For det første tjener afgrænsningen af det relevante marked til at fastlægge de grænser, inden for hvilke spørgsmålet om, hvorvidt vedkommende virksomhed er i stand til at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenter, kunder og forbrugere, skal afgøres (dom af 9.11.1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 37).

- 1381 Det fremgår af fast retspraksis, at man ved bedømmelsen af spørgsmålet, om en virksomhed indtager en dominerende stilling, skal vurdere konkurrencemulighederne på markedet for alle de varer, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang kan erstattes af andre varer (dom af 9.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 37, og af 21.10.1997, *Deutsche Bahn mod Kommissionen*, T-229/94, EU:T:1997:155, præmis 54). Kommissionen kan ved undersøgelsen ikke begrænse sig alene til de omhandlede varers og tjenesteydelsers objektive karakteristika. Der skal nemlig også tages hensyn til konkurrencevilkårene og til efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked, når det afgøres, om vedkommende virksomhed har mulighed for at hindre en effektiv konkurrence og for at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenter, kunder og forbrugere (dom af 9.11.1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 37, og af 17.12.2003, *British Airways mod Kommissionen*, T-219/99, EU:T:2003:343, præmis 91).
- 1382 Det fremgår endvidere af punkt 7 i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked, at der ved det relevante produktmarked forstås markedet for alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugerne anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.
- 1383 Som det i øvrigt præciseres i punkt 25 i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked, baseres afgrænsningen af markedet på en række elementer, som giver mulighed for at vurdere, i hvilket omfang der foregår substitution. Markedet skal afgrænses ved undersøgelse af empiriske faktorer og ved effektiv udnyttelse af alle oplysninger, der kan være relevante i det enkelte tilfælde.
- 1384 I punkt 15-19 i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked peger Kommissionen på, at man ved markedsafgrænsningen af praktiske årsager koncentrerer sig om priserne og især om efterspørgselssubstitution, der skyldes små, varige ændringer i de relative priser. Kommissionen har anført, at den tilsigter at vurdere efterspørgselssubstitutionen i lyset af en teoretisk tilgang, som forudsætter en lille (5-10%) varig stigning i den relative pris på det produkt, på grundlag af hvilket det relevante marked er defineret, og at vurdere, om denne hypotetiske stigning kunne anvendes rentabelt af en hypotetisk monopolleverandør af det pågældende produkt. Hvis substitutionen ifølge denne økonomiske test – som beskrevet i punkt 17 i meddelelsen om afgrænsning af det relevante marked – er tilstrækkelig til at gøre en sådan prisstigning urentabel på grund af den omsætningsnedgang, den medfører, skal substitutionsprodukterne anses for at udøve et betydeligt konkurrencepres på det pågældende produkt.
- 1385 Det skal for det andet bemærkes, at konkurrenceforholdene inden for lægemiddelsektoren svarer til mekanismer, som er forskellige fra de mekanismer, der er afgørende for de konkurrencemæssige interaktioner, som normalt findes på markeder, der ikke er så intensivt regulerede (dom af 1.7.2010, *AstraZeneca mod Kommissionen*, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 183). Som det i øvrigt fremgår af Kommissionens meddelelse af 8. juli 2009 med titlen »Resumé af rapporten om sektorundersøgelsen i medicinalindustrien«, har lægemiddelsektoren det »særlige træk«, at efterspørgslen efter receptpligtig medicin styres af den ordinerende læge og ikke af den endelige forbruger (patienten). Endvidere lader læger sig i deres valg af, hvad de skal ordinere, primært lede af lægemidlernes terapeutiske effekt. Ikke-prisrelaterede faktorer, såsom terapeutisk anvendelse, udgør som følge heraf, sammen med prisbaserede indikatorer, relevante forhold med henblik på afgrænsningen af markedet, for så vidt som de er bestemmende for lægernes valg (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, *AstraZeneca mod Kommissionen*, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 187).
- 1386 Det fremgår ligeledes af retspraksis, at de specifikke forhold, som karakteriserer konkurrencemekanismerne inden for lægemiddelsektoren, ikke fratager de prisrelaterede faktorer deres betydning ved vurderingen af konkurrencepres, men disse faktorer skal imidlertid bedømmes i deres rette sammenhæng (dom af 1.7.2010, *AstraZeneca mod Kommissionen*, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 183).

- 1387 I forbindelse med en procedure, der iværksættes som følge af misbrug af dominerende stilling på lægemiddelområdet, kan Kommissionen ved afgrænsningen af det pågældende marked bl.a. basere sin vurdering på det pågældende lægemiddels større effekt, den forskellige terapeutiske anvendelse i forhold til andre lægemidler, den tendens med asymmetrisk substitution, som karakteriserede stigningen i salget af dette produkt og den tilsvarende nedgang eller stagnation i salget af andre produkter, og prisindikatorer, således som disse følger af den gældende lovgivningsmæssige sammenhæng (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 61, 153, 182, 183, 203 og 219-222).
- 1388 Med hensyn til den terapeutiske anvendelse skal det ved afgrænsningen af det pågældende marked undersøges, om lægemidler eller kategorier af lægemidler anvendes forskelligt eller ensartet. Kommissionen kan med rette fastslå, at den differentierede terapeutiske brug af to lægemidler, der er beregnet til behandling af de samme lidelser, understøtter konklusionen om, at det pågældende marked kun omfatter et af disse produkter (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 153).
- 1389 Retten opfordrede i retsmødet parterne til at oplyse, hvilken betydning den behandlingsmæssige substituerbarhed og prisfaktoren i det foreliggende tilfælde har i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked i lægemiddelsektoren, navnlig i lyset af dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266).
- 1390 Som Kommissionen med rette fremhævede i retsmødet, er den omstændighed, at konkurrencepresset på priserne i vidt omfang udlignes i lægemiddelsektoren på grund af den betydning, som de ordinerende lægger tillægges de terapeutiske aspekter af de lægemidler, der anvendes til behandling af den samme sygdom, og på grund af den lovgivning, der omhandler priserne og vilkårene for refusion af udgifter til lægemidler gennem den sociale sikringsordning, en vigtig faktor i analysen af det relevante marked, som kan begrunde, at der fastlægges snævre markeder.
- 1391 Det ændrer intet ved denne konstatering, at denne udligning til dels følger af lovgivningen. Den omstændighed, at det manglende eller ubetydelige konkurrencepres skyldes de retsregler, som fastsætter vilkårene for de konkurrencemæssige interaktioner mellem produkter og omfanget af disse interaktioner, indvirker nemlig ikke på den relevante karakter, som i forbindelse med en afgrænsning af markedet må tillægges konstateringen af, at dette konkurrencepres er ikke-eksisterende eller ubetydeligt. Når det er fastslået, at en gruppe produkter ikke er underlagt noget betydeligt konkurrencepres fra andre produkter, således at denne gruppe kan anses for at udgøre et relevant produktmarked, har typen eller arten af de faktorer, som beskytter denne gruppe produkter mod et betydeligt konkurrencepres, kun begrænset betydning, eftersom konstateringen af, at der ikke foreligger et sådant konkurrencepres, gør det muligt at konkludere, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på det således afgrænsede marked, vil være i stand til påvirke interesserne hos forbrugerne på dette marked ved gennem ulovlig adfærd at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 97, 174 og 175).
- 1392 Selv om de lovgivningsmæssige rammer for lægemiddelsektoren ofte mindsker det prismæssige konkurrencepres mellem substituerbare lægemidler, indeholder de imidlertid mekanismer, som forstærker dette pres ved at fremme udstedelsen af markedsføringstilladelser for generiske lægemidler, ved at fastsætte priser på disse lægemidler, som er meget lavere end priserne på de originale referencelægemidler, og ved at give ordinerende læger og farmaceuter et stærkt incitament eller tvinge dem til at erstatte et originalt lægemiddel med den generiske version af dette lægemiddel. Det er således meget let at få øje på det konkurrencepres på prisen og salget af et originalt lægemiddel, som opstår, når dets generiske version introduceres på markedet. I den foreliggende sag er det f.eks. ubestridt, at introduktionen af den generiske version af perindopril i Det Forenede Kongerige fik prisen på perindopril til at falde med 90%. Denne substitution kan imidlertid – når den er fastsat i

lovgivningen – kun ske mellem det originale referencelægemiddel og dets generiske versioner, og den kan ikke forekomme mellem forskellige molekyler, uanset om de pågældende lægemidler tilhører den samme terapeutiske gruppe og har den samme virkemåde.

- 1393 Selv om der ved afgrænsningen af det relevante marked i lægemiddelsektoren skal tages behørigt hensyn til det ret beskedne prismæssige pres, som bl.a. hænger sammen med de lovgivningsmæssige rammer, skal der imidlertid også tages højde for en anden vigtig faktor i analysen af de konkurrencemæssige interaktioner, som er kendetegnende for denne sektor, nemlig den behandling, der vælges af de ordinerende læger, som ikke først og fremmest lader sig lede af prisen på de tilgængelige lægemidler eller af en klassisk bedømmelse af forholdet mellem disse lægemidlers kvalitet og pris, men af deres opfattelse af de fordele og ulemper, som disse lægemidler har i terapeutisk henseende (jf. analogt vedrørende afgrænsningen af det relevante marked med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF dom af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl., C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 65).
- 1394 Receptpligtige lægemidler kan nemlig ikke sidestilles med andre produkter, som omsættes frit på et marked mellem forhandlere og forbrugere, og hvis pris bestemmes af skæringspunktet mellem udbuds- og efterspørgselskurven, men er produkter, som patienter får adgang til gennem sundhedspersonale såsom læger og farmaceuter, og hvor udgifterne i vidt omfang dækkes af det offentlige. Reglerne om lægemiddelpriser og om vilkårene for refusion af lægemiddeludgifter gennem den sociale sikringsordning afspejler disse produkters særlige karakter, hvilket også gælder for de regler, som begrænser mulighederne for at reklamere for lægemidler eller foreskriver, at de skal sælges på apoteker under ansvar af farmaceuter.
- 1395 Lægernes frihed til at vælge mellem de originale lægemidler, der findes på markedet, eller mellem originale lægemidler og generiske versioner af andre molekyler og de ordinerende lægers høje prioritering af terapeutiske aspekter gør det i givet fald muligt at udøve et væsentligt konkurrencepres i kvalitativ frem for prismæssig henseende uden for de sædvanlige mekanismer for pristryk. Et sådant pres kan både forekomme i situationer, hvor et lægemiddels terapeutiske egenskaber er klart bedre, end det er tilfældet for andre lægemidler til behandling af den samme sygdom, og i situationer, hvor de ordinerende læger anerkender eller opfatter de tilgængelige lægemidler som ligeværdige.
- 1396 Når et lægemiddel viser sig at være langt bedre end andre i terapeutisk henseende eller udgør den eneste behandlingsmulighed, der anbefales af forskerne, kan de ordinerende læger nemlig vælge det uden at tage hensyn til prisen, og selv om denne pris er betydeligt højere end prisen på andre tilgængelige lægemidler. De lave priser på andre lægemidler, som på et klassisk marked ville medføre et kraftigt konkurrencepres, har derfor ingen afgørende betydning. Prisforskellen mellem disse produkter er mindre afgørende, fordi refusionsniveauet mindsker patientens udgifter til den valgte behandling. Det følger heraf, at en medicinalvirksomhed, hvis lægemiddel ikke længere anerkendes eller opfattes positivt af lægerne, og som forsøger at sænke prisen i håb om at bevare sine markedsandele, har begrænset udsigt til succes. Med andre ord kan et lægemiddel, hvis overlegenhed er anerkendt, udøve et væsentligt konkurrencepres på andre lægemidler til behandling af den samme sygdom, selv om det er dyrere. I den sag, der gav anledning til dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266), blev det således fastslået af såvel Kommissionen som Retten, at protonpumpeinhibitorer (IPP) efterhånden havde fortrængt H₂-blokkere fra markedet på grund af deres terapeutiske overlegenhed, selv om priserne på IPP var langt højere. Omvendt kan lægemidler, som ikke eller ikke længere er i stand til at konkurrere med »blockbuster«-lægemidlet i terapeutisk henseende, ikke længere udøve noget konkurrencepres på dette lægemiddel. Disse forhold kan begrunde, at dette lægemiddel i sig selv udgør et marked, som kun omfatter dets molekyle, såvel i dets originale som dets generiske version.
- 1397 Når de ordinerende læger ved behandling af den samme lidelse kan vælge mellem lægemidler, hvoraf ingen anerkendes eller opfattes som bedre end andre, bl.a. fordi de har den samme virkemåde, eller fordi deres terapeutiske fordele eller deres uønskede virkninger eller bivirkninger ikke gør det muligt

at adskille dem fra hinanden, må analysen af konkurrencen mellem disse lægemidler ligeledes i vid udstrækning baseres på en kvalitativ sammenligning. Lægens valg afhænger som regel ikke primært af de respektive priser på disse behandlinger, men af deres terapeutiske differentiering, deres egnethed i forhold til patientens profil, lægens kendskab til de forskellige lægemidler eller dennes personlige erfaring og patientens erfaring. Der er nemlig i princippet ingen klar sammenhæng mellem prisen på et lægemiddel og dets terapeutiske værdi: Et lægemiddel er ikke bedre, fordi det er dyrere end konkurrerende produkter, og det er ikke ringere end konkurrerende produkter, fordi prisen er lavere. Et nyere lægemiddels højere pris er i øvrigt ikke nødvendigvis udtryk for, at dette lægemiddel medfører terapeutiske fornyelser, især når det tilhører den samme terapeutiske gruppe som andre lægemidler og virker på samme måde som dem, og kan bl.a. forklares med afskrivning af højere forsknings- eller fremstillingsomkostninger eller større salgskomkostninger end for et ældre lægemiddel.

- 1398 Som Kommissionen med rette fremhævede i retsmødet, kan prisvariablen have betydning for lægemidler, der anerkendes eller opfattes som fuldt ligeværdige. Hvis prisen på et lægemiddel falder markant, bl.a. fordi der introduceres en generisk version på markedet, kan det berettige, at læger fortrinsvis vælger dette lægemiddel, og at administratorerne af den sociale sikringsordning og tilsynsmyndighederne tilskynder til ordinering af dets generiske version. Tilsvarende kan introduktionen af en generisk version af et andet lægemiddel, der anerkendes eller opfattes som ligeværdigt eller substituerbart, svække det pågældende originale lægemiddels markedsposition. Der kan i så fald ske et prismæssigt konkurrencepres, og hvis prisen på det pågældende lægemiddel fastholdes, kan det tyde på, at konkurrencepreset på det nævnte lægemiddel er beskedent.
- 1399 Som sagsøgerne med rette anførte i retsmødet, kan det imidlertid ikke udledes alene af den omstændighed, at prisen på et lægemiddel fastholdes på markedet, at det ikke udsættes for et væsentligt konkurrencepres fra såvel originale som generiske lægemidler, der opfattes eller anerkendes som ligeværdige eller substituerbare.
- 1400 Da læger frit kan vælge mellem disse lægemidler af grunde, der ikke er relateret til deres pris, kan der opstå store variationer med hensyn til anvendelsesfrekvensen for disse produkter, den loyalitet, som lægerne udviser over for disse produkter, og lægernes opfattelse af deres fordele på et givet tidspunkt, hvor de vælger, hvad de skal ordinere. De afgørelser, som lægerne træffer, kan således ændre de forskellige lægemidlers respektive markedsandele markant og stille medicinalvirksomheder i en situation, hvor de er afhængige af de ordinerende lægers valg, ligesom alle producenter af varer er afhængige af forbrugernes valg i en situation, hvor varer er umiddelbart substituerbare.
- 1401 Dette er grunden til, at de virksomheder, som fremstiller disse lægemidler, og som i øvrigt lægger ringe vægt på produktets pris i deres handelsstrategi, ofte gør en betydelig indsats for at promovere deres produkt med det formål at øge loyaliteten hos de ordinerende læger eller tiltrække nye ordinerende læger, enten ved at foretage videnskabelige undersøgelser, som de finansierer, og som søger at adskille deres produkt fra konkurrenternes, eller ved direkte salgsfremstød af forskellig art over for de ordinerende læger. Disse salgsfremmende foranstaltninger tegner sig for en stor andel af omsætningen af de pågældende produkter – ofte tæt på 30% – hvilket adskiller lægemiddelsektoren fra andre sektorer, hvor de salgsfremmende aktiviteter er mindre intensive. Som sagsøgerne har gjort gældende, kan sådanne foranstaltninger indikere, at der foreligger en effektiv konkurrence mellem de pågældende virksomheder.
- 1402 I en sådan situation, hvor lægemidler anerkendes eller opfattes som ligeværdige eller substituerbare, skal der i markedsanalysen lægges særlig vægt på omstændigheder, der gør det muligt at identificere konkurrencepres i kvalitativ frem for prismæssig henseende, som bl.a. giver sig udslag i forsøg på at tiltrække nye ordinerende læger i forbindelse med det oprindelige behandlingsvalg, overførsel af patienter i vedvarende behandling til andre konkurrerende lægemidler og iværksættelse af intensive salgsfremmende aktiviteter for et lægemiddel, når der findes ligeværdige eller billigere alternativer.

1403 Selv om det ikke er muligt at identificere omstændigheder, som viser et ikke-prismæssigt konkurrencepres, såsom de ovenfor i præmis 1402 nævnte, bl.a. på grund af udpræget træghed hos lægerne i forhold til valget af ordinerede lægemidler, hvilket har loyalitetsskabende virkninger, der fører til afskærmning af markedet, kan det pågældende lægemiddel beskyttes mod et effektivt konkurrencepres, så længe dets generiske version ikke er introduceret på markedet, især da lovgivningen mindsker betydningen af de konkurrencefaktorer, der følger af priserne. Det kan således være begrundet at afgrænse det relevante marked i forhold til et sådant lægemiddels molekyle såvel i dets originale som dets generiske version.

1404 Det følger af det ovenfor anførte, at det i den foreliggende sag som svar på sagsøgernes og Kommissionens argumenter må undersøges, om der i den relevante periode – hvilket sagsøgerne hævder – fandtes lægemidler, som blev anerkendt eller opfattet som ligeværdige med perindopril, og som derfor var umiddelbart substituerbare, eller om perindopril havde adskilt sig tilstrækkeligt fra konkurrerende produkter på grund af sine terapeutiske egenskaber, og afgøres, om der forekommer omstændigheder, som viser, at andre lægemidler udøvede et ikke-prismæssigt konkurrencepres på perindopril, hvilket kan begrunde en bredere afgrænsning af markedet, end hvis der alene ses på dette lægemiddel, selv om der ifølge Kommissionen er ringe priselasticitet i efterspørgslen efter perindopril.

1405 De tre vigtigste klagepunkter, som sagsøgerne har fremsat med henblik på at anfægte den analyse af det relevante produktmarked, som Kommissionen foretog i den anfægtede afgørelse, skal undersøges i lyset af alle disse betragtninger, der er angivet i præmis 1380-1404 ovenfor.

2) Det første klagepunkts første led om manglende hensyntagen til alle aspekter af den økonomiske sammenhæng

1406 I forbindelse med det første klagepunkt har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte det grundlæggende princip om, at lægemiddelmarkedet skal afgrænses under hensyntagen til hele den økonomiske sammenhæng. Kommissionen fokuserede for meget på prisen og tog ikke tilstrækkeligt hensyn til de pågældende produkters behandlingsmæssige substituerbarhed.

1407 Sagsøgerne har med dette klagepunkts første led nærmere bestemt foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til alle aspekter af denne sammenhæng i forbindelse med afgrænsningen af markedet. Med klagepunktets andet led har sagsøgerne anført, at Kommissionen tillagde prisfaktoren for stor betydning.

1408 Det skal først undersøges, om klagepunktets første led, hvorefter Kommissionen ikke tog hensyn til alle aspekter af den økonomiske sammenhæng ved afgrænsningen af det relevante marked, er velbegrundet. For at kunne bedømme, hvor stor vægt Kommissionen lagde på prisfaktoren, vil Retten imidlertid undersøge klagepunktets andet led efter at have efterprøvet den anfægtede afgørelses lovlighed i forhold til alle de ikke-prismæssige faktorer, der kan have betydning for afgrænsningen af det relevante marked.

1409 I det foreliggende tilfælde skal det som følge heraf undersøges, om Kommissionen tog hele den økonomiske sammenhæng og især andre faktorer end prisen i betragtning ved afgrænsningen af det relevante produktmarked.

1410 Det bemærkes indledningsvis, at lægemiddelsektoren, som det fremgår af betragtningerne i præmis 1380-1404 ovenfor, er en »usædvanlig« sektor med særlige kendetegn, som kræver, at markedet afgrænses efter en metode, der er baseret på flere kriterier og navnlig på produkternes terapeutiske anvendelse.

- 1411 Hvad angår kravet om, at der tages hensyn til de pågældende produkters terapeutiske anvendelse, skal det først og fremmest påpeges, at Kommissionen i 2432.-2459. betragtning til den anfægtede afgørelse konstaterede, at perindopril tilhørte gruppen af konverteringsenzymhæmmere, der er opført på niveau ATC 3 i WHO's klassifikation. Ud fra de beviser, som Kommissionen lagde til grund, fastslog den imidlertid, at lægemidler i gruppen af konverteringsenzymhæmmere ikke var homogene produkter, eftersom perindopril ifølge Kommissionen var videnskabeligt anerkendt for visse karakteristika, der adskilte det fra andre konverteringsenzymhæmmere.
- 1412 Som det bl.a. fremgår af 2496.-2513. betragtning til den anfægtede afgørelse, der vedrører overførselsmønstre, tog Kommissionen ligeledes hensyn til lægernes generelle »træghed« og den stadig større gruppe af ordinerende læger, der var »loyale« over for perindopril, hvilket kunne mindske konkurrencepresset i forhold til nye patienter, samt til den manglende vilje hos patienter, der var i behandling med perindopril, til at skifte lægemiddel.
- 1413 I analysen af det relevante marked henviste Kommissionen desuden til Serviers salgsfremmende foranstaltninger, hvorefter den bl.a. anførte, at de stabile salgsomkostninger tydede på, at selskabet ikke var udsat for et stærkt konkurrencepres.
- 1414 I forbindelse med en analyse af naturlige begivenheder af prismæssig karakter fastslog Kommissionen endelig, at presset fra generiske versioner af perindopril måtte anses for afgørende for analysen af det relevante marked, og at den omstændighed, at presset fra generiske produkter var kraftigere end eventuelle andre former for pres, naturligvis medførte, at det relevante marked kun omfattede perindoprimolekylet (2546. betragtning til den anfægtede afgørelse). Med hensyn til lovgivningens indvirkning pegede Kommissionen endvidere på, at lovgivningen havde sikret, at Servier blev udsat for et meget beskedent pristryk, hvilket havde gjort det muligt for Servier at handle uden konkurrencepres (2527. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1415 Det fremgår følgelig af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen ikke kun tog hensyn til prisfaktoren ved afgrænsningen af det relevante marked. Frem for alt blev den behandlingsmæssige anvendelse af perindopril betragtet som en relevant faktor i forbindelse med markedsanalysen. Selv om sagsøgerne, som det fremgår af den nærmere vurdering i præmis 1380-1404 ovenfor, med rette kan fremhæve, at der skal tages hensyn til et lægemiddels terapeutiske karakteristika ved afgrænsningen af det relevante marked, kan de således ikke med føje gøre gældende, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke tog hensyn til hele den økonomiske sammenhæng og navnlig til lægemidlets terapeutiske anvendelse.
- 1416 Kommissionen begik derfor ikke den retlige fejl, som sagsøgerne har foreholdt den i denne forbindelse.
- 1417 Det første klagepunkts første led må derfor forkastes.

3) Det andet klagepunkt om, at Kommissionen undlod at tage hensyn til konverteringsenzymhæmmers behandlingsmæssige substituerbarhed

- 1418 Med det andet klagepunkt har sagsøgerne i det væsentlige anført, at Kommissionen undlod at tage hensyn til den behandlingsmæssige substituerbarhed mellem konverteringsenzymhæmmere. De har gjort gældende, for det første, at Kommissionen med urette fastslog, at perindopril adskilte sig fra andre konverteringsenzymhæmmere som følge af særlige egenskaber, for det andet, at der var hård konkurrence mellem konverteringsenzymhæmmere med hensyn til nye patienter, for det tredje, at Kommissionen undervurderede viljen til at skifte lægemiddel hos patienter i behandling med perindopril, og endelig, at de salgsfremmende foranstaltninger er en af de vigtigste dimensioner af konkurrencen på det pågældende marked.

i) Sondringen mellem perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere med hensyn til effekt og bivirkninger

- 1419 I den anfægtede afgørelse og navnlig i 2449., 2499. og 2519. betragtning fastslog Kommissionen i det væsentlige, at ACE-hæmmere var en gruppe af heterogene lægemidler i terapeutisk henseende, at denne heterogenitet kunne knyttes til forskelle i effekt og tolerance på individuelt niveau, og at perindopril havde en anden terapeutisk anvendelse end andre konverteringsenzymhæmmere. Den påpegede, at selv om konverteringsenzymhæmmere udgjorde en lægemiddelgruppe efter tredje niveau i ATC-klassifikationssystemet, der anvendes af WHO, ville det alligevel være forkert at betragte ACE-hæmmere som en rent homogen gruppe. Ifølge Kommissionen var perindopril videnskabeligt anerkendt for visse karakteristika, der adskilte det fra andre konverteringsenzymhæmmere. Disse synspunkter støttede Kommissionen bl.a. på medicinske anbefalinger, en række videnskabelige studier, interne dokumenter fra Servier og en rundspørge blandt læger, der ordinerer perindopril.
- 1420 Sagsøgerne har anfægtet Kommissionens vurdering om, at andre konverteringsenzymhæmmere ikke kan erstatte perindopril i terapeutisk henseende, hvilket bl.a. skyldes dette produkts særlige karakteristika med hensyn til effekt og bivirkninger. De har gjort gældende, at konverteringsenzymhæmmere indgår i en homogen gruppe, hvori der ikke forekommer væsentlige forskelle, som kan begrunde, at perindopril-molekylet udgør et særskilt marked.
- 1421 Det er nødvendigt at undersøge samtlige relevante omstændigheder, som gør det muligt at vurdere, om ordinerende læger opfattede perindopril på en sådan måde, at det kunne erstattes af andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende. I det foreliggende tilfælde tages der successivt hensyn til de grundlæggende oplysninger om dette lægemiddel, der er angivet i den anfægtede afgørelse, ATC-klassifikationssystemet, medicinske anbefalinger, medicinske studier, politiske foranstaltninger iværksat af visse lokale myndigheder i Det Forenede Kongerige, Serviers interne dokumenter, Kommissionens rundspørge blandt ordinerende læger og svar fra producenter af andre konverteringsenzymhæmmere på Kommissionens spørgsmål.
- 1422 For det første indeholder den anfægtede afgørelse i 2143.-2164. betragtning indledningsvis grundlæggende oplysninger om perindopril, bl.a. for så vidt angår dette lægemiddels virkemåde, primære indikationer, kontraindikationer og bivirkninger.
- 1423 Det bemærkes, at det ikke fremgår af denne angivelse af de grundlæggende oplysninger om perindopril, at der er forskel på perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere.
- 1424 Med hensyn til bivirkninger fremgår det ganske vist af 2149. betragtning til den anfægtede afgørelse, at perindopril ifølge den medicinske litteratur i almindelighed tolereres godt og har en bivirkningsprofil, der minder om andre konverteringsenzymhæmmere, og at Servier i sine interne dokumenter har lovprist produktet for dets høje tolerance- og overensstemmelsesniveau. Det skal imidlertid fremhæves, at det fremgår af selve ordlyden af den medicinske litteratur, som Kommissionen citerede i 2149. betragtning til den anfægtede afgørelse, at perindopriils bivirkningsprofil minder om andre konverteringsenzymhæmmere. I svarskriftet erkendte Kommissionen imidlertid udtrykkeligt, at konverteringsenzymhæmmere har lignende bivirkninger, hvilket ikke er nævnt i den anfægtede afgørelse.
- 1425 Det fremgår således af den redegørelse for de grundlæggende oplysninger om perindopril, der findes i den anfægtede afgørelse, at konverteringsenzymhæmmere har lignende virkemåde, primære indikationer, kontraindikationer og bivirkninger.
- 1426 For det andet opdeler ATC-klassifikationssystemet, som konkurrencemyndighederne tager hensyn til, når de vurderer lægemidlers behandlingsmæssige substituerbarhed og fastlægger det relevante marked, farmaceutiske produkter på fem forskellige niveauer, og de inddeles efter de organer, som de virker på, og efter deres kemiske, farmakologiske og terapeutiske egenskaber. ATC-klassifikationens tredje niveau

opdeler farmaceutiske produkter efter deres terapeutiske indikationer, det fjerde niveau tager hensyn til virkemåden, og det femte niveau definerer de snævrere klasser, herunder aktive stoffer individuelt betragtet.

- 1427 Det følger af Kommissionens afgørelsespraksis i lægemiddelsektoren, at analysen for så vidt angår afgrænsningen af markedet generelt begynder fra det tredje niveau. Der kan imidlertid ligeledes tages hensyn til de øvrige ATC-klassifikationsniveauer, når det fremgår, at et tilstrækkeligt stort konkurrencepres gør sig gældende på andre niveauer, og at det tredje niveau følgelig tilsyneladende ikke gør det muligt at afgrænse markedet korrekt (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 154).
- 1428 I det foreliggende tilfælde foretog Kommissionen ikke sin analyse alene på det tredje niveau i ATC-klassifikationen, men afgrænsede det relevante marked på det femte niveau i denne klassifikation, dvs. perindopril-molekylet, der er den aktive ingrediens i Coversyl. Selv om det ikke i sig selv var kritisabelt, at det relevante marked blev afgrænset på det femte niveau i ATC-klassifikationen, må det konstateres, at samtlige konverteringsenzymhæmmere, hvilke der er 16 af, både på det tredje niveau i ATC-klassifikationen, der svarer til terapeutiske indikationer, og på det fjerde niveau i denne klassifikation, der svarer til virkemåden, er opført i den samme gruppe med betegnelsen »AEC-hæmmere, usammensatte«.
- 1429 ATC-klassifikationssystemet gør det således ikke muligt at foretage nogen som helst sondring mellem perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere for så vidt angår terapeutisk anvendelse. Dette system bekræfter, at konverteringsenzymhæmmere ikke adskiller sig fra hinanden med hensyn til indikationer og virkemåde, hvilket i øvrigt ikke er bestridt.
- 1430 For det tredje tages der, som Kommissionen med rette fremhævede i 2172. betragtning til den anfægtede afgørelse, hensyn til de relevante medicinske anbefalinger ved vurderingen af forholdet mellem de forskellige blodtrykssænkende lægemidler.
- 1431 Formålet med medicinske anbefalinger er at forsyne læger med nuanceret information, der kan hjælpe dem med at træffe beslutninger i deres daglige arbejde. De er baseret på alle tilgængelige kilder til videnskabelig dokumentation, herunder store kliniske forsøg og metaanalyser heraf. De indeholder sammenfatninger af den medicinske viden, som er tilgængelig i den undersøgte periode.
- 1432 I den anfægtede afgørelse gennemgik Kommissionen de fælles anbefalinger fra 1999 fra WHO og International Society of Hypertension, anbefalingerne fra 2003 og 2007 fra European Society of Hypertension og European Society of Cardiology, anbefalingerne fra 1999 og 2004 fra British Hypertension Society og anbefalingerne fra 2004 og 2006 fra National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE, Det Forenede Kongerige).
- 1433 I WHO's og International Society of Hypertensions fælles anbefalinger fra 1999 henvises der imidlertid med hensyn til konverteringsenzymhæmmere til de samme primære og sekundære indikationer og til de samme primære og sekundære kontraindikationer. Ifølge den anfægtede afgørelse kan det ikke udledes af disse anbefalinger, at der er forskel på konverteringsenzymhæmmerne.
- 1434 Anbefalingerne fra 2003 og 2007 fra European Society of Hypertension og European Society of Cardiology, som er blevet godkendt af nationale kardiologiske selskaber, bl.a. i Frankrig, Nederlandene og Polen, gennemgår samtlige konverteringsenzymhæmmeres egenskaber, virkninger og indikationer uden specifikt at fremhæve et af molekylerne i denne gruppe af lægemidler. Lægemidlerne i gruppen af konverteringsenzymhæmmere underopdeles ikke til forskel fra f.eks. lægemidler i gruppen af calciumantagonister og diuretika. Det fremgår af disse anbefalinger, at der bør vælges en anden lægemiddelgruppe, hvis et lægemiddel ikke virker eller ikke tolereres.

- 1435 Anbefalingerne fra European Society of Hypertension og European Society of Cardiology peger ganske vist på, at forskellige produkter, der tilhører den samme lægemiddelgruppe, adskiller sig fra hinanden hvad angår bivirkningernes type og hyppighed. Denne bemærkning går imidlertid ikke specifik på gruppen af konverteringsenzymhæmmere, og der gives ingen præcisering om de pågældende lægemidler og de omhandlede bivirkningers art. Selv om der i anbefalingerne henvises til, at forskellige produkter i samme lægemiddelgruppe har forskellige bivirkninger, godtgør det følgelig ikke i sig selv, at der rent konkret er forskel på perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere for så vidt angår bivirkninger.
- 1436 I 2181. betragtning til den anfægtede afgørelse bekræftede Kommissionen tilsvarende, at ifølge anbefalingerne fra European Society of Hypertension og European Society of Cardiology skal valget af et blodtrykssænkende lægemiddel baseres på den enkelte patient, hvilket har stor betydning for vurderingen af det relevante marked. Selv om det fremgår af disse anbefalinger, at personer ikke er lige modtagelige over for bivirkninger, kan det dog ikke heraf udledes, at der er forskel på konverteringsenzymhæmmerne for så vidt angår bivirkninger. Det følger heraf, at de europæiske anbefalinger vedrørende behandling af forhøjet blodtryk ikke indeholder oplysninger, som gør det muligt at adskille perindopril fra andre konverteringsenzymhæmmere med hensyn til terapeutisk anvendelse.
- 1437 I British Hypertension Societys anbefalinger fra 1999 og 2004 henvises der til indikationer, kontraindikationer og bivirkninger, især hoste, som er ens for alle lægemidler i gruppen af konverteringsenzymhæmmere. NICE-anbefalingerne fra 2004 og 2006 indeholder retningslinjer for, hvilke lægemidler der bør ordineres i første og anden række, men sondrer i denne henseende ikke mellem konverteringsenzymhæmmere.
- 1438 I de medicinske anbefalinger, som gennemgås i den anfægtede afgørelse, og som giver læger nuanceret information baseret på alle tilgængelige kilder til videnskabelig dokumentation, herunder store kliniske forsøg og metaanalyser heraf, er der således ikke påvist nogen forskel mellem de lægemidler, der indgår i gruppen af konverteringsenzymhæmmere. Disse anbefalinger bekræfter i lighed med ATC-klassifikationen, at gruppen af konverteringsenzymhæmmere er homogen med hensyn til terapeutisk anvendelse.
- 1439 For det fjerde granskede Kommissionen de medicinske studier vedrørende perindopril i den anfægtede afgørelse, hvilket både omfattede de studier, der var tilgængelige i begyndelsen af den undersøgte periode, og de studier, der blev offentliggjort i 2000'erne.
- 1440 For så vidt angår de medicinske studier vedrørende perindopril, der var tilgængelige i begyndelsen af 2000'erne, tog den anfægtede afgørelse udgangspunkt i to artikler, som blev offentliggjort i 2001.
- 1441 Det fremgår bl.a. af den første artikel, at perindopril er en konverteringsenzymhæmmer, som tolereres godt, og som for patienter med let til moderat forhøjet blodtryk er væsentligt bedre med hensyn til klinisk respons end captopril og lige så effektiv som andre konverteringsenzymhæmmere. I den anden artikel nævnes det, at perindopril med hensyn til evnen til at sænke blodtrykket er sammenligneligt med eller bedre end andre blodtrykssænkende midler i samme terapeutiske gruppe, og at hypotension efter første dosis som følge af akut fald i blodtrykket opstår mindre hyppigt i forbindelse med perindopril end i forbindelse med andre konverteringsenzymhæmmere, hvilket er en fordel for visse kategorier af patienter.
- 1442 I den anfægtede afgørelse konkluderes det heraf, at der på det tidspunkt, hvor disse artikler blev offentliggjort, allerede fandtes en betydelig samling af videnskabelig dokumentation, som tydede på, at perindopril måtte betragtes som en fremtrædende konverteringsenzymhæmmer. Det bør imidlertid bemærkes, at selv om det faktisk fremgår af disse to artikler, at perindopril er lige så effektiv eller bedre end andre blodtrykssænkende midler, hævdes det kun i en af disse to artikler, at perindopril er overlegent på dette punkt i forhold til en enkelt af de 16 konverteringsenzymhæmmere, nemlig

captopril. Det kan heller ikke ud fra disse artikler fastslås, at perindopril med hensyn til sænkning af blodtrykket adskiller sig positivt fra andre konverteringsenzymhæmmere, navnlig hvad angår lægemidler som ramipril, lisinopril eller enalapril, som Servier betragter som konkurrenter til perindopril.

- ¹⁴⁴³ Selv om det fremgår af den anden artikel, at perindopril adskiller sig positivt fra andre konverteringsenzymhæmmere hvad angår hypotension ved første dosis som følge af akut fald i blodtrykket, tages der i øvrigt ikke stilling til, hvilken betydning perindoprils relative overlegenhed skal tillægges, og det undersøges ikke, hvilke terapeutiske fordele andre konverteringsenzymhæmmere kan frembyde i forhold til perindopril.
- ¹⁴⁴⁴ Hvad angår de medicinske studier, der blev offentliggjort i 2000'erne, dvs. i løbet af den undersøgte periode, oplyste Kommissionen i 2208. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den havde gennemgået de vigtigste studier vedrørende brugen af perindopril, som der henvises til i Serviers interne strategidokumenter.
- ¹⁴⁴⁵ Studierne Progress (offentliggjort i 2001), Europa (offentliggjort i 2003), ASCOT-BPLA (offentliggjort i 2005), Preami og CAFE (offentliggjort i 2006), Advance (offentliggjort i 2007) og HYVET (offentliggjort i 2008) viser således, at der fandtes videnskabelig dokumentation for perindoprils effekt – alene eller sammen med andre lægemidler – med hensyn til at mindske risikoen for slagtilfælde, undgå risikoen for alvorlige kardiovaskulære hændelser, der fører til hjerte-kar-sygdomme, og mindske progressiv remodelering af venstre ventrikelfunktion.
- ¹⁴⁴⁶ De medicinske studier, der er nævnt i præmis 1445 ovenfor, indeholder imidlertid ingen sammenligning af perindoprils effekt med andre konverteringsenzymhæmmers effekt, og det fremgår ikke, at perindopril relativt set virker bedre end andre konverteringsenzymhæmmere. Det kan under disse omstændigheder ikke fastslås ud fra de studier, som Kommissionen gennemgik, at perindopril adskiller sig fra andre konverteringsenzymhæmmere med hensyn til effekt.
- ¹⁴⁴⁷ Det var desuden ikke alle studier vedrørende brugen af perindopril i løbet af 2000'erne, hvoraf især ét forholdt sig kritisk til dette lægemiddel, der blev gennemgået i den anfægtede afgørelse. Kommissionen gennemgik ikke PEP-CHF-studiet (offentliggjort i 2006), som skulle påvise perindoprils effekt ved behandling af hjerteinsufficiens. Ifølge professor V.'s rapport, som blev udarbejdet på begæring af Servier og fremlagt af dette selskab i forbindelse med dets bemærkninger som svar på klagepunktsmeddelelsen, fremgik det ikke af resultaterne af dette studie, som blev afbrudt, men hvis resultater alligevel blev offentliggjort, at perindopril har nogen effekt på hjerteinsufficiens. Dette medicinske studie relativiserer de videnskabelige beviser for perindoprils effekt, der fandtes i den undersøgte periode.
- ¹⁴⁴⁸ I øvrigt blev de medicinske studier vedrørende brugen af andre konverteringsenzymhæmmere, der blev offentliggjort i 2000'erne, ikke gennemgået i den anfægtede afgørelse, selv om disse studier indgik i Serviers interne strategidokumenter. Kommissionen undersøgte ikke de medicinske studier vedrørende ramipril (ASCOT-BPLA, HOPE), enalapril (SOLVD og ANBP2) og trandolapril (TRACE), som er nævnt i 2234. betragtning til den anfægtede afgørelse. Cochrane-studiet, som Servier henviste til i forbindelse med sine bemærkninger som svar på klagepunktsmeddelelsen, og hvori 14 konverteringsenzymhæmmers relative effekt med hensyn til blodtrykssænkende virkning blev analyseret, er ikke nævnt i den anfægtede afgørelse.
- ¹⁴⁴⁹ Kommissionens manglende gennemgang af studier vedrørende brugen af andre konverteringsenzymhæmmere er herudover til hinder for, at de medicinske studier, der blev præsenteret i den anfægtede afgørelse, anses for at godtgøre, at perindopril er en særlig effektiv konverteringsenzymhæmmer.

- 1450 Ser man på disse studier, gennemgik Kommissionen ikke HOPE-studiet (offentliggjort i 2000), selv om det er nævnt mange gange i Serviers interne strategidokumenter og ifølge Serviers udviklingsplaner udgør et vigtigt studie, som har gjort det muligt at tildele ramipril en ny indikation, der har bidraget til dets store kommercielle succes, og som Sanofi-Aventis har anvendt i forbindelse med en meddelelse, der belyser ramiprils evne til at redde liv. I modsætning til det af Kommissionen anførte blev HOPE-studiets indhold ikke analyseret i den anfægtede afgørelse, da det blot fremgår af 2493. betragtning, at den potentielle fortolkning af dette studie i høj grad afhænger af, hvordan de ordinerende læger underrettes om studier som led i producenternes salgsfremmende foranstaltninger, hvilket ikke kan betragtes som en analyse af dette studies indhold.
- 1451 Det medicinske studie Cochrane (offentliggjort i april 2009) er en metaanalyse, hvor konverteringsenzymhæmmeres relative effekt med hensyn til at sænke blodtrykket vurderes på grundlag af 92 tidligere studier vedrørende 14 konverteringsenzymhæmmere. Det bemærkes, at evnen til at sænke blodtrykket selvfølgelig er en vigtig faktor i vurderingen af konverteringsenzymhæmmeres relative effekt. I Cochrane-studiet konkluderes det imidlertid, som sagsøgerne med rette har fremhævet, at ingen konverteringsenzymhæmmer synes at være bedre eller dårligere end andre med hensyn til den blodtrykssænkende virkning. Selv om Cochrane-studiet blev offentliggjort i slutningen af den undersøgte periode, er det alligevel relevant for vurderingen af konverteringsenzymhæmmeres relative effekt, for så vidt som det er baseret på en lang række tidligere studier, heriblandt studier, som Kommissionen ikke gennemgik i den anfægtede afgørelse.
- 1452 Kommissionen har gjort gældende, at det i Cochrane-studiet konkluderes, at det ikke kan udelukkes, at der er forskel på et eller flere af de omhandlede lægemidler med hensyn til deres evne til at sænke blodtrykket, og at det for at undersøge, om der findes sådanne forskelle mellem de forskellige lægemidler, skal foretages sammenlignende forsøg, hvor forskellige konverteringsenzymhæmmere anvendes i samme dosis for at sænke blodtrykket. Dette argument må forkastes, eftersom bemærkningen i studiet om, at der hersker usikkerhed om, hvorvidt der er forskel på konverteringsenzymhæmmeres evne til at sænke blodtrykket, findes i den del af studiet, der har overskriften »Diskussion«, og ikke indgår i dets konklusioner. I slutningen af det relevante afsnit i den del af studiet, der har overskriften »Diskussion«, bemærkes det, at de forskellige konverteringsenzymhæmmeres næsten maksimale blodtryksænkende virkning med stor sandsynlighed er den samme.
- 1453 Kommissionen har i øvrigt forklaret, at det i Cochrane-studiet ikke var muligt at analysere spørgsmålet om bivirkninger korrekt ud fra de data, som forfatterne var i besiddelse af. Denne omstændighed har dog i alle tilfælde ingen indvirkning på studiets konklusion om, at der ikke er væsentlig forskel på konverteringsenzymhæmmere med hensyn til sænkning af blodtrykket. Hvad angår Kommissionens argument om, at studiet belyser en række forskelle mellem konverteringsenzymhæmmere for så vidt angår dosis-responsforholdet, muligheden for at anvende forskellige doseringer og den tid, det tager at opnå en virkning, skal det desuden påpeges, at studiet ikke peger på væsentlige forskelle mellem konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende, men tværtimod konkluderer, at der kan opnås store besparelser ved at ordinere den billigste konverteringsenzymhæmmer i den laveste dosering.
- 1454 Kommissionens argumentation kan således ikke rejse tvivl om en af Cochrane-studiets vigtigste konklusioner, som fremgår udtrykkeligt af dets konklusioner og af dets resumé, nemlig at ingen konverteringsenzymhæmmer synes at være bedre eller dårligere end andre med hensyn til den blodtrykssænkende virkning.
- 1455 Den omstændighed, at perindopril ikke adskiller sig fra andre konverteringsenzymhæmmere, navnlig med hensyn til effekt, bekræftes i en rapport fra professor V., som blev udarbejdet på begæring af Servier, og som Kommissionen ikke har anfægtet. Det fremgår af denne rapport, hvori resultaterne af medicinske studier vedrørende brugen af perindopril og resultaterne af medicinske studier fra 1980'erne, 1990'erne og 2000'erne vedrørende brugen af andre konverteringsenzymhæmmere – navnlig SAVE-studiet om captopril, AIRE- og HOPE-studierne om ramipril samt Consensus- og

SOLVD-studierne om enalapril – undersøges, at samtlige konverteringsenzymhæmmere med undtagelse af captopril og i langt mindre omfang enalapril kan tages en gang om dagen for de primære indikationer i denne gruppe, nemlig forhøjet blodtryk og hjerteinsufficiens. Rapporten fremhæver i lighed med Cochrane-studiet, at de medicinske studier ikke har vist, at der er forskel på de forskellige konverteringsenzymhæmmers blodtryksænkende virkning. Det angives, at med hensyn til hjerteinsufficiens gælder de positive virkninger, der ses i denne terapeutiske gruppe, ifølge de tilgængelige studier vedrørende captopril, enalapril, ramipril, quinapril og lisinopril for samtlige konverteringsenzymhæmmere. Selv om der foreligger beviser for perindoprils effekt med hensyn til forebyggelse af hjerte-kar-sygdomme, foreligger der imidlertid ikke sådanne beviser med hensyn til hjerteinsufficiens.

1456 I professor V.'s rapport konkluderes det, at de terapeutiske virkninger for hver af de fem terapeutiske grupper, der anvendes til behandling af forhøjet blodtryk, herunder især konverteringsenzymhæmmere, må tilskrives gruppens virkninger og ikke de ordinerede molekylers individuelle egenskaber. Ramipril er ifølge denne rapport den konverteringsenzymhæmmer af anden generation, hvorom der kan fremskaffes flest data baseret på videnskabelige beviser fra randomiserede kliniske forsøg, og som på grund af sin fremragende farmakologiske profil og sin dokumentation af høj kvalitet, især med hensyn til hjerteinsufficiens, er den ubestridte leder på markedet for blodtryksænkende lægemidler. Perindopril er ifølge denne rapport en typisk konverteringsenzymhæmmer, som hverken er mest virkningsfuld eller har den bedste farmakologiske profil. Det er for perindoprils vedkommende muligt at tilvejebringe evidensbaserede data med hensyn til forebyggelse af hjerte-kar-sygdomme, selv om de opnåede resultater ikke nødvendigvis godtgør, at den virkning, der ses, skyldes perindopril. Det er derimod ikke muligt at tilvejebringe evidensbaserede data med hensyn til hjerteinsufficiens og diabetisk nefropati.

1457 Det følger heraf, at de medicinske studier, der er offentliggjort, ikke har godtgjort, at perindopril adskiller sig fra andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende, navnlig med hensyn til effekt. Gennemgangen af de medicinske studier viser desuden, at selv om det er muligt at fremlægge beviser for perindoprils effekt, gælder det samme for andre konverteringsenzymhæmmere såsom enalapril, lisinopril eller ramipril, og der findes i øvrigt flere beviser for ramiprils effekt i forhold til hjerteinsufficiens.

1458 For det femte har sagsøgerne gjort gældende, at de politiske foranstaltninger, som de kompetente lokale sundhedsmyndigheder i Det Forenede Kongerige har iværksat, bekræfter, at det i terapeutisk henseende er muligt at erstatte perindopril med andre konverteringsenzymhæmmere. De har støttet deres argumentation på en række bilag vedrørende den politik, der er iværksat af Primary Care Trusts (herefter »PCT-enheder«).

1459 I denne forbindelse har Kommissionen anført, dels at bilag C 29 vedrørende PCT-enhederne for Skotland og Nordirland, som sagsøgerne har fremlagt, bør afvises, dels at sagsøgernes anvendelse af bilag A 286, A 287 og C 29 vedrørende de politiske foranstaltninger, der er iværksat af de lokale myndigheder i Det Forenede Kongerige, som helhed strider mod artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 76 i Rettens procesreglement.

1460 I henhold til procesreglementets artikel 85, stk. 2, kan hovedparterne i replikken og duplikken fremlægge eller anføre yderligere beviser til støtte for deres argumentation, forudsat at den forsinkede påberåbelse af beviserne begrundes. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at modbevis og adgangen til at fremkomme med nye beviser som følge af et modbevis fra modpartens side i svarskriftet ikke er omfattet af præklusionsreglen i den nævnte bestemmelse. Denne bestemmelse omfatter nemlig nye beviser og skal ses i sammenhæng med det nævnte reglements artikel 92, stk. 7, hvorefter adgangen til at føre modbevis og til at fremkomme med nye beviser udtrykkeligt bevares (dom af 17.12.1998, Baustahlgewebe mod Kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, præmis 71 og 72, og af 5.12.2006, Westfalen Gassen Nederland mod Kommissionen, T-303/02, EU:T:2006:374, præmis 189).

- 1461 I det foreliggende tilfælde kan de beviser vedrørende PCT-enhederne i Skotland og Nordirland, som sagsøgerne har fremlagt i bilag C 29, ikke afvises med den begrundelse, at de er anført i replikken i strid med procesreglementets artikel 85, stk. 2. Som sagsøgerne har anført i replikkens punkt 417, svarer de forhold, der er fremført i bilag C 29, nemlig til det i Kommissionens svarskrift fremsatte kritikpunkt om den individuelle karakter og rent teoretiske virkning af de politikker, der er iværksat af PCT-enhederne. Præklausionsreglen i procesreglementets artikel 85, stk. 2, finder følgelig ikke anvendelse på dem, hvorfor de omhandlede beviser kan antages til realitetsbehandling.
- 1462 Hvad dernæst angår anvendelsen af bilag A 286 og A 287, som er vedlagt den stævning, der blev indleveret den 21. september 2014, og som vedrører de anbefalinger og politiske foranstaltninger, der er iværksat af de lokale myndigheder i Det Forenede Kongerige, må det konstateres, at disse bilag er anvendt i overensstemmelse med artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 44, stk. 1, i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, der var gældende på daværende tidspunkt. Tilsvarende er anvendelsen af bilag C 29, som er vedlagt den replik, der blev indgivet den 29. juli 2015, og som vedrører dokumenter fra PCT-enhederne i Skotland og Nordirland, forenelig med artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og med artikel 76 i Rettens procesreglement. Såfremt et søgsmål skal kunne admitteres, er det ifølge fast retspraksis nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt fremgår af selve stævningen. Denne fortolkning af artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 44, stk. 1, i Rettens procesreglement af 2. maj 1991 gælder ligeledes de krav, som replikken – der er et supplement til stævningen – skal opfylde for at kunne admitteres (dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 94 og 95 samt den deri nævnte retspraksis). Selv bilag A 286, A 287 og C 29 i det foreliggende tilfælde er omfattende og indeholder mange dokumenter, har sagsøgerne anført de faktiske og retlige argumenter, som de gør gældende, i selve stævningen og efterfølgende i replikken. Sagsøgerne har fremlagt disse bilag, der indeholder dokumenter fra PCT-enhederne i Det Forenede Kongerige, herunder Skotland og Nordirland, til støtte for de argumenter, hvormed de tilsigter at godtgøre, at PCT-enhederne har taget stilling til den terapeutiske ækvivalens mellem perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere og tilskyndet praktiserende læger til at erstatte perindopril med andre konverteringsenzymhæmmere, og at disse politiske foranstaltninger, som ikke er af individuel karakter, har haft reel indvirkning på efterspørgslen på lokalt niveau.
- 1463 Kommissionen kan derfor ikke med føje gøre gældende, at Retten skal se bort fra bilag A 286, A 287 og C 29, som sagsøgerne har fremlagt.
- 1464 Det fremgår i øvrigt af sagsakterne og navnlig af 2280. betragtning til den anfægtede afgørelse, at visse PCT-enheder i 2005 udtrykkeligt fastslog, at perindopril ikke virkede bedre end andre konverteringsenzymhæmmere, og at de af omkostningsmæssige grunde anbefalede, at der blev anvendt andre konverteringsenzymhæmmere end perindopril, eller at perindopril blev erstattet af en anden konverteringsenzymhæmmer, især lisinopril eller ramipril. Kommissionen har med urette gjort gældende, at de dokumenter om PCT-enhederne, som sagsøgerne har fremlagt, indeholder individuelle betragtninger og overvejelser. Disse politiske foranstaltninger, som blev iværksat af de kompetente myndigheder, og som i øvrigt hidrører fra et betydeligt antal PCT-enheder i forskellige dele af Det Forenede Kongerige, kan nemlig ikke betragtes som rent individuelle overvejelser. Uanset hvilke konkrete virkninger PCT-enhedernes initiativer har haft, synes disse enheders vurdering af muligheden for at erstatte perindopril med andre konverteringsenzymhæmmere at modsige Kommissionens analyse af den heterogene karakter af gruppen af konverteringsenzymhæmmere.
- 1465 De politiske foranstaltninger, som de kompetente lokale sundhedsmyndigheder i Det Forenede Kongerige har iværksat, bekræfter som følge heraf, at perindopril ikke adskiller sig fra andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende.

- 1466 For det sjette støttede Kommissionen sig med urette på interne dokumenter fra Servier, da den fastslog, at perindopril har særlige terapeutiske egenskaber i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere.
- 1467 Der skal indledningsvis henvises til, at ifølge de almindelige bevisregler afhænger troværdigheden og dermed bevisværdien af et dokument af, hvem dokumentet hidrører fra, under hvilke omstændigheder det er blevet til, hvem det er rettet til, og hvorvidt det efter sit indhold forekommer fornuftigt og pålideligt (jf. i denne retning dom af 24.10.1991, Atochem mod Kommissionen, T-3/89, EU:T:1991:58, præmis 31-38, og af 11.3.1999, Ensidesa mod Kommissionen, T-157/94, EU:T:1999:54, præmis 312, samt forslag til afgørelse fra dommer Vesterdorf, der var udpeget som generaladvokat i sagen Rhône-Poulenc mod Kommissionen, T-1/89, EU:T:1991:38).
- 1468 I det foreliggende tilfælde kan Serviers interne dokumenter, for så vidt som de indeholder vurderinger af konverteringsenzymhæmmers terapeutiske anvendelse, som har til formål at promovere perindopril, til forskel fra medicinske anbefalinger ikke betragtes som en afbalanceret sammenfatning af den videnskabelige viden. I modsætning til medicinske studier er de heller ikke baseret på metoder, der har til formål at sikre de opnåede resultaters pålidelighed. Når uddragene fra disse interne dokumenter analyseres, skal der derfor tages hensyn til, at de i visse tilfælde har et salgsfremmende formål.
- 1469 Det fremgår således af de interne strategidokumenter, at Servier fremstillede perindoprils karakteristika på en positiv måde i salgsbudskaber rettet mod læger. I de dokumenter, der skitserer Serviers salgsfremmende aktiviteter, fremhæves de positive resultater, der er opnået med perindopril, og der peges endda på baggrund af medicinske studier på en unik virkemåde, muligheden for at differentiere perindopril fra konkurrerende produkter på en positiv måde eller perindoprils overlegenhed i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere, bl.a. med hensyn til variationer i plasmakoncentration (peak/trough ratio), den blodtrykssænkende effekt, den synergi, der opstår ved samtidig anvendelse af et vanddrivende middel, eller beskyttelse mod hjerte-kar-sygdomme.
- 1470 Som tidligere nævnt skal der imidlertid tages hensyn til disse budskabers salgsfremmende formål, når der ses på deres indhold. Det skal herved indledningsvis bemærkes, at Kommissionen ikke har anfægtet sagsøgerens anbringende om, at alle konverteringsenzymhæmmere blev præsenteret, som om de var de bedste, i de respektive salgsbudskaber. Det fremgår i øvrigt af Serviers interne strategidokumenter, men også af de udviklingsplaner, lanceringsplaner og salgsbudskaber for andre konverteringsenzymhæmmere, der indgår i sagsakterne, at salgskampagner for andre konverteringsenzymhæmmere såsom ramipril, lisinopril eller trandolapril også fremstiller disse lægemidlers terapeutiske karakteristika i meget rosende vendinger. I salgskampagner for andre konverteringsenzymhæmmere beskrives det relevante lægemiddel ofte som et førende produkt, der er unikt blandt konverteringsenzymhæmmere, og det betegnes som et referenceprodukt eller det bedste valg. I disse oplysningskampagner fremhæves de fordele, som det pågældende lægemiddel angiveligt har inden for gruppen af konverteringsenzymhæmmere med hensyn til indikationer, effekt eller tolerance. Der foretages undertiden direkte sammenligninger med perindopril, og i visse tilfælde hævdes det, at et lægemiddel er overlegent i forhold til perindopril. Det kan under disse omstændigheder ikke fastslås ud fra indholdet af de budskaber, som skal fremme salget af perindopril, og som findes i Serviers interne strategidokumenter, at dette lægemiddel adskiller sig fra andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende.
- 1471 Det fremgår i øvrigt ikke som helhed af Serviers interne strategidokumenter, at perindopril er terapeutisk overlegent i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere. Det fremgår af disse dokumenter, at andre konverteringsenzymhæmmere såsom ramipril, lisinopril og enalapril indebærer fordele med hensyn til beviser for indikationer og effekt takket være studier som f.eks. TRACE, AIRE eller HOPE. Især ramipril fremhæves som et lægemiddel med dokumenteret effekt i forbindelse med hjerteinsufficiens hos patienter med høj kardiovaskulær risiko og hos patienter med diabetes.

- ¹⁴⁷² I 2224.-2236. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen endelig, at salgskampagnerne ifølge Serviers interne dokumenter bl.a. havde haft til formål at differentiere perindopril fra andre konverteringsenzymhæmmere. Det fremgår imidlertid af de samme dokumenter, at oplysningskampagnerne efter lægernes opfattelse ikke i tilstrækkeligt omfang gjorde det muligt at differentiere perindopril fra andre konverteringsenzymhæmmere. I disse dokumenter henvises der f.eks. til et kvalitativt studie, der blev gennemført i 2007 blandt praktiserende læger og kardiologer, og som viste, at perindopril og ramipril blev anset for at være ens. Det fremhæves i udviklingsplanen for årene 2009-2010, at produktet i slutningen af den undersøgte periode ikke skilte sig ud i forhold til ramipril. Med hensyn til Nederlandene fremgår det af udviklingsplanerne for 2006-2007, 2007-2008 og 2008-2009, at mange praktiserende læger anså lisinopril for at svare til perindopril.
- ¹⁴⁷³ Serviers interne dokumenter har som følge heraf ikke godtgjort, at perindopril var anerkendt for særlige terapeutiske egenskaber, der adskilte det fra andre konverteringsenzymhæmmere. Selv om virksomheden i lighed med andre virksomheder, der markedsfører konverteringsenzymhæmmere, forsøgte at fremme og differentiere perindopril på en positiv måde ved hjælp af rosede budskaber, gjorde denne strategi det ifølge de samme dokumenter ikke muligt at adskille perindopril tilstrækkeligt fra andre konverteringsenzymhæmmere.
- ¹⁴⁷⁴ For det syvende baserede Kommissionen sin vurdering af perindoprils behandlingsmæssige substituerbarhed på en rundspørge blandt ordinerende læger.
- ¹⁴⁷⁵ Kommissionen valgte, hvem der skulle modtage spørgeskemaerne, ud fra en liste over læger, der ordinerede perindopril, som Servier havde stillet til rådighed, og som bl.a. omfattede samtlige kardiologer og praktiserende læger, med hvilke Servier havde et fagligt og forretningsmæssigt samarbejde. Selv om nogle af disse lister omfattede næsten alle ordinerende læger, var det ikke tilfældet for listen over praktiserende læger i Frankrig og i Det Forenede Kongerige. Der opstod under alle omstændigheder, som Servier har anført, en skævhed i forbindelse med udvælgelsen inden for disse to kategorier af modtagere. Det må konstateres, at denne skævhed har kunnet påvirke rundspørgens resultater for disse to kategorier, eftersom det er muligt, at læger, der havde et fagligt samarbejde med Servier, var mere tilbøjelige til at ordinere perindopril i deres faglige praksis end andre ordinerende læger, som ikke befandt sig i denne situation.
- ¹⁴⁷⁶ Fremlæggelsen af visse resultater af rundspørgen svarer i øvrigt ikke til de spørgsmål, som de ordinerende læger blev stillet. I 2392. betragtning til den anfægtede afgørelse angav Kommissionen således, hvor stor en andel af respondenterne, der anvendte perindopril som det foretrukne første- eller andetvalg til behandling af essentiel (primær) hypertension, kronisk iskæmisk hjertesygdom og hjerteinsufficiens. Sagsøgerne har imidlertid, uden at blive modsagt, fremhævet, at der ikke tales om nogen »foretrukken« behandling i selve rundspørgen, men spørges om, for hvilke hjerte-kar-sygdomme perindopril ordineres som »første- eller andetvalgsbehandling frem for andre behandlinger«. Et bekræftende svar på dette spørgsmål indebærer ikke, at perindopril ordineres frem for andre konverteringsenzymhæmmere, og indikerer ikke, i hvilket omfang perindopril ordineres som førstevalg til behandling af forhøjet blodtryk. Tilsvarende indebærer et bekræftende svar på spørgsmålene om perindoprils særlige effekt hos visse kategorier af patienter og om dets mere sjældne bivirkninger hos visse kategorier af patienter – henset til spørgsmålenes formulering – ikke nødvendigvis, at perindopril efter den ordinerende læges opfattelse adskilte sig fra andre konverteringsenzymhæmmere.
- ¹⁴⁷⁷ Det fremgår i øvrigt af resultaterne af denne rundspørge, at der ifølge 51% af respondenterne fandtes et tilsvarende lægemiddel for 81-100% af de patienter, der havde påbegyndt en behandling med perindopril. Det kan heraf udledes, at det ifølge flertallet af de adspurgte læger i terapeutisk henseende var muligt at erstatte perindopril med et andet lægemiddel, og at dette gjaldt for de fleste patienter, der havde påbegyndt en behandling. Kommissionen medgav i øvrigt i 2454. betragtning til den anfægtede afgørelse, at flertallet af respondenterne betragtede andre lægemidler som terapeutiske alternativer, der

svarede til perindopril. Kommissionen anførte ligeledes, at det alternative lægemiddel, som lægerne oftest valgte, var ramipril i Frankrig, Polen og Det Forenede Kongerige og enalapril og lisinopril i Nederlandene.

1478 Det følger heraf, at den rundspørge, som Kommissionen foretog, ikke understøtter antagelsen om, at perindopril adskiller sig fra andre konverteringsenzymhæmmere.

1479 Det fremgår for det ottende af svarene på de spørgsmål, som Kommissionen stillede producenter af andre konverteringsenzymhæmmere, og som den gennemgik i 2255. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, at AstraZeneca, der fremstiller lisinopril, anså perindopril for at være en af de fem andre konverteringsenzymhæmmere, som kunne erstatte lisinopril, indtil virksomhedens patent udløb. I samme retning udtalte Merck Sharp & Dohme (herefter »MSD«), der fremstiller enalapril og lisinopril, at Servier er en af de virksomheder, som MSD konkurrerer med i forbindelse med forhøjet blodtryk, og at Serviers produkt, perindopril, er en af de behandlinger, der kan anvendes som alternativ til MSD's blodtryks-sænkende behandlinger. Selv om Sanofi-Aventis – som Kommissionen nævnte i den anfægtede afgørelse – ikke anser perindopril og ramipril for at være »indbyrdes substituerbare«, skyldes dette i øvrigt dels den langt større population, der kan have gavn af ramipril i betragtning af dets bredere indikationer for anvendelse til reduktion af kardiovaskulær mortalitet, dels ramiprils større startdosisinterval. Selv om disse forhold, såfremt de må anses for godtgjort, kan begrænse mulighederne for at erstatte ramipril med perindopril, kan de dog under alle omstændigheder ikke begrænse mulighederne for at erstatte perindopril med ramipril. De er derfor ikke til hinder for, at ramipril betragtes som et produkt, der kan erstatte perindopril i terapeutisk henseende.

1480 Det følger heraf, at originalmedicinproducenternes svar på Kommissionens spørgsmål synes at bekræfte, at andre konverteringsenzymhæmmere kan erstatte perindopril i terapeutisk henseende.

1481 Henset til samtlige sagsakter må det konkluderes, at der ikke er væsentlig forskel på perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende, heller ikke hvad angår effekt og bivirkninger. Sagsakterne indeholder ingen objektiv videnskabelig dokumentation for, at perindopril er terapeutisk overlegent i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere. Langt de fleste ordinerende læger anser konverteringsenzymhæmmere for at være indbyrdes substituerbare, og der findes mange lægemidler, som lægerne betragter som terapeutiske ækvivalenter i forhold til perindopril. Kommissionen fastslog som følge heraf med urette, at gruppen af konverteringsenzymhæmmere var heterogen, og at perindopril udviste særlige terapeutiske karakteristika inden for denne gruppe af lægemidler.

1482 Sagsøgernes argumentation om, at Kommissionen begik en fejl i forbindelse med vurderingen af konverteringsenzymhæmmeres behandlingsmæssige substituerbarhed, må som følge heraf tiltrædes.

ii) Fænomenet med lægers »træghed« i forhold til nye patienter

1483 Det fremgår af 2388. betragtning, 2511. betragtning ff. og 2539. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen betragtede perindopril som et »experience good« (en vare, der kun kan bedømmes på et vist erfaringsgrundlag), som var underlagt et begrænset konkurrencepres med hensyn til nye patienter på grund af det velkendte fænomen med lægers »træghed«. Selv om læger har adgang til mange behandlinger, har de nemlig en naturlig tendens til at ordinere lægemidler, som tidligere har vist sig at være effektive, til nye patienter.

- 1484 Ifølge Kommissionen havde perindopril allerede før den undersøgte periode opbygget en stor gruppe af patienter i vedvarende behandling. Fænomenet med lægers »træghed«, som gør de tilgængelige behandlinger mindre substituerbare, var en mekanisme, der gjorde det muligt at styrke kundegrundlaget for perindopril. Den voksende gruppe af loyale ordinerende læger var årsag til, at stadig flere patienter blev behandlet med perindopril.
- 1485 Sagsøgerne har anfægtet Kommissionens vurdering og i det væsentlige gjort gældende, at der var hård konkurrence mellem producenter af konverteringsenzymhæmmere med hensyn til nye patienter, og at de ordinerende læger ikke var særlig »træge«, men ikke lod sig påvirke af priserne.
- 1486 Det skal indledningsvis bemærkes, at fænomenet med lægers »træghed« – hvilket Kommissionen har defineret som den »naturlige« tendens til at ordinere lægemidler, der har haft gode resultater for tidligere patienter, til nye patienter – som Kommissionen selv bemærkede i 2540. betragtning til den anfægtede afgørelse, er et element, som kan ændres med tiden, og som afhænger af den konkrete sygdom. Der er tale om et empirisk spørgsmål, som kræver en grundig undersøgelse fra sag til sag.
- 1487 Som Retten fastslog i den sag, der gav anledning til dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266), kan den »træghed«, som karakteriserer ordineringspraksis, bl.a. være begrundet i den forsigtighed, som normalt karakteriserer lægers holdning til et nyt produkt, hvis egenskaber de endnu ikke kender særligt godt, og mere specifikt i deres betydelige betænkeligheder med hensyn til dette produkts bivirkninger, herunder dets mulige kræftfremkaldende virkninger (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 91, 92 og 98).
- 1488 Henset til omstændighederne i den foreliggende sag skal det derfor undersøges, i hvilket omfang et fænomen med lægers »træghed« kunne gøre de tilgængelige behandlinger mindre substituerbare og forklare udviklingen i antallet af patienter i behandling med perindopril, som ifølge Kommissionen var støt stigende.
- 1489 For det første fremgår det ikke af sagsakterne, at konverteringsenzymhæmmere som tidligere nævnt var heterogene i terapeutisk henseende. Der er tværtimod ikke væsentlig forskel på perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende, heller ikke hvad angår effekt og bivirkninger. Når gruppen af konverteringsenzymhæmmere ikke var heterogen, var der som følge heraf intet, der forhindrede lægerne i at ordinere andre konverteringsenzymhæmmere end perindopril. Det kan i særdeleshed ikke udledes af sagsakterne, at andre konverteringsenzymhæmmere gav anledning til særlige betænkeligheder med hensyn til deres mulige bivirkninger. Under disse omstændigheder kan der i det foreliggende tilfælde ikke forekomme særlige betænkeligheder med hensyn til konverteringsenzymhæmmeres terapeutiske anvendelse eller mulige bivirkninger, som kunne give anledning til udpræget »træghed« hos læger, der allerede havde prøvet at ordinere perindopril, når disse læger skulle vælge, hvilken konverteringsenzymhæmmer de ville ordinere til nye patienter.
- 1490 Det bør fremhæves, at perindoprils situation i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere adskiller sig fra PPI's situation i forhold til H2-blokkere i den sag, der gav anledning til dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen (T-321/05, EU:T:2010:266). I denne sag blev PPI og H2-blokkere anvendt forskelligt, eftersom PPI blev ordineret til behandling af alvorlige former for mavesyrerelaterede mave-tarm-sygdomme, hvorimod H2-blokkere blev ordineret til behandling af mindre alvorlige eller mildere former heraf (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 72). H2-blokkere kunne ikke udøve noget betydeligt konkurrencepres på PPI, bl.a. henset til, at lægerne og patienterne tillagde PPI's terapeutiske overlegenhed stor vigtighed (jf. i denne retning dom af 6.12.2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 58). Det er i det foreliggende tilfælde ikke påvist, at perindopril er terapeutisk overlegent i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere, og at konverteringsenzymhæmmere derfor hindres i at udøve et betydeligt konkurrencepres på perindopril med hensyn til nye patienter.

- 1491 Perindopril blev endvidere lanceret efter en lang række andre konverteringsenzymhæmmere og navnlig efter lisinopril og enalapril på markederne i Frankrig, Nederlandene og Det Forenede Kongerige og efter enalapril på markedet i Polen. I forhold til tidligere markedsførte konverteringsenzymhæmmere kunne perindopril derfor ikke drage fordel af et fænomen med »træghed« som følge af den forsigtighed, der normalt karakteriserer lægers holdning til et nyt produkt, hvis egenskaber de endnu ikke kender særligt godt.
- 1492 Det fremgår således ikke af sagsakterne, at perindopril i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere kunne drage fordel af en særlig »træghed« i lægernes ordineringspraksis, henset til konverteringsenzymhæmmernes terapeutiske egenskaber og tidspunktet for dette lægemiddels markedsføring.
- 1493 For det andet skal bemærkningen i den anfægtede afgørelse om, at perindopril allerede før den undersøgte periode havde opbygget en stor gruppe af patienter i vedvarende behandling, relativiseres betydeligt.
- 1494 Det fremgår af sagsakterne, at perindopril i januar 2000 i samtlige lande havde en langt mindre patientgruppe end andre konverteringsenzymhæmmere såsom ramipril, enalapril eller lisinopril. Med hensyn til salg af tabletter og kapsler lå perindopril på en fjerdeplads i Det Forenede Kongerige efter lisinopril, enalapril og ramipril og med en afsætning, der var tre gange mindre end for lisinopril, på en tredjeplads i Nederlandene efter enalapril og lisinopril og med en afsætning, der var ti gange mindre end for enalapril, på en andenplads i Frankrig efter ramipril samt på en andenplads i Polen efter enalapril og med en afsætning, der var seks gange mindre end for enalapril.
- 1495 Selv om det under disse omstændigheder antages, at der fandtes en mekanisme med »træghed« i lægernes ordineringspraksis, kunne et sådant fænomen ikke være til særlig fordel for perindopril i betragtning af den relative størrelse af gruppen af patienter i vedvarende behandling i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere, som var bedre stillet med hensyn til deres afsætning.
- 1496 For det tredje må konstateringen i den anfægtede afgørelse om, at stadig flere patienter blev behandlet med perindopril, og den generelle konstatering om, at perindopril var en kommerciel succes, ligeledes relativiseres i forhold til andre konverteringsenzymhæmmers situation.
- 1497 Det fremgår af sagsakterne, at blandt konverteringsenzymhæmmere var perindopril ikke det lægemiddel i gruppen af konverteringsenzymhæmmere, der havde den største succes i den omhandlede periode. Selv om det fremgår af 2129. betragtning til den anfægtede afgørelse, at det globale salg af produkter, der indeholder Serviers perindopril, nåede over 800 mio. EUR i det bedste år, angives det ikke i denne afgørelse, hvor stor en global omsætning de øvrige producenter af konverteringsenzymhæmmere havde opnået. I retsmødet oplyste sagsøgerne i denne forbindelse uden at blive modsagt, at perindopril på tidspunktet for de faktiske omstændigheder lå som nr. 143 blandt de mest solgte molekyler i verden, hvorimod Sanofi-Aventis' ramipril eksempelvis var placeret som nr. 72 på verdensplan. Perindopril findes ganske vist på visse nationale markeder, men spiller en meget lille rolle på vigtige markeder som det tyske, hvor perindopril på tidspunktet for de faktiske omstændigheder tegnede sig for mindre end 1% af salget af lægemidler i gruppen af konverteringsenzymhæmmere. Ramipril var, som sagsøgerne har anført, verdensførende inden for gruppen af konverteringsenzymhæmmere i den omhandlede periode.
- 1498 På de fire nationale geografiske markeder, som Kommissionen valgte, fremgår det af sagsakterne, at Serviers perindopril trods stigende salg aldrig var førende blandt konverteringsenzymhæmmere med hensyn til salg af tabletter og kapsler i den periode, hvor den i den anfægtede afgørelse omhandlede praksis fandt sted. Ifølge de oplysninger om salget af tabletter og kapsler, der findes i den anfægtede afgørelse, lå perindopril på tredjepladsen i Nederlandene (i november 2007) og i Det Forenede Kongerige (i juni 2007) og på andenpladsen i Frankrig (i august 2008) og i Polen (i maj 2006), og afsætningen var langt mindre end markedslederens på alle nationale markeder undtagen det franske.

- 1499 Ser man på væksten, er det rigtigt, at det samlede salg af perindopril på de fire nationale markeder steg i den omhandlede periode, men det samme skete for andre konverteringsenzymhæmmere såsom ramipril og lisinopril. Henset til de oplysninger om salget af tabletter og kapsler, der findes i den anfægtede afgørelse, må det fastslås, at væksten i salget af lisinopril fortsatte i 2000'erne, og at salget af ramipril steg betydeligt mere end salget af perindopril i samme periode.
- 1500 I betragtning af udviklingen i salget af andre konverteringsenzymhæmmere må betydningen af fænomenet med fortsat vækst i salget af perindopril, som er nævnt i den anfægtede afgørelse, relativiseres.
- 1501 For det fjerde var der betydelige udsving i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere i 2000'erne, hvilket rejser tvivl om den udprægede »træghed« i lægernes praksis for ordinerings af konverteringsenzymhæmmere.
- 1502 Det fremgår indledningsvis af en rapport fra Charles River Associates (herefter »CRA«), som var bestilt af Servier og dateret i januar 2013, at der var betydelige udsving i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere i perioden fra 2001 til 2010, hvor lægemidlernes respektive positioner ændredes markant. I perioden fra 2001 til 2010 var der eksempelvis ingen nævneværdig fremgang i perindoprils andel af det samlede salg af konverteringsenzymhæmmere – udtrykt i definerede døgndoser – i Det Forenede Kongerige (andelen lå konstant på mellem 5 og 10%), hvorimod ramiprils andel næsten blev fordoblet (fra en andel på mellem 30 og 40% til en andel på mellem 60 og 70%), og lisinoprils andel faldt drastisk. I Polen kunne der i samme periode noteres en drastisk nedgang i perindoprils andel af salget (fra en andel på mellem 15 og 20% til en andel på mellem 10 og 15%), hvorimod ramipril oplevede en betydelig fremgang (fra en andel på mellem 0 og 5% til en andel på mellem 60 og 70%). I Nederlandene sås der ingen nævneværdig fremgang for perindopril og ramipril, idet salget af hvert af disse to lægemidler tegnede sig for en andel på mellem 10 og 20% i 2010, hvorimod enalapril stadig tegnede sig for mellem 40 og 50% af salget på dette tidspunkt. I Frankrig faldt salget af lisinopril drastisk (fra en andel på mellem 30 og 40% i 2001 til en andel på mellem 5 og 10% i 2010), hvorimod perindoprils andel af salget steg kraftigt (fra en andel på mellem 10 og 15% til en andel på mellem 20 og 30%) og ramiprils andel endnu kraftigere (fra en andel på mellem 20 og 30% til en andel på mellem 50 og 60%).
- 1503 Kommissionen har gjort gældende, at beregningen af de enkelte konverteringsenzymhæmmers andel af det samlede salg af denne gruppe af lægemidler er forkert, for så vidt som denne beregning er baseret på salget udtrykt i definerede døgndoser, hvilket indebærer, at udviklingen i salget af andre konverteringsenzymhæmmere, heriblandt ramipril, overvurderes.
- 1504 Det må i denne forbindelse fastslås, at Kommissionen selv først og fremmest analyserede afsætningen af konverteringsenzymhæmmere på grundlag af definerede døgndoser, og at den derfor ikke uden videre kan gøre gældende, at en sådan beregning ikke er relevant for analysen af den gradvise udvikling i salget af konverteringsenzymhæmmere, uden at rejse tvivl om sin egen analyse. Kommissionen har endvidere ikke præsenteret nogen alternativ analyse af udviklingen i det relative salg af de forskellige konverteringsenzymhæmmere, som er baseret på mere pålidelige oplysninger. Selv om Kommissionen har anført, at denne beregningsmetode medfører, at værdien af salget af ramipril hæves med en faktor på to eller mere, har den i øvrigt ikke givet nogen forklaring til støtte for antagelsen om, at denne beregningsmetode ligeledes fører til overvurdering af salgsandelene for andre konverteringsenzymhæmmere end ramipril. Det fremgår endelig og under alle omstændigheder af de sparsomme oplysninger om salget af konverteringsenzymhæmmere i form af tabletter og kapsler, der er angivet i den anfægtede afgørelse, at der i alle de lande, der blev undersøgt i den anfægtede afgørelse – hvilket Kommissionen i øvrigt ikke har bestridt – skete store ændringer i de forskellige konverteringsenzymhæmmers respektive positioner fra januar 2000 og frem til perioden 2006-2008.

- 1505 Kommissionen har i øvrigt anført, dels at sammenligningen af konverteringsenzymhæmmernes markedsandele hviler på en forudsætning om et marked, der består af samtlige konverteringsenzymhæmmere, hvorimod formålet med markedsafgrænsningen netop er at afgrænse det relevante marked, dels at analysen ikke gør det muligt at fastslå direkte, at stigningen i salget af ramipril fandt sted på bekostning af salget af perindopril.
- 1506 Selv om det er korrekt, at det for at beregne perindoprils markedsandele er nødvendigt, at der allerede er foretaget en afgrænsning af markedet, og begrebet markedsandele for forskellige konverteringsenzymhæmmere derfor ikke kan anvendes i det foreliggende tilfælde, er det imidlertid ikke irrelevant at analysere udviklingen i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere, hvilket ikke kræver, at der foreligger et marked for konverteringsenzymhæmmere, med henblik på at afgrænse det relevante marked.
- 1507 Sagsøgerne har desuden ikke anført, at variationerne i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere gør det muligt at fastslå direkte, at perindopril er udsat for konkurrencepres fra andre konverteringsenzymhæmmere. De har gjort gældende, at variationerne i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere inden for samme land ikke bekræfter, at der forekom udpræget »træghed« i lægernes praksis for ordinerings af konverteringsenzymhæmmere. Kommissionen er i denne forbindelse ikke fremkommet med nogen forklaring på sammenhængen mellem den mekanisme med lægers »træghed«, som den pegede på i den anfægtede afgørelse, og de tidsmæssige udsving i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere. Det må på denne baggrund, som sagsøgerne med rette har anført, fastslås, at de store ændringer, der skete i det relative salg af konverteringsenzymhæmmere i den undersøgte periode, kan rejse tvivl om betydningen af den hævdede mekanisme med lægers »træghed« i deres praksis for ordinerings af konverteringsenzymhæmmere.
- 1508 For det femte fremgår det ikke af sagsakterne – heriblandt Thalès-studiet, som Servier bestilte i forbindelse med sin strategiske planlægning, Kommissionens rundspørge blandt ordinerende læger og de svar, som producenter af konverteringsenzymhæmmere gav på Kommissionens spørgsmål – at der forekom en betydelig »træghed« i lægernes adfærd med hensyn til deres praksis for ordinerings af perindopril.
- 1509 Thalès-studiet, der blev gennemført fra december 2003 til februar 2004, vedrører udviklingen i franske praktiserende lægers praksis for ordinerings af perindopril. I dette studie inddeles læger, der ordinerer perindopril, i tre kategorier: »store ordinerende læger« med mere end ti ordinerings, »mellemstore ordinerende læger« med 6-10 ordinerings og »små ordinerende læger« med 1-5 ordinerings pr. kvartal. I studiet analyseres udviklingen i ordinerende lægers typologi i perioden fra april til juni 2003 (T 0) og i perioden fra december 2003 til februar 2004 (T 2). Kommissionen har til støtte for, at der foreligger en voksende gruppe af ordinerende læger, som er »loyale« over for perindopril, fremhævet, at 80-90% af de »store ordinerende læger«, 50-60% af de »mellemstore ordinerende læger« og 60-70% af de »små ordinerende læger« i T 0 stadig tilhørte den samme kategori i T 2.
- 1510 Denne udvikling viser imidlertid ikke nogen udpræget »træghed« hos lægerne med hensyn til ordinerings af perindopril, eftersom udviklingen er observeret over en begrænset tidsperiode på otte til ti måneder, og eftersom et stort antal læger skiftede kategori i denne begrænsede tidsperiode. Det skal desuden påpeges, at praktiserende læger i Thalès-studiet, som Kommissionen lagde til grund, inddeles i fire grupper af læger, som er »loyale«, »frafaldne«, »nye kunder« eller »sporadiske«, baseret på udviklingen i deres ordineringsvaner i periode T 0 og T 2. Studiet viser, at andelen af praktiserende læger, som er »loyale«, »frafaldne«, »nye kunder« eller »sporadiske«, svarer til henholdsvis 30-40%, 5-10%, 10-15% og 40-50% af samtlige praktiserende læger. Det fremgår således af resultaterne af Thalès-studiet, at andelen af »loyale« praktiserende læger ikke er størst, og at den er mindre end andelen af »sporadiske« praktiserende læger. Resultaterne af Thalès-studiet, der i øvrigt kun omfattede franske praktiserende læger, viser derfor ikke, at mekanismen med lægers »træghed« har betydning for ordinerings af perindopril, og at en stor andel af de ordinerende læger er »loyale« over for perindopril.

- 1511 Kommissionen har i øvrigt ikke anfægtet sagsøgernes bemærkning om, at 52% af de læger, der blev adspurgt i forbindelse med Kommissionens rundspørge blandt læger, der ordinerede perindopril, svarede, at de ordinerende flere alternative lægemidler end perindopril. Den omstændighed, at de fleste læger ordinerer flere alternative lægemidler end perindopril, kan imidlertid også rejse tvivl om, hvorvidt der forekommer en mekanisme med »træghed«, som især er til fordel for perindopril.
- 1512 Det fremgår endelig af svarene fra de tre producenter af konverteringsenzymhæmmere, som Kommissionen spurgte, at de betragter perindopril som en konkurrent til deres eget lægemiddel. Sanofi-Aventis har således i sit svar til Kommissionen udtrykkeligt tilkendegivet, at perindopril er denne virksomheds største konkurrent i Nederlandene, i Polen og – fra 2001 – i Frankrig og dens næststørste konkurrent i Det Forenede Kongerige. Det kan ikke fastslås ud fra de svar, som producenter af originale konverteringsenzymhæmmere gav, at konkurrencepresset mellem konverteringsenzymhæmmere var begrænset af et væsentligt fænomen med lægers »træghed« med hensyn til nye patienter.
- 1513 Det må på baggrund af det anførte konkluderes, at Kommissionen ikke har godtgjort, at et fænomen med lægers »træghed« og forekomsten af en voksende gruppe af ordinerende læger, som var »loyale« over for perindopril, i væsentligt omfang havde begrænset det konkurrencepres, som andre konverteringsenzymhæmmere udøvede på perindopril i forhold til nye patienter.

iii) Viljen til at skifte behandling hos patienter i vedvarende behandling

- 1514 Kommissionen fastslog, bl.a. i 2496.-2510. betragtning til den anfægtede afgørelse, at patienter i vedvarende behandling med perindopril ikke var særlig tilbøjelige til at skifte til alternative lægemidler, når de først var kommet i gang med perindopril. Fordi perindopril er et »experience good«, nød Servier godt af en informationsmæssig fordel i den forstand, at patienter i vedvarende behandling med perindopril havde et bedre kendskab til dette produkt end til andre behandlinger, som de endnu ikke havde prøvet.
- 1515 Da der forekommer heterogenitet blandt lægemidler i gruppen af konverteringsenzymhæmmere, hvilket kan knyttes til forskelle i effekt og tolerance på individuelt niveau, måtte det ifølge Kommissionen fastslås, at det ikke var sandsynligt, at der skete terapiskift mellem lægemidler i samme terapeutiske gruppe. Et sådant terapiskift kunne nemlig være forbundet med udgifter til yderligere lægekonsultationer og potentielt meget alvorlige risici for, at der opstod bivirkninger, samt utilstrækkelig blodtryksskontrol.
- 1516 Den manglende sandsynlighed for, at patienter, som er i gang med en vedvarende behandling, der opfylder deres behov, skifter til en anden behandling, bekræftes ifølge Kommissionen af en række langtidsstudier, af resultaterne af rundspørgen blandt ordinerende læger og af Sanofi-Aventis' besvarelse af Kommissionens spørgeskema, hvorefter der skete meget få skift mellem ramipril og perindopril. Kommissionen har anført, at det anslås, at en behandling med perindopril i gennemsnit strækker sig over syv til otte år, og at »loyalitetsgraden« på 90% baseret på fornyede recepter på perindopril bekræfter, at gruppen af patienter, der behandles med perindopril, er fastlåst.
- 1517 Sagsøgerne har fremlagt en række beviser for Retten og gjort gældende, at Kommissionen undervurderede viljen til at skifte behandling hos patienter i vedvarende behandling.
- 1518 Det skal for det første bemærkes, at Kommissionens analyse vedrørende overførselsmønstre hos patienter i vedvarende behandling tager udgangspunkt i, at de lægemidler, der indgår i gruppen af konverteringsenzymhæmmere, er heterogene. Det fremgår af den anfægtede afgørelses begrundelse og navnlig af 2496. og 2499. betragtning, at Kommissionen lagde til grund, at gruppen af konverteringsenzymhæmmere var heterogen, da den analyserede mønstrene for overførslen mellem perindopril og andre blodtryks-sænkende lægemidler. Henset til, at lægemidlerne i gruppen af

konverteringsenzymhæmmere var heterogene, fastslog Kommissionen, at et terapiskift mellem lægemidler i samme terapeutiske gruppe kunne være forbundet med potentielt meget alvorlige risici som følge af den ændrede behandling.

- 1519 Kommissionen har dog som tidligere nævnt ikke påvist, at lægemidler, der indgår i gruppen af konverteringsenzymhæmmere, er heterogene. Der er tværtimod ikke væsentlig forskel på perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende, heller ikke hvad angår effekt og bivirkninger. Det fremgår nærmere bestemt ikke af sagsakterne, at andre konverteringsenzymhæmmere gav anledning til særlige betænkeligheder hos ordinerende læger med hensyn til deres bivirkninger eller dårligere effekt. Det følger heraf, at når konverteringsenzymhæmmere efter lægers opfattelse ikke er heterogene, rejser det tvivl om Kommissionens analyse af, hvorvidt behandlingsskift mellem lægemidler i samme gruppe er forbundet med potentielt meget alvorlige risici. Da der ikke er forskel på konverteringsenzymhæmmers effekt og tolerance, er det ikke godtgjort, at behandlingsskift mellem konverteringsenzymhæmmere gav anledning til særlige betænkeligheder hos lægerne.
- 1520 For det andet baserede Kommissionen sin vurdering af den manglende vilje til at skifte behandling hos patienter i behandling med perindopril på langtidsstudier, der var udført af Thalès. I disse studier undersøges praktiserende lægers ordineringsvaner i perioden fra juli 2005 til juni 2006 i Frankrig og i Det Forenede Kongerige. Ifølge disse studier svarer over 90% af ordineringerne af perindopril til receptfornyelser. Kommissionen har heraf udledt, at der forekommer en meget høj grad af »loyalitet« for perindopril på 90%. Det er dens opfattelse, at en analyse af patienters vilje til at skifte behandling, som tager udgangspunkt i antallet af udstedte recepter, afspejler karakteren af efterspørgslen efter perindopril bedre, end hvis der tages udgangspunkt i antallet af patienter.
- 1521 Andelen af receptfornyelser i forhold til det samlede antal recepter giver imidlertid ikke et fuldstændigt overblik over viljen til at skifte behandling hos patienter, der behandles med perindopril. Andelen af receptfornyelser afhænger nemlig bl.a. af, hvor hyppigt patienterne besøger en lægeklinik, hvilket kan variere betydeligt og i øvrigt ikke er nævnt i den anfægtede afgørelse. Antallet af receptfornyelser i forhold til det samlede antal recepter viser desuden ikke patienternes loyalitetsgrad, dvs. andelen af patienter i behandling med perindopril i periode N, som stadig behandles med perindopril i periode N + 1.
- 1522 Thalès-studierne belyser under disse omstændigheder ikke i tilstrækkeligt omfang, hvor loyale de patienter, der sættes i behandling med perindopril, er over for dette lægemiddel.
- 1523 For det tredje indeholder Cegedim- og IMS Health-studierne oplysninger vedrørende Frankrig og Det Forenede Kongerige om, hvor tilbøjelige patienter, der behandles med perindopril, er til at skifte behandling i løbet af en periode på fem år.
- 1524 I Cegedim-studiet fra oktober 2012, som Servier fremlagde i forbindelse med sine bemærkninger som svar på klagepunktsmeddelelsen, undersøges det, hvor mange patienter der fortsætter med at blive behandlet med perindopril hos praktiserende læger i Frankrig i løbet af en periode på fem år. Analysen vedrører patienter i behandling med perindopril, som har haft den samme praktiserende læge i en periode på fem år. Det fremgår heraf, at 20-30% af de patienter, der sættes i behandling med perindopril, indstiller behandlingen inden for seks måneder, og at 30-40% af de patienter, der har været i behandling med perindopril i mere end seks måneder, skifter til andre blodtrykssænkende lægemidler og ikke længere følger denne behandling efter en periode på fem år. Når patienter skifter til andre blodtrykssænkende lægemidler efter en periode på seks måneder, skifter de fleste af dem til behandlinger med sartaner, mens ca. 40% af patienterne skifter til en behandling med en anden konverteringsenzymhæmmer, som anvendes alene eller sammen med et andet lægemiddel. I sidste ende behandles mere end 50% af de patienter, der sættes i behandling med perindopril, ikke længere med dette lægemiddel, når der er gået fem år. Det følger heraf, at for patienter, der tilses regelmæssigt af den samme praktiserende læge i Frankrig, sker der betydelige ændringer i behandlingen af de

patienter, som sættes i behandling med perindopril, i løbet af en periode på fem år. Det fremgår ligeledes af Cegedim-studiet, at tilgangen og afgangens af patienter (dvs. henholdsvis 30-40% og 15-20%) svarer til halvdelen af de patienter, der behandles med Coversyl.

¹⁵²⁵ I IMS Health-studiet fra december 2013, som Servier fremlagde, analyseres ordinerings af ramipril, lisinopril og perindopril i perioden fra 2003 til 2008 til patienter, som tilses af praktiserende læger i Det Forenede Kongerige.

¹⁵²⁶ Kommissionen har indvendt, at Retten ikke kan tage IMS Health-studiet i betragtning, for så vidt som sagsøgerne underrettede Kommissionen om dette studie for sent i den administrative procedure. Som det bemærkes i præmis 1373 ovenfor, sikrer Retten imidlertid en grundig legalitetskontrol, henset til samtlige de oplysninger, som sagsøgerne har fremlagt, uanset om oplysningerne ligger forud eller efter den trufne afgørelse, for så vidt som disse sidstnævnte oplysninger er relevante for kontrollen med lovligheden af Kommissionens afgørelse. I det foreliggende tilfælde understøtter IMS Health-studiet fra december 2013, som Servier fremlagde for Kommissionen under den administrative procedure som svar på sagsfremstillingen af 18. december 2013, Kommissionens antagelse om, at patienter, der behandles med perindopril, er utilbøjelige til at skifte behandling. Dette studie kan derfor ikke anses for at være et bevis, som er fremlagt for sent, og som ikke kan tages i betragtning i forbindelse med kontrollen af den anfægtede afgørelses lovlighed.

¹⁵²⁷ Med hensyn til studiets troværdighed kan Kommissionen ikke forkaste IMS Health-studiet med henvisning til, at det var »skræddersyet« til sagsøgerne. Den omstændighed, at sagsøgerne selv havde bedt IMS Health om at iværksætte dette studie, påvirker ikke nødvendigvis dets bevisværdi, især da det ikke blev udarbejdet på grundlag af oplysninger, som sagsøgerne selv havde stillet til rådighed. Som Retten allerede har fastslået (dom af 3.3.2011, Siemens mod Kommissionen, T-110/07, EU:T:2011:68, præmis 137), kan en analyse nemlig ikke anses for at være troværdig og har følgelig ikke større bevismæssig vægt end en egennyttig erklæring fra sagsøgerne, når den er udarbejdet på grundlag af de oplysninger, som sagsøgerne har stillet til rådighed, uden at rigtigheden eller relevansen af disse oplysninger har været genstand for nogen uafhængig kontrol. I det foreliggende tilfælde blev det studie, som Servier havde bestilt, udarbejdet på grundlag af oplysninger fra en tredjepart, IMS Health, hvis status som referenceinstitution for tilvejebringelse af oplysninger i lægemiddelsektoren Kommissionen – som det bl.a. fremgår af fodnote 2843 til den anfægtede afgørelse – ikke har anfægtet. Kommissionen har selv i flere tilfælde baseret sig på oplysninger fra IMS Health i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked.

¹⁵²⁸ Selv om bestillingen af det pågældende studie ikke blev fremlagt for Kommissionen, og Kommissionen ikke kunne gentage dets resultater fuldt ud, er dette i øvrigt ikke tilstrækkeligt til, at der under de foreliggende omstændigheder kan rejses tvivl om studiets troværdighed. Serviers svar på Kommissionens spørgeskema af 17. februar 2014 indeholdt nemlig en detaljeret beskrivelse af de instrukser, som IMS Health fik. IMS Health beskrev i studiet de metoder, antagelser og definitioner, der var blevet anvendt, og fremlagde rådataene samt den algoritme, der gjorde det muligt at gentage studiet. IMS Health fremlagde ganske vist ikke fanebladet vedrørende nye patienter, men Kommissionen gjorde heller ikke efter overførslen af algoritmen og databaserne Servier opmærksom på, at der forelå en metodisk udfordring, som kunne påvirke studiets troværdighed. IMS Health angiv i øvrigt i studiet, at nye patienter var patienter, der ikke havde modtaget det omhandlede lægemiddel i de seneste 12 måneder før ordinerings, og oplyste i en skrivelse af 1. september 2014, at Servier ikke havde medvirket i analysen af studiet, at det var udført af IMS Health ved hjælp af de metoder og definitioner, der var beskrevet i studiet, at fanebladet vedrørende nye patienter svarede til en standarddefinition, der blev anvendt i lignende studier, og at de underliggende oplysninger om nye patienter var hentet fra en database ved anvendelse af integrerede rapporter, som var tilgængelige fra en arbejdsstation i virksomheden, eller hvor en kunde var registreret bruger af denne database. På denne baggrund og henset til de fyldestgørende forklaringer, som Servier og IMS Health har givet, kan Kommissionen ikke med rette gøre gældende, at IMS Health-studiet ikke kan godtages som et pålideligt bevis.

- 1529 IMS Health-studiet viser med hensyn til de patienter, der tilsås af engelske praktiserende læger i perioden fra 2003 til 2008, at nye patienter, der behandles med perindopril, i et givet år udgør en tredjedel af samtlige patienter, der får denne behandling. Det viser også, at perindopril hovedsageligt erstattes af andre grupper af blodtrykssænkende lægemidler, men også af andre konverteringsenzymhæmmere. Det fremgår, at den gennemsnitlige behandlingstid blandt patienter, der sættes i behandling med perindopril, når der ses bort fra afbrud i behandlingen, ligger på under seks måneder for 24% af patienterne, under tre år for 57% af patienterne og under fem år for 76% af patienterne.
- 1530 Kommissionen har anført, at erstatningsprocessen er regressiv, dvs. at patienterne blev mindre tilbøjelige til at gå væk fra perindopril, jo længere de var blevet behandlet med dette lægemiddel. Det må imidlertid konstateres, at det gennemsnitlige nettotab af patienter i behandling med perindopril i løbet af det fjerde og femte behandlingsår ifølge Cegedim-studiet udgør næsten 5% pr. år for patienter, der tilses af franske praktiserende læger. Ifølge IMS Health-studiet tegner den andel af patienterne, der tilses af engelske praktiserende læger, og hvis gennemsnitlige behandlingstid, når der ses bort fra afbrud i behandlingen, ligger på dels mellem tre og fire år, dels mellem fire og fem år, sig for henholdsvis 12% og 7%. Det fremgår følgelig af sagsakterne, at en betydelig andel af patienterne er tilbøjelige til at indstille deres behandling med perindopril i løbet af det fjerde og det femte år, hvor de behandles med dette lægemiddel.
- 1531 Det fremgår således af Cegedim- og IMS Health-studierne, at den gennemsnitlige behandlingstid for patienter, som blev behandlet med perindopril og tilset af praktiserende læger i Frankrig og i Det Forenede Kongerige, i den undersøgte periode lå på under fem år. De skiftede behandling i stort omfang i løbet af de første seks måneders behandling, men også i løbet af de første fem år efter behandlingens påbegyndelse.
- 1532 For det fjerde bekræftes det i dokumenterne om PCT-enheder, at patienter, der behandles med perindopril, i Det Forenede Kongerige skifter behandling til fordel for andre konverteringsenzymhæmmere.
- 1533 Som tidligere nævnt konkluderede visse PCT-enheder fra og med 2005, at perindopril ikke virkede bedre end andre konverteringsenzymhæmmere, og anbefalede, at der blev anvendt andre konverteringsenzymhæmmere end perindopril, eller at perindopril blev erstattet af en anden konverteringsenzymhæmmer. Disse politiske foranstaltninger, der i visse tilfælde bestod af retningslinjer, skemaer eller standardskrivelser, som blev givet til patienter med henblik på behandlingsskift fra perindopril til ramipril eller lisinopril, er vidtrækkende, henset til antallet af berørte PCT-enheder og den omstændighed, at disse PCT-enheder stammede fra forskellige regioner i Det Forenede Kongerige.
- 1534 Det fremgår af sagsakterne, at disse politiske foranstaltninger, der blev betegnet som trusler i Serviers interne strategidokumenter fra og med 2005, havde en reel negativ indvirkning på salget af perindopril på lokalt plan. Kommissionen har ret i, at det ikke er påvist, at de politiske foranstaltninger, som PCT-enhederne iværksatte, havde en betydelig indvirkning på nationalt plan. Selv om skemaet i 2286. betragtning til den anfægtede afgørelse viser, at salget af perindopril udtrykt i definerede døgndoser på det nærmeste stagnerede i perioden efter september 2006, kan det ikke udledes af sagsakterne, om der var en årsagssammenhæng mellem PCT-enhedernes anbefalinger og udviklingen i det relative salg af perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere over hele Det Forenede Kongerige. Disse anbefalinger er imidlertid ikke uden relevans, for så vidt som de på konkret vis illustrerer, hvilke muligheder for at skifte mellem konverteringsenzymhæmmere der er på et af de geografiske markeder, som Kommissionen lagde til grund i sin analyse.
- 1535 Kommissionen kan ikke gøre gældende, at sagsøgernes argument om de politiske foranstaltninger, som PCT-enhederne iværksatte, strider mod deres bemærkning om, at prisfaktoren spiller en begrænset rolle i forholdet mellem de forskellige konverteringsenzymhæmmere. Som det fremgår af

betragtningerne i præmis 1380-1404 ovenfor, er lægemiddelsektoren nemlig en »usædvanlig« sektor med særlige kendetegn, som kræver, at markedet afgrænses efter en metode, der er baseret på flere kriterier og navnlig på produkternes terapeutiske anvendelse. I det foreliggende tilfælde rejser PCT-enhedernes politiske foranstaltninger ikke tvivl om dette forhold. Selv om disse politiske foranstaltninger bekræfter, at konverteringsenzymhæmmere er behandlingsmæssigt substituerbare, og at patienter, der behandles med perindopril, har mulighed for at skifte behandling, følger det ikke heraf, at prisfaktoren spiller en vigtig eller fremherskende rolle for vurderingen af konkurrencepresset mellem disse lægemidler.

1536 For det femte har Kommissionen, bl.a. med støtte i resultaterne af rundspørgen blandt ordinerende læger, anført, at det ikke er sandsynligt, at patienter, som behandles med perindopril, skifter behandling, når de behandles »tilfredsstillende« med perindopril.

1537 Resultaterne af Kommissionens rundspørge blandt ordinerende læger, hvoraf langt de fleste (76%) tilkendegav, at patienter, der var blevet behandlet »tilfredsstillende« i den indledende periode, og hvis behandling ikke var blevet ændret, sandsynligvis ville fortsætte behandlingen med perindopril i mere end fem år, rejser imidlertid ikke tvivl om Cegedim- og IMS-studiernes konklusioner om den gennemsnitlige behandlingstid og udskiftningen blandt patienter, der behandles med perindopril. Det spørgsmål, som de ordinerende læger blev stillet, er nemlig baseret på et skøn over sandsynligheden for, at behandlingen med perindopril fortsættes, og ikke på et skøn over den faktiske andel af patienter, der fortsætter behandlingen i mere end fem år. Det spørgsmål, som de ordinerende læger blev stillet, vedrører i øvrigt kun patienter, som behandles »tilfredsstillende«, og hvor behandlingen ikke er blevet ændret, hvorimod Cegedim- og IMS Health-studierne tilvejebringer oplysninger om den gennemsnitlige behandlingstid for patienter, der behandles med perindopril, og om samtlige behandlingsskift, der har fundet sted, uanset hvordan lægerne vurderer resultaterne af behandlingen med perindopril. Det skal endelig bemærkes, at de færreste adspurgte læger – selv for patienter, som behandles »tilfredsstillende« med perindopril, og hvor denne behandling ikke er blevet ændret – er af den opfattelse, at disse patienter sandsynligvis vil fortsætte behandlingen med perindopril i mere end ti år.

1538 Selv om patienter, der behandles »tilfredsstillende« med perindopril, naturligvis er mindre tilbøjelige til at skifte behandling end patienter, der ikke er omfattet af denne kategori, er Cegedim- og IMS Health-studiernes konklusioner alligevel relevante for den kvantitative vurdering af, i hvilket omfang patienter, der påbegynder en behandling, forbliver »loyale« over for perindopril over en periode på fem år. Disse studier viser, at der forekommer betydelige behandlingsskift, hvilket rejser tvivl om Kommissionens bemærkninger i den anfægtede afgørelse om, at gruppen af patienter, der behandles med perindopril, er fastlåst.

1539 For det sjette støttede Kommissionen sig i den anfægtede afgørelse på den omstændighed, at Sanofi-Aventis i svaret på Kommissionens spørgeskema havde oplyst, at der var meget få behandlingsskift mellem ramipril og perindopril, og at de to produkter baserede deres vækst på nyttilkomne patienter, som gik i gang med en behandling. Bortset fra at denne bemærkning kun vedrører det franske marked, angav Sanofi-Aventis som tidligere nævnt i sit svar, at den population af patienter, der kunne behandles med ramipril, var større, end det var tilfældet for perindopril, og at dosisintervallet indtil 2007 var større for ramipril end for perindopril, hvilket i højere grad kunne begrænse patientudskiftningen fra ramipril til perindopril end den anden vej. Sanofi-Aventis udtalte sig i øvrigt ikke om behandlingsskift i Nederlandene og i Det Forenede Kongerige og angav med hensyn til det polske marked, at virksomheden betragtede perindopril som et produkt, der havde afgivet patienter til ramipril. Sanofi-Aventis' svar på Kommissionens spørgeskema rejser folgelig ikke tvivl om omfanget af behandlingsskift blandt de patienter, der behandles med perindopril.

1540 Det følger heraf, at Kommissionen undervurderede viljen til at skifte behandling hos patienter i behandling med perindopril og desuden baserede sig på en fejlagtig antagelse om, at lægemidler i gruppen af konverteringsenzymhæmmere er heterogene. Det fremgår af sagsakterne, at der sker

betydelige ændringer i behandlingen af de patienter, som sættes i behandling med perindopril, i løbet af en periode på fem år, hvilket rejser tvivl om den gennemsnitlige behandlingstid, som Kommissionen anslog, og om omfanget af patientgruppens fastlåsning.

iv) De salgsfremmende foranstaltninger

- 1541 Kommissionen anførte i 2515.-2521. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den salgsfremmende indsats kunne forstærke konkurrencen, hvis lægestanden som følge af denne indsats blev underrettet om flere terapeutiske alternativer såsom nye produkter eller vigtige nye indikationer for eksisterende produkter. Den fastslog imidlertid, at konkurrencen på salgsniveau i det foreliggende tilfælde ikke kunne betragtes som en vigtig kilde til konkurrencepres hvad angår forholdet mellem perindopril og potentielle konkurrerende produkter, for så vidt som enhver ny salgsfremmende foranstaltning for lægemidler, der havde været i handelen længe, blot ville øge den tillid, der allerede var skabt hos »loyale« ordinerende læger. Kommissionen fremhævede, at det i betragtning af barriererne for behandlingsskift og det store antal patienter i vedvarende behandling var begrænset, hvor meget konkurrencefremmende foranstaltninger iværksat af producenter af andre konverteringsenzymhæmmere kunne påvirke salget af perindopril. Kommissionen tilføjede, at det manglende konkurrencepres fra andre producenter af konverteringsenzymhæmmere ligeledes fremgik af de kategorier af patienter, som Servier satsede på i forbindelse med sin salgspolitik, af analysen af de salgsfremmende tiltag, der var beskrevet i Serviers interne strategidokumenter, og af virksomhedens stabile salgsomkostninger.
- 1542 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen begik en fejl ved ikke at tage passende hensyn til laboratoriernes omfattende salgsfremmende foranstaltninger, som var en af de vigtigste dimensioner af konkurrencen og nødvendige for at imødegå konkurrencen, når patienter og læger ikke udviste »træghed«.
- 1543 For det første baserede Kommissionen sin analyse af de salgsfremmende foranstaltninger på fænomenet med lægers »træghed« og på forekomsten af barrierer for behandlingsskift.
- 1544 Som tidligere nævnt var lægernes ordineringspraksis imidlertid ikke kendetegnet ved udpræget »træghed«, og der skete betydelige ændringer i behandlingen af patienter i vedrørende behandling. Kommissionen baserede sig således på fejlagtige antagelser, som kunne fordreje dens analyse, da den fastslog, at det var begrænset, hvor meget salgsfremmende foranstaltninger iværksat af producenter af andre konverteringsenzymhæmmere kunne påvirke salget af perindopril.
- 1545 For det andet baserede Kommissionen sin analyse af de salgsfremmende foranstaltninger på de kategorier af patienter, som Servier satsede på i forbindelse med sine salgsfremmende tiltag, og på perindopriils angivelige særlige egenskaber med hensyn til den terapeutiske anvendelse. Den påpegede i 2366. og 2519. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Serviers salgsomkostninger var centreret om potentielle nye patienter, herunder patienter med nyligt diagnosticeret forhøjet blodtryk, patienter, hvis blodtryk ikke blev kontrolleret tilfredsstillende med et andet blodtryksænkende lægemiddel, samt visse patientgrupper, for hvilke perindopril havde vist sig at have særlige egenskaber.
- 1546 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at den salgsfremmende indsats kan være et konkurrenceinstrument, bl.a. når produkter er stort set ens. Den manglende positive differentiering af perindopril i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere gør det nødvendigt for Servier at iværksætte omfattende konkurrencefremmende foranstaltninger for at blive på markedet og få de ordinerende læger over på sin side. Når perindopril ikke er terapeutisk overlegent, har de ordinerende læger nemlig ikke tilstrækkeligt incitament til at ordinere perindopril frem for et andet lægemiddel.

- 1547 Det fremgår i øvrigt af selve ordlyden af 2366. og 2519. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Servier iværksatte salgsfremmende foranstaltninger, som var rettet mod både nye patienter og patienter, der allerede havde anvendt et andet blodtrykssænkende lægemiddel. Kommissionen påviste som tidligere nævnt heller ikke, at perindopril havde særlige egenskaber, som adskilte det fra andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende. Selv om Servier forsøgte at differentiere perindopril fra andre konverteringsenzymhæmmere, havde Serviers anstrengelser ikke den ønskede virkning og gjorde det ikke muligt at adskille perindopril tilstrækkeligt fra andre konverteringsenzymhæmmere.
- 1548 Salgsstrategien for perindopril gør det derfor, for så vidt som den er rettet mod visse kategorier af patienter, ikke muligt at konkludere, at konkurrencen gennem salgsfremme mellem konverteringsenzymhæmmerne var af begrænset betydning.
- 1549 For det tredje viser Serviers interne dokumenter, svarene fra producenter af andre konverteringsenzymhæmmere og de øvrige sagsakter i modsætning til det af Kommissionen anførte, at de salgsfremmende aktiviteter, der blev iværksat af andre producenter af konverteringsenzymhæmmere, kunne udøve et konkurrencepres på perindopril.
- 1550 Det fremgår således af Serviers interne strategidokumenter og navnlig af dokumentet med titlen »Udviklingsplan for 2005/2006« og af dokumentet med titlen »Udviklingsplan for Coversyl for 2006/2007«, at det i perioden fra 2000 til 2009 var Serviers opfattelse, at der var hård konkurrence på markedet for forhøjet blodtryk og på markedet for hjerteinsufficiens. Det fremgår ligeledes af disse dokumenter, at Servier betragtede andre konverteringsenzymhæmmere, heriblandt ramipril, captopril, lisinopril, enalapril, fosinopril og trandolapril, som konkurrenter. Ramipril er nævnt flere gange i den del af strategidokumenterne, der vedrører trusler mod udviklingen af perindopril. Lanceringen i 2005 af et nyt produkt, Co-Triatec, som skulle sikre kontinuitet i promoveringen af de forskellige ramipril-produkter, blev eksempelvis fremstillet som en trussel.
- 1551 De tre producenter af originale konverteringsenzymhæmmere, som Kommissionen stillede spørgsmål til, betragter også perindopril som en konkurrent eller rival i forhold til deres eget lægemiddel. Som Kommissionen har fremhævet, indebærer den omstændighed, at andre virksomheder vælger et bestemt produkt som deres primære konkurrencemål, ganske vist ikke, at det pågældende produkt underlægges et væsentligt konkurrencepres fra disse andre virksomheder. De nævnte indicier kan imidlertid have en vis nytte, eftersom de gør det muligt at tage hensyn til, hvordan virksomhederne selv opfatter deres stilling på markedet. Det fremgår i denne forbindelse af svarene fra de virksomheder, som Kommissionen stillede spørgsmål til vedrørende deres opfattelse af konkurrencen, at Sanofi-Aventis, der fremstiller ramipril, AstraZeneca AB, der fremstiller lisinopril, og MSD, der fremstiller enalapril og lisinopril, betragtede perindopril som en konkurrent til deres eget lægemiddel. Det fremgår bl.a. af de dokumenter, som Sanofi-Aventis fremlagde, dvs. redegørelser for det polske marked og forretningsplaner for årene 2008-2009, at perindopril og enalapril ifølge denne virksomhed var den største og næststørste rival til ramipril, og at ramipril generelt var et mere veletableret varemærke.
- 1552 Det antydes i øvrigt i sagsakterne, at den salgsfremmende indsats for andre konverteringsenzymhæmmere kunne have stor indvirkning på salget af perindopril.
- 1553 Serviers interne strategidokumenter og dokumenterne om promoveringen af andre konverteringsenzymhæmmere viser, at de andre konverteringsenzymhæmmere fremstod som de bedste i denne gruppe af lægemidler eller som overlegne i forhold til andre konverteringsenzymhæmmere. Visse salgsfremmende planer for andre konverteringsenzymhæmmere var direkte rettet mod Serviers perindopril.

- 1554 Selv om den intensive promovning af sartaner kombineret med den mindskede promovning af konverteringsenzymhæmmere fremstilles som en trussel i Serviers interne dokumenter, fremstilles promovningen af ramipril som en trussel for perindopril, hvorimod den mindskede promovning ses som en positiv udvikling. I Serviers interne dokumenter pointeres det, at promovningen af ramipril er baseret på HOPE-studiet, som betegnes som en vigtig begivenhed i 2001, der gjorde det muligt for ramipril at skabe kraftig vækst og at opnå nye indikationer. Det præciseres i Serviers strategidokumenter, at resultaterne af HOPE-studiet og ramiprils positionering havde stor indvirkning på salget af Serviers Coversyl 4 mg.
- 1555 Det fremgår desuden af sagsakterne og navnlig af de oplysninger fra IMS Health, der er indeholdt i den anfægtede afgørelse, samt af Sanofi-Aventis' svar på Kommissionens anmodning om oplysninger, at andre producenter af konverteringsenzymhæmmere havde store salgsmkostninger i visse perioder, bl.a. i forbindelse med ramipril i Nederlandene og Det Forenede Kongerige indtil 2003 og i Frankrig indtil begyndelsen af 2006.
- 1556 Det fremgår følgelig af sagsakterne, heriblandt Serviers interne strategidokumenter og svarene fra andre producenter af konverteringsenzymhæmmere, at den salgsmfremmende indsats for andre konverteringsenzymhæmmere kunne have stor indvirkning på Serviers afsætning.
- 1557 For det fjerde afspejler omfanget af Serviers salgsmkostninger i den undersøgte periode ligeledes den omstændighed, at konkurrence gennem salgsmfremme har kunnet udgøre en kilde til konkurrencepres i forholdet mellem konverteringsenzymhæmmerne, hvilket ikke står i modsætning til de angiveligt stabile salgsmkostninger.
- 1558 Omfanget af Serviers salgsmkostninger, som ikke er bestridt, fremgår bl.a. af oplysningerne om de vigtigste udgiftsposter, der indgik i de samlede omkostninger for varianter af perindopril. Salgsmkostningerne var høje i bl.a. Frankrig, Nederlandene og Det Forenede Kongerige, hvilket fremgår af de oplysninger fra IMS Health, der er indeholdt i den anfægtede afgørelse. I 2000 brugte Servier eksempelvis 70-80 mio. EUR til promovning af perindopril i Frankrig, mens den samlede omsætning for dette produkt udgjorde 180-200 mio. EUR. I 2004 nåede salgsmkostninger i dette land op på 100-120 mio. EUR eller ca. en tredjedel af den samlede omsætning for det pågældende produkt (300-350 mio. EUR).
- 1559 Det bør tilføjes, at den omstændighed, at perindopril stadig var meget rentabelt i den undersøgte periode, selv om Serviers salgsmkostninger for perindopril var meget høje, ikke indebærer, at perindopril ikke var underlagt et væsentligt konkurrencepres fra andre konverteringsenzymhæmmerne. Selv om Kommissionen i 2369.-2371. betragtning til den anfægtede afgørelse konstaterede, at perindopril generelt var meget rentabelt, drog den i øvrigt ingen konsekvenser heraf ved afgrænsningen af det relevante marked, og den ikke baserede sig på denne rentabilitet, da den i 2403.-2546. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede, at det relevante produktmarked var begrænset til originalt og generisk perindopril.
- 1560 I Serviers interne strategidokumenter peges der på sammenhængen mellem konkurrencemiljøet og Serviers salgsmkostninger, og det fremgår, at konkurrencemiljøet kræver en meget omfattende salgsmfremmende indsats, som især er baseret på besøg hos læger. I disse dokumenter peges der på Serviers vilje til at hverve nye kunder på bekostning af andre blodtrykssænkende lægemidler, herunder konverteringsenzymhæmmere, og der henvises til, at det er vanskeligt for Servier at være til stede hos de praktiserende læger, bl.a. på grund af de økonomiske og menneskelige ressourcer, som andre producenter af blodtrykssænkende midler har investeret.
- 1561 Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at Servier salgsmkostninger var stabile i den undersøgte periode, tyder på, at promovningen af perindopril i det store og hele var af uafhængig karakter, og at selskabet ikke var udsat for et stærkt konkurrencepres.

1562 Det fremgår imidlertid ikke af sagsakterne og navnlig af oplysningerne fra IMS Health-studiet, at Serviers salgsmkostninger var stabile, eftersom omkostningsniveauet svingede markant i løbet af den undersøgte periode. Selv om det antages, at salgsmkostningerne var stabile, indebærer det desuden ikke nødvendigvis, at der ikke har været et væsentligt konkurrencepres fra andre konverteringsenzymhæmmere. Når salgsmkostningerne holdes på et så højt niveau, kan det skyldes, at virksomheden ønsker at fastholde salget i forhold til produkter, som er substituerbare i terapeutisk henseende, og som udøver et væsentligt konkurrencepres på perindopril. Kommissionen har ikke forklaret, hvorfor en dominerende virksomhed som Servier, uden at der forekom et væsentligt konkurrencepres, i så lang tid skulle være tvunget til at bruge en så stor andel af sin samlede omsætning på salgsmkostninger.

1563 Den omstændighed, at Servier indstillede sine salgsmfremmende foranstaltninger, da de generiske produkter blev introduceret, viser heller ikke, at der ikke forekom et væsentligt konkurrencepres forud for de generiske produkters introduktion på markedet. Selv om den manglende forventning om en gevinst kan afholde producenten fra at iværksætte salgsmfremmende foranstaltninger, kan udsigterne til en gevinst nemlig tilskynde denne til at foretage investeringer for at promovere produktet. Det kan imidlertid tænkes, at Servier, inden det generiske produkt blev introduceret på markedet, med god grund kunne se frem til et positivt resultat af sin salgsmfremmende investering. Inden de generiske lægemidler blev introduceret på markedet, kunne Servier være foranlediget til at iværksætte salgsmfremmende foranstaltninger på baggrund af konkurrencen mellem konverteringsenzymhæmmerne, bl.a. fordi lægemidlerne i denne gruppe ikke er heterogene.

1564 Serviers salgsmkostninger i den undersøgte periode viser som følge heraf ikke, at Servier ikke var underlagt et væsentligt konkurrencepres fra andre konverteringsenzymhæmmere.

1565 Det følger således heraf, at Kommissionen ikke tog passende hensyn til laboratoriernes salgsmfremmende foranstaltninger og deres omfang, da den undersøgte konkurrenceforholdet mellem perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere.

1566 Det følger af samtlige betragtninger i præmis 1418-1565 ovenfor, at det andet klagepunkt, som sagsøgerne har fremsat, er velbegrundet.

4) Det første klagepunkts andet led om, at Kommissionen tillagde priskriteriet for stor betydning i forbindelse med markedsanalysen, og det tredje subsidiære klagepunkt om, at Kommissionens økonometriske analyse var behæftet med fejl

1567 I 2460.-2495. betragtning til den anfægtede afgørelse foretog Kommissionen med henblik på at afgrænse det pågældende produktmarked en analyse af de »naturlige« begivenheder, der havde fundet sted på markederne i Frankrig, Nederlandene, Polen og Det Forenede Kongerige.

1568 Kommissionen fastslog, at når to produkter var nære substitutter, burde en væsentlig nedsættelse af prisen på det ene produkt medføre et fald i omsætningen for det andet produkt. Kommissionen forsøgte ud fra en foreløbig visuel bedømmelse efterfulgt af en økonometrisk beregning at vurdere, hvilken virkning en nedsættelse af priserne på andre blodtrykssænkende lægemidler havde for salget af perindopril. Med henblik herpå sammenlignede Kommissionen bl.a. den virkning, som introduktionen af generiske versioner af perindopril havde for salget af perindopril, med den virkning, som introduktionen af generiske versioner af andre konverteringsenzymhæmmere havde for salget af perindopril. Ifølge Kommissionen viser den omstændighed, at salget af perindopril i mindre grad blev påvirket af fremkomsten af generiske versioner af andre konverteringsenzymhæmmere end af fremkomsten af sine egne generiske versioner, at konverteringsenzymhæmmerne ikke udøvede noget væsentligt pres på perindopril med hensyn til prisen (2494. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 1569 Efter analysen af de naturlige begivenheder fastslog Kommissionen, at perindopril ud over det pres, der blev udøvet af generisk perindopril, ikke var underlagt noget betydeligt pristryk fra andre produkter og navnlig fra andre konverteringsenzymhæmmere. De lavere priser på andre konverteringsenzymhæmmere havde ifølge Kommissionen ikke haft væsentlig negativ indvirkning på salget og omsætningen af perindopril.
- 1570 Med det første klagepunkts andet led har sagsøgerne anført, at Kommissionen tillagde prisfaktoren for stor betydning i forbindelse med sin analyse af det relevante produktmarked. De har subsidiært i forbindelse med deres tredje klagepunkt gjort gældende, at Kommissionens økonometriske analyse er behæftet med fejl.
- 1571 For det første fremgår det – som det indledningsvis er nævnt i præmis 1385-1404 ovenfor – af retspraksis, at de specifikke forhold, som karakteriserer konkurrencemekanismerne inden for lægemiddelsektoren, ikke fratager de prisrelaterede faktorer deres betydning ved vurderingen af konkurrencepres, men disse faktorer skal imidlertid bedømmes i deres rette sammenhæng (dom af 1.7.2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 183).
- 1572 I det foreliggende tilfælde kunne Kommissionen derfor ved afgrænsning af det relevante marked undersøge, om perindopril var underlagt et væsentligt konkurrencepres som følge af relative ændringer i priserne på andre konverteringsenzymhæmmere, og tage hensyn til resultatet af denne undersøgelse.
- 1573 Kommissionen udledte af sin analyse af ændringerne i priserne på andre konverteringsenzymhæmmere, at perindopril ikke var underlagt et betydeligt konkurrencepres som følge heraf. Det fremgår nemlig af flere sagsakter, heriblandt Serviers interne dokumenter og Kommissionens rundspørge blandt ordinerende læger, at perindopril ikke var særlig følsomt over for ændringer i priserne på andre konverteringsenzymhæmmere. Denne konklusion har sagsøgerne i øvrigt ikke anfægtet som sådan. Sagsøgerne har selv anført, at læger generelt er relativt upåvirkelige i forhold til priserne og i højere grad lader sig lede af de forskellige lægemidlers relevans og terapeutiske effekt end af deres pris, og at konkurrencen mellem laboratorierne primært er baseret på andre faktorer end prisen såsom innovation, produktkvalitet og salg fremstød.
- 1574 Som sagsøgerne med rette har gjort gældende, gør analysen af naturlige begivenheder set i Kommissionens perspektiv, dvs. i forhold til prisændringer, det imidlertid ikke muligt at konkludere, at der ikke forekom et konkurrencepres i kvalitativ frem for prismæssig henseende.
- 1575 Som nævnt i præmis 1395 og 1397 ovenfor gør lægernes frihed til at vælge mellem de originale lægemidler, der findes på markedet, eller mellem originale lægemidler og generiske versioner af andre molekyler og de ordinerende lægers høje prioritering af terapeutiske aspekter det nemlig i givet fald muligt at udøve et væsentligt konkurrencepres i kvalitativ frem for prismæssig henseende uden for de sædvanlige mekanismer for pristryk. Et sådant pres kan både forekomme i situationer, hvor et lægemiddels terapeutiske egenskaber er klart bedre, end det er tilfældet for andre lægemidler til behandling af den samme sygdom, og i situationer, hvor de ordinerende læger anerkender eller opfatter de tilgængelige lægemidler som ligeværdige.
- 1576 Når de ordinerende læger ved behandling af den samme lidelse kan vælge mellem lægemidler, hvoraf ingen anerkendes eller opfattes som bedre end andre, bl.a. fordi de har den samme virkemåde, eller fordi deres terapeutiske fordele eller deres uønskede virkninger eller bivirkninger ikke gør det muligt at adskille dem fra hinanden, må analysen af konkurrencen mellem disse lægemidler ligeledes i vid udstrækning baseres på en kvalitativ sammenligning. Lægens valg afhænger som regel ikke primært af de respektive priser på disse behandlinger, men af deres terapeutiske differentiering, deres egnethed i forhold til patientens profil, lægens kendskab til de forskellige lægemidler eller dennes personlige erfaring og patientens erfaring.

- 1577 Som det fremgår af svaret på det andet klagepunkt, kunne perindopril desuden, da dette lægemiddel ikke adskiller sig væsentligt fra andre konverteringsenzymhæmmere i terapeutisk henseende, være udsat for et konkurrencepres i kvalitativ frem for prismæssig henseende, som Kommissionen burde have taget passende hensyn til. Dette konkurrencepres, der bl.a. kunne udøves ved hjælp af salgsfremmende aktiviteter, som blev iværksat af producenter af andre konverteringsenzymhæmmere, vedrørte både nye patienter og patienter, der allerede var sat i behandling med perindopril.
- 1578 Selv om perindopril ikke var særlig følsomt over for ændringer i priserne på andre konverteringsenzymhæmmere, indebar det således ikke nødvendigvis, at dette lægemiddel ikke var underlagt et væsentligt konkurrencepres fra disse lægemidler. Det kan ikke udledes af denne omstændighed, at perindopril ikke var udsat for et væsentligt konkurrencepres, der – som sagsøgerne har gjort gældende – var baseret på andre faktorer end prisen såsom innovation, produktkvalitet og salg fremstød. I denne forbindelse henviste Kommissionen selv i 2543. betragtning til den anfægtede afgørelse til, at der kan forekomme økonomisk substituerbarhed, når ændringer, der påvirker andre vigtige økonomiske variabler end prisen, resulterer i, at en stor del af salget af et produkt overgår til et andet produkt.
- 1579 Den omstændighed, at salget af og priserne på perindopril først faldt efter fremkomsten af generisk perindopril og slet ikke eller i mindre grad blev påvirket af naturlige begivenheder vedrørende ændringer i prisen på andre molekyler, understøtter som følge heraf ikke konklusionen om, at der ikke fandtes konkurrencepres inden fremkomsten af generiske versioner af perindopril.
- 1580 For det andet fremgår det af sagsakterne, at Kommissionen, som sagsøgerne med rette har fremhævet, tillagde prisfaktoren for stor betydning i forbindelse med afgrænsningen af produktmarkedet, idet den ud fra analysen af naturlige begivenheder konkluderede, at konverteringsenzymhæmmere ikke udøvede et væsentligt konkurrencepres på perindopril.
- 1581 Det fremgår nemlig af sagsakterne, at prisfaktoren i forbindelse med Kommissionens analyse var afgørende for, at andre konverteringsenzymhæmmere blev udelukket fra det relevante marked. Det fremgår af den anfægtede afgørelses ordlyd, at Kommissionen i det væsentlige baserede sig på analysen af naturlige begivenheder af prismæssig karakter, da den udelukkede konverteringsenzymhæmmere såsom ramipril, enalapril eller lisinopril, som Servier betegnede som sine nærmeste konkurrenter, fra det relevante marked. Kommissionen fremhævede, f.eks. i 2460. betragtning og i fodnote 3245 til den anfægtede afgørelse, at resultaterne af dens økonometriske analyse var vigtige for at afgøre, om prisfaldet for visse lægemidler i gruppen af konverteringsenzymhæmmere havde påvirket salget af perindopril, efter at der var introduceret generiske versioner af disse lægemidler. I den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen flere gange, bl.a. i 2527. og 2534. betragtning, at analysen af naturlige begivenheder ikke havde vist noget pristryk som følge af lovgivningen, og at det derfor måtte konkluderes, at intet andet molekyle havde udøvet et væsentligt konkurrencepres på perindopril. Den fastslog i 2546. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den omstændighed, at konkurrencepresset fra generiske produkter var endnu større end det konkurrencepres, som perindopril ellers kunne blive udsat for, naturligvis betød, at der blev fastlagt et snævert marked, som kun omfattede det pågældende lægemiddel.
- 1582 Den betydning, som Kommissionen ved afgrænsningen af det relevante marked tillagde analysen af naturlige begivenheder vedrørende prisændringer, fremhæves i øvrigt i Kommissionens svarskrift, hvoraf det fremgår, at denne analyse for de pågældende fire medlemsstater viser, at sagsøgerne ikke blev udsat for et væsentligt konkurrencepres fra producenter af andre konverteringsenzymhæmmere. I svarskriftet angives det med hensyn til Polen, at analysen af naturlige begivenheder viser, at de øvrige lægemidler i samme gruppe ikke udøvede noget konkurrencepres på perindopril.

- 1583 I retsmødet fremhævede Kommissionen endvidere, at konstateringen om, at salget af perindopril ikke faldt efter lanceringen af generiske versioner af andre konverteringsenzymhæmmere, der var meget billigere end perindopril, var central for dens analyse og gjorde det muligt at konkludere, at de andre konverteringsenzymhæmmere ikke udøvede et væsentligt konkurrencepres.
- 1584 Kommissionen tillagde således resultaterne af sin analyse af naturlige begivenheder afgørende betydning, især med hensyn til prisændringernes indvirkning, hvilket betød, at den ikke fuldt ud tog hensyn til de særlige forhold, der kendetegner lægemiddelsektoren, og at den ikke var tilstrækkeligt opmærksom på omstændigheder, der gør det muligt at identificere konkurrencepres i kvalitativ frem for prismæssig henseende.
- 1585 Under disse omstændigheder må Serviers første klagepunkts andet led om, at Kommissionen tillagde udviklingen i de relative lægemiddelpriser for stor betydning, tages til følge. Kommissionen kunne ikke udlede af analysen af naturlige begivenheder og af perindoprils begrænsede følsomhed over for ændringer i priserne på andre konverteringsenzymhæmmere, at Servier ud over det pres, der blev udøvet af generisk perindopril, ikke var underlagt noget som helst konkurrencepres fra andre produkter.
- 1586 For så vidt som Retten tager det første klagepunkts andet led vedrørende prisanalysen, som sagsøgerne har fremsat principalt, til følge, er det ufornuddent at tage stilling til sagsøgernes tredje klagepunkt, hvorved de subsidiært har gjort gældende, at Kommissionens økonometriske analyse af priserne er behæftet med en metodefejl.

5) Konklusion

- 1587 Det skal indledningsvis bemærkes, at den legalitetskontrol, der er fastsat i artikel 263 TEUF, som nævnt i præmis 1373-1375 ovenfor omfatter samtlige elementer ved Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, med hensyn til hvilke Retten sikrer en grundig kontrol, såvel retligt som faktisk, i lyset af de af sagsøgeren rejste anbringender og henset til samtlige de oplysninger, som sidstnævnte har fremlagt (dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 72).
- 1588 Selv om Kommissionen på et område, som giver anledning til komplekse økonomiske vurderinger, er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer det i øvrigt ikke, at Unionens retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de konklusioner, der udledes heraf (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 39, af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 54, og af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 54). Når Kommissionen med henblik på at kvalificere en praksis i henhold til bestemmelserne i artikel 102 TEUF tillægger en økonomisk vurdering af en rabats evne til at udelukke en lige så effektiv konkurrent reel betydning (AEC-testen), er Unionens retsinstanser forpligtet til at undersøge alle de argumenter, som er fremført af den virksomhed, der pålægges sanktioner i medfør af denne test (jf. i denne retning dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 141-144).

1589 I det foreliggende tilfælde må det efter en overordnet vurdering af de omstændigheder, hvorpå Kommissionen baserede sin bedømmelse, og undersøgelsen af sagsøgernes klagepunkter konkluderes, at Kommissionen begik en række fejl i forbindelse med sin analyse af afgrænsningen af det relevante marked. Kommissionen:

- fastslog med hensyn til den terapeutiske anvendelse med urette, at konverteringsenzymhæmmere var en gruppe af heterogene lægemidler, og at perindopril udviste særlige karakteristika inden for denne gruppe af lægemidler
- konkluderede med urette, at en mekanisme med lægers »træghed« i væsentligt omfang havde begrænset det konkurrencepres, som andre konverteringsenzymhæmmere udøvede på perindopril i forhold til nye patienter
- undervurderede, hvor tilbøjelige patienter, der behandles med perindopril, er til at skifte behandling
- tog ikke passende hensyn til laboratoriernes salgsfremmende foranstaltninger og deres omfang, da den undersøgte konkurrenceforholdet
- undlod at tage hensyn til de særlige kendetegn ved konkurrencen i lægemiddelsektoren, da den en analyse af naturlige begivenheder, som især var baseret på prisændringer, med urette udledte, at perindopril ikke var underlagt et væsentligt konkurrencepres fra andre konverteringsenzymhæmmere.

1590 Ved at tage udgangspunkt i en analyse, der var behæftet med de ovenfor nævnte fejl, begrænsede Kommissionen det relevante marked til alene perindoprimolekylet, selv om det fremgår af sagsakterne, at perindopril kunne være udsat for et væsentligt ikke-prismæssigt konkurrencepres fra andre konverteringsenzymhæmmere. Det må under disse omstændigheder fastslås, at de fejl, som Kommissionen begik, kan fordreje resultatet af dens analyse.

1591 Det må således efter den vurdering, som Retten har foretaget inden for de grænser for den retslige prøvelse, der er beskrevet i præmis 1587 og 1588 ovenfor, konkluderes, at det ikke er godtgjort, at det relevante produktmarked kun omfatter originalt og generisk perindopril.

1592 På denne baggrund må det 14. anbringende, der er rettet mod afgrænsningen af færdigvaremarkedet som værende markedet for originalt og generisk perindopril, tages til følge.

13. De urigtige skøn vedrørende forekomsten af en dominerende stilling på færdigvaremarkedet

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

1595 Det bemærkes indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at begrebet dominerende stilling i artikel 102 TEUF skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne (dom af 14.2.1978, United Brands og Universal Brands Continentaal mod Kommissionen, 27/76, EU:C:1978:22, præmis 65, og af 13.2.1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, præmis 38).

- 1596 I det foreliggende tilfælde konkluderede Kommissionen i 2593. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Servier havde indtaget en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF på markedet for originalt og generisk perindopril i Det Forenede Kongerige i perioden fra januar 2000 til juni 2007, i Nederlandene i perioden fra januar 2000 til december 2007, i Frankrig i perioden fra januar 2000 til december 2009 og i Polen i perioden fra januar 2000 til december 2009.
- 1597 Kommissionens konklusion om, at Servier indtog en dominerende stilling på markedet for originalt og generisk perindopril, var baseret på Serviers markedsandele på det pågældende marked, forekomsten af barrierer for markedsadgang, forekomsten af betydelige økonomiske afkast og de offentlige myndigheders manglende udøvelse af modstående købermagt. I 2594.-2600. betragtning til den anfægtede afgørelse tilføjede Kommissionen, at der uafhængigt af dens markedsafgrænsning fandtes solide beviser i form af betydelige økonomiske afkast, der direkte afspejlede den markedsstyrke, som Servier besad.
- 1598 Sagsøgerne har bestridt, at der foreligger en dominerende stilling, og har bl.a. gjort gældende, at produktmarkedet ikke kun omfatter originalt og generisk perindopril.
- 1599 Da markedsafgrænsningen som nævnt i svaret på det foregående anbringende er fejlagtig i den forstand, at produktmarkedet kun omfatter originalt og generisk perindopril, må det som følge heraf fastslås, at undersøgelsen af Serviers økonomiske magt på markedet ligeledes er behæftet med fejl.
- 1600 Retten bemærker videre, at den fejlagtige afgrænsning af det relevante marked rejser tvivl om i hvert fald to af de vigtigste kriterier for vurderingen af Serviers økonomiske magt, nemlig markedsandelene og forekomsten af betydelige økonomiske afkast.
- 1601 Med hensyn til markedsandele angav Kommissionen i 2561. betragtning til den anfægtede afgørelse, at lave markedsandele generelt er et godt tegn på, at der ikke foreligger en betydelig markedsstyrke. Den fastslog ligeledes, at markedsandele på mere end 50% var meget store markedsandele, som i sig selv, medmindre der forelå usædvanlige omstændigheder, udgjorde et bevis for, at der forelå en dominerende stilling, og at markedsandele på mellem 70 og 80% var et klart indicium for en dominerende stilling.
- 1602 Kommissionen tilkendegav i 2563.-2567. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Servier var i besiddelse af meget store markedsandele på det relevante marked (bl.a. en markedsandel på 90-100% i Frankrig, Polen og Det Forenede Kongerige i perioden fra 2000 til 2005), som under alle omstændigheder oversteg 50%, selv under hensyntagen til parallelimportørers rolle i Nederlandene.
- 1603 Da Kommissionen begik en fejl ved at lægge til grund, at det relevante produktmarked kun omfattede originalt og generisk perindopril, må Kommissionens beregning af markedsandele nødvendigvis være forkert.
- 1604 Retten bemærker, at det er ubestridt, at hvis Kommissionen havde afgrænset det relevante marked på grundlag af samtlige konverteringsenzymhæmmere og ikke på grundlag af perindopril-molekylet, ville Serviers gennemsnitlige markedsandel i de fire medlemsstater, som Kommissionen undersøgte, have ligget på mindre end 25%, dvs. under tærskler for markedsandele, som ifølge den anfægtede afgørelse indikerer, at der forekommer en dominerende stilling.
- 1605 I denne forbindelse anførte Kommissionen i den anfægtede afgørelse, at beregningerne af Serviers markedsandele inden for konverteringsenzymhæmmere ikke er baseret på afsætningens værdi, men på dens volumen udtrykt i definerede døgndoser, hvilket indebærer, at værdien af salget af ramipril overvurderes. Ud over at Kommissionen ikke foretog nogen alternativ analyse af det relative salg af de forskellige konverteringsenzymhæmmere, fremgår det imidlertid af præmis 1494 og 1498 ovenfor, at perindopril i januar 2000 i samtlige lande havde en langt mindre patientgruppe end andre konverteringsenzymhæmmere såsom ramipril, enalapril eller lisinopril. Uafhængigt af det geografiske

marked var Serviers perindopril aldrig førende blandt konverteringsenzymhæmmere med hensyn til salg af tabletter og kapsler i den periode, hvor den i den anfægtede afgørelse omhandlede praksis fandt sted.

- 1606 Med hensyn til økonomiske afkast fastslog Kommissionen, at Servier opnåede betydelige økonomiske afkast. Kommissionen betegnede de økonomiske afkast som særligt store og vedvarende overskud set i forhold til de overskud, der ville forekomme på et konkurrencepræget marked for det pågældende produkt. Den fastlagde de afkast, som Servier havde opnået inden de generiske produkters fremkomst, ved at multiplicere differencen mellem priserne før og efter de generiske produkters fremkomst med de mængder, som originalmedicinproducenten havde solgt. Dette ræsonnement forudsætter imidlertid, at markedet kun omfatter originalt og generisk perindopril, og at der som følge heraf ikke fandtes et konkurrencepræget marked inden fremkomsten af generisk perindopril. Da Kommissionen ikke har påvist, at markedet kun omfattede originalt og generisk perindopril, kunne den ikke fastlægge omfanget af Serviers økonomiske afkast på grundlag af en sådan beregning. Det er under disse omstændigheder ikke godtgjort, at Servier opnåede betydelige økonomiske afkast.
- 1607 Den fejlagtige markedsafgrænsning rejser således tvivl om Kommissionens vurdering af to vigtige aspekter af dens ræsonnement, nemlig markedsandelene og forekomsten af økonomiske afkast. Det må som følge heraf, uden at det er nødvendigt at undersøge eventuelle barrierer for markedsadgang og de offentlige myndigheders modstående købermagt, fastslås, at Kommissionen under alle omstændigheder ikke ud fra de anførte grunde kunne konkludere, at Servier besad en dominerende stilling og var i stand til at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenter, kunder og forbrugere.
- 1608 Det foreliggende anbringende om, at der ikke forekom en dominerende stilling på færdigvaremarkedet, må derfor tages til følge.

14. Den retlige fejl og det urigtige skøn vedrørende forekomsten af en dominerende stilling på markedet for teknologi

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- 1611 Kommissionen anførte i 2667. og 2758. betragtning til den anfægtede afgørelse, at det relevante teknologimarked kun omfattede teknologien til fremstilling af det aktive stof i perindopril, og at Servier indtog en dominerende stilling på dette marked som omhandlet i artikel 102 TEUF.
- 1612 Sagsøgerne har anfægtet Kommissionens konklusioner og bl.a. gjort gældende, at de fejl, som Kommissionen begik ved afgrænsningen af færdigvaremarkedet, ligeledes berører afgrænsningen af markedet for teknologi og analysen af Serviers dominerende stilling på dette marked.
- 1613 I retsmødet adspurgte Retten i denne forbindelse parterne om, hvilke konsekvenser der burde drages vedrørende afgørelsens lovlighed, for så vidt som den er baseret på artikel 102 TEUF, såfremt anbringendet om urigtig afgrænsning af færdigvaremarkedet tages til følge.

- 1614 Kommissionen anførte, at en eventuel fejl i forbindelse med afgrænsningen af færdigvaremarkedet ikke rejste tvivl om Serviers dominerende stilling på markedet for teknologi. Kommissionen gjorde gældende, at påvisningen af Serviers dominerende stilling var baseret på vurderingen af en række relevante kriterier, bl.a. efterspørgslen efter det aktive stof i perindopril, som ikke beror på afgrænsningen af færdigvaremarkedet.
- 1615 Med hensyn til afgrænsningen af markedet for teknologi fremgår det af den anfægtede afgørelse, at Kommissionens konklusion om, at det relevante marked for teknologi var markedet for teknologi til fremstilling af det aktive stof i perindopril, bl.a. var støttet på den omstændighed, at færdigvaremarkedet, der var vertikalt forbundet med markedet for teknologi, kun omfattede originalt og generisk perindopril. Efter dens opfattelse er efterspørgslen efter teknologi til fremstilling af det aktive stof således afledt af efterspørgslen efter færdigfremstillet perindopril (2648.-2651. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen anvendte således den fejlagtige afgrænsning af det relevante marked, som den havde foretaget for færdigvaremarkedet, i forbindelse med sin analyse af markedet for teknologi, navnlig med hensyn til vurderingen af efterspørgslen på det sidstnævnte marked.
- 1616 Som Kommissionen har gjort gældende, tog den imidlertid også hensyn til andre omstændigheder ved afgrænsningen af markedet for teknologi, hvor den bl.a. undersøgte muligheden for udbudssubstitution (2657. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse).
- 1617 I det foreliggende tilfælde er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til, om afgrænsningen af markedet for teknologi var fejlagtig eller ej, for at vurdere anbringendet om fejl i forbindelse med Kommissionens påvisning af, at Servier havde en dominerende stilling på dette marked.
- 1618 Det fremgår nemlig af 2668. og 2669. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen fastslog, at Servier indtog en dominerende stilling på markedet for teknologi, ud fra den måde, hvorpå denne dominans manifesterede sig på færdigvaremarkedet.
- 1619 Kommissionen vurderede især Serviers stilling på markedet for teknologi til fremstilling af det aktive stof ved i 2735. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse at støtte sig på Serviers markedsandele på færdigvaremarkedet. Kommissionen angav udtrykkeligt i 2738. betragtning til den anfægtede afgørelse, at markedsandelen for teknologi til fremstilling af aktive stoffer i bund og grund afhang af, om det færdige lægemiddel kunne markedsføres på en bæredygtig måde eller ej. I 2743., 2746., 2751. og 2755. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen således, at Servier med visse undtagelser var den eneste virksomhed, der markedsførte perindopril, hvoraf den udledte, at Servier indtog en dominerende stilling på markedet for perindoprilteknologi. Ifølge Kommissionens analyse afspejler Serviers stilling på upstream-markedet med hensyn til markedsandele derfor i det væsentlige Serviers stilling på færdigvaremarkedet.
- 1620 Det følger heraf, at Kommissionen hovedsageligt støttede sig på afgrænsningen af færdigvaremarkedet, da den konkluderede, at Servier havde en dominerende stilling på markedet for teknologi.
- 1621 Da afgrænsningen af færdigvaremarkedet var fejlagtig, kunne Kommissionen ikke på dette grundlag påvise, at Servier indtog en dominerende stilling på markedet for teknologi.
- 1622 Henset til det ovenfor anførte må anbringendet om fejl i forbindelse med Kommissionens påvisning af, at Servier havde en dominerende stilling på markedet for teknologi, tages til følge, uden at det er nødvendigt at tage stilling til sagsøgernes klagepunkt om den fejlagtige afgrænsning af det nævnte marked.

15. De retlige og faktiske fejl vedrørende forekomsten af et misbrug af dominerende stilling

a) Parternes argumenter

[udelades]

b) Rettens bemærkninger

- ¹⁶²⁵ Kommissionen anførte i 2997. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Serviers strategi med både at overtage teknologien for det aktive stof i perindopril og at indgå patentforligsaftaler mod omvendt betaling udgjorde en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 102 TEUF.
- ¹⁶²⁶ Henset til alle de betragtninger, der er anført som svar på de tre foregående anbringender, må det imidlertid konkluderes, at de fejl, som Kommissionen begik i forbindelse med undersøgelsen af Serviers dominerende stilling på færdigvaremarkedet og på markedet for teknologi, nødvendigvis rejser tvivl om, hvorvidt der forekom et misbrug af dominerende stilling. Hvis der ikke foreligger en dominerende stilling, er spørgsmålet om misbrug af denne stilling nemlig ikke længere relevant.
- ¹⁶²⁷ Retten bemærker for fuldstændighedens skyld, at den omstændighed, at Servier ikke havde en dominerende stilling på færdigvaremarkedet, i sig selv rejser tvivl om forekomsten af det misbrug af dominerende stilling, som Servier blev foreholdt i den anfægtede afgørelse.
- ¹⁶²⁸ I retsmødet adspurgte Retten som nævnt i præmis 1613 ovenfor i denne forbindelse parterne om, hvilke konsekvenser der burde drages om forekomsten af en overtrædelse af artikel 102 TEUF, hvis anbringendet om urigtig afgrænsning af færdigvaremarkedet tages til følge.
- ¹⁶²⁹ Kommissionen gjorde i denne forbindelse gældende, at selv om Retten påtaler afgrænsningen af færdigvaremarkedet, rejser dette ikke tvivl om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af artikel 102 TEUF. Den forklarede bl.a., at de to ulovlige handlinger, som er omfattet af det misbrug af dominerende stilling, der foreholdes Servier, dvs. overtagelsen af Azads teknologi og rækken af patentforligsaftaler med generikaproducerende selskaber, var knyttet til markedet for teknologi.
- ¹⁶³⁰ Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen fastslog, at der forekom et misbrug af dominerende stilling, som i det væsentlige ifølge ordlyden af 2765. betragtning til den anfægtede afgørelse skulle beskytte Serviers stilling på markedet for perindopril mod enhver introduktion af generiske produkter med det formål at beskytte Serviers indtægter fra perindopril. Kommissionen gjorde således gældende, at Servier havde begået en samlet og vedvarende overtrædelse, hvis primære formål var at beskytte Serviers stilling og indtægter på færdigvaremarkedet for perindopril ved at forhale introduktionen af generiske produkter. Med henblik på at beskrive og karakterisere den praksis, som Servier blev foreholdt, støttede Kommissionen sig således på denne virksomheds vilje til at forsvare sin stilling på færdigvaremarkedet.
- ¹⁶³¹ Kommissionen, som i det væsentlige karakteriserede denne praksis med henvisning til færdigvaremarkedet, kvalificerede i øvrigt de pågældende omstændigheder som en samlet og vedvarende overtrædelse, der både omfattede upstream-markedet for teknologi og færdigvaremarkedet. Selv om der i den anfægtede afgørelse – som Kommissionen har anført – sondres mellem en praksis med overtagelse af Azads teknologi og en praksis med forligsaftaler, foretages der derimod i forbindelse med den samlede og vedvarende overtrædelse ingen sondring mellem de af Serviers handlinger, der kun vedrørte markedet for teknologi, og Serviers øvrige handlinger, som var baseret på, at Servier besad en dominerende stilling på færdigvaremarkedet. I den anfægtede afgørelse kvalificeres hverken den praksis, der vedrørte overtagelsen af Azads teknologi, eller den praksis, der vedrørte patentforligsaftalerne, som overtrædelser af artikel 102 TEUF, alene fordi Servier besad en dominerende stilling på markedet for teknologi. Da Servier ikke har en dominerende

stilling på færdigvaremarkedet, savnes en af de vigtigste grunde til at påvise, at der foreligger en samlet og vedvarende overtrædelse, uden at det er muligt at identificere en særskilt adfærd fra Serviers side, hvis retsstridige karakter ikke afhænger, om virksomheden har en dominerende stilling på markedet for perindopril, og som alene vedrører markedet for teknologi.

1632 Det foreliggende anbringende må derfor tages til følge.

1633 Det fremgår af undersøgelsen af de foregående fire anbringender, at den anfægtede afgørelse må annulleres delvist, for så vidt som det fastslås, at der foreligger en overtrædelse af artikel 102 TEUF. Denne afgørelses artikel 6 må som følge heraf annulleres.

16. De subsidiære påstande om ophævelse eller nedsættelse af bøderne

1634 Sagsøgerne har nedlagt påstand om, at de bøder, som de er blevet pålagt, ophæves eller nedsættes.

1635 Sagsøgerne har med henblik på at få ophævet eller nedsat disse bøder fremført syv anbringender, som skal undersøges enkeltvis.

1636 For at tage hensyn til annullationen af den anfægtede afgørelses artikel 4, for så vidt som Kommissionen heri konstaterede, at sagsøgerne deltog i en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF i forbindelse med aftalerne mellem Servier og Krka (jf. ovenstående afsnit om aftalerne med Krka), er det indledningsvis nødvendigt at annullere den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 4, litra b), hvorved Kommissionen pålagde Servier en bøde på 37 661 800 EUR for denne overtrædelse.

1637 Henset til denne annullation er det ikke nødvendigt at undersøge, om der er grundlag for de anbringender og klagepunkter, som er fremført til støtte for de påstande vedrørende bøden, der er nævnt i præmis 1636 ovenfor.

1638 Tilsvarende er det for at tage hensyn til annullationen af den anfægtede afgørelses artikel 6, hvorved Kommissionen konstaterede, at der var begået en overtrædelse af artikel 102 TEUF (jf. ovenstående afsnit om afgrænsningen af det relevante marked, forekomsten af en dominerende stilling på de to relevante markeder og misbrug af dominerende stilling), nødvendigt at annullere den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 6, hvorved Kommissionen pålagde Servier en bøde på 41 270 000 EUR for denne overtrædelse.

1639 Henset til denne annullation er det ikke nødvendigt at undersøge, om der er grundlag for de anbringender og klagepunkter, som er fremført til støtte for de påstande vedrørende bøden, der er nævnt i præmis 1638 ovenfor.

1640 Som følge heraf vil de klagepunkter eller argumenter, der vedrører aftalerne med Krka eller misbruget af dominerende stilling, i princippet ikke blive undersøgt eller nævnt nedenfor. Når de undtagelsesvis undersøges, sker det for fuldstændighedens skyld.

a) Argumentet om, at den fortolkning, der blev anlagt i den anfægtede afgørelse, var uforudsigelig

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

- ¹⁶⁵⁵ Det bør indledningsvis fremhæves, at den effektive straf for overtrædelser på konkurrencerettens område ikke må tilsidesætte det princip om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, der er fastsat i artikel 49 i chartret om grundlæggende rettigheder (jf. analogt vedrørende strafferetlige sanktioner og medlemsstaternes forpligtelse til at bekæmpe ulovlige aktiviteter, der skader Unionens finansielle interesser, dom af 5.12.2017, M.A. S. og M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, præmis 61).
- ¹⁶⁵⁶ Princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, kræver i henhold til Domstolens praksis, at loven klart skal definere overtrædelserne og den straf, de medfører. Denne betingelse er opfyldt, når borgerne ud fra den relevante bestemmelses ordlyd og, om fornødent, ved hjælp af retternes fortolkning heraf kan vide, hvilke handlinger og undladelser der medfører strafansvar (jf. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).
- ¹⁶⁵⁷ Princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, kan ikke fortolkes således, at det forbyder en gradvis klarlægning af reglerne om straffeansvar, ved at domstolene fortolker reglerne fra sag til sag, forudsat at resultatet med rimelighed kunne forudses på det tidspunkt, da overtrædelser blev begået, navnlig henset til den på dette tidspunkt i retspraksis anlagte fortolkning af den pågældende lovbestemmelse (jf. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).
- ¹⁶⁵⁸ Rækkevidden af begrebet om, hvad der kunne forudses, afhænger 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, en bestemt handling vil kunne have. Dette gælder særlig 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. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- ¹⁶⁵⁹ Det skal tilføjes, at det synes så meget desto mere åbenlyst at søge faglig bistand, når der som i det foreliggende tilfælde er tale om forberedelse og affattelse af aftaler, som skal forhindre tvister eller bilægge dem i mindelighed.
- ¹⁶⁶⁰ Selv hvis Unionens retsinstanser på tidspunktet for de overtrædelser, der blev fastslået i den omtvistede afgørelse, endnu ikke havde haft anledning til at tage specifikt stilling til en forligsaftale som dem, der blev indgået af Servier, burde selskabet i denne sammenhæng, om fornødent efter at have søgt faglig bistand, have forventet, at dets adfærd kunne være uforenelig med EU-rettens konkurrenceregler, bl.a. henset til den brede betydning af begreberne »aftale« og »samordnet praksis«, som følger af Domstolens praksis (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 43).
- ¹⁶⁶¹ Servier kunne navnlig formode, at selskabet ved at tilskynde generikaproducerende selskaber til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der i sig selv var konkurrencebegrænsende, fratog indsættelsen af sådanne klausuler i en patentforligsaftale enhver legitimitet. En sådan indsættelse var nemlig ikke længere støttet på aftaleparternes anerkendelse af patentets gyldighed og udgjorde således en usædvanlig anvendelse af patentet, som ikke havde forbindelse med dets konkrete formål (jf. præmis 267 ovenfor). Servier kunne således med rimelighed forudse, at selskabet udviste en adfærd, der var omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 46, og af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 764).

- 1662 Som Retten allerede har bemærket, var der i øvrigt længe før indgåelsen af den omtvistede aftale i retspraksis taget stilling til anvendelsen af konkurrenceretten på områder, der er kendetegnet ved tilstedeværelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:460, præmis 314 og 315).
- 1663 Domstolen har således siden 1974 fundet, at selv om de rettigheder, der hjemles ved en medlemsstats lovgivning på området for industriel ejendomsret, ikke blev berørt i deres eksistens af artikel 101 TEUF, kunne betingelserne for udøvelsen heraf imidlertid falde ind under de forbud, som er indeholdt i denne artikel, og at dette kunne være tilfældet, når som helst udøvelsen af en sådan rettighed fremtrådte som formål med, middel til eller følge af en kartelaftale (dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 39 og 40).
- 1664 Desuden har det siden dom af 27. september 1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), stået klart, at forlig i patenttvister kan kvalificeres som aftaler i artikel 101 TEUF's forstand.
- 1665 Det skal i øvrigt fremhæves, at Servier og de pågældende generikaproducerende selskaber med de omtvistede aftaler i virkeligheden besluttede at indgå aftaler om udelukkelse fra markedet (jf. bl.a. præmis 271, 562 og 704 ovenfor). Selv om det er korrekt, at Domstolen først i en dom afsagt efter indgåelsen af de omtvistede aftaler fastslog, at aftaler om udelukkelse fra markedet, hvori de tilbageblivende betaler erstatning til de udtrædende, udgør aftaler med konkurrencebegrænsende formål, har den imidlertid præciseret, at denne type aftaler er »åbenbart« i strid med den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 8 og 32-34). Ved indgåelsen af sådanne aftaler kunne Servier således ikke være ubekendt med sin adfærds konkurrencebegrænsende karakter.
- 1666 Selv om det, idet de omhandlede aftaler var blevet indgået i form af patentforlig, for en udefrakommende som Kommissionen eller jurister med særlig sagkundskab ikke forekom åbenbart, at disse aftaler var retsstridige, gælder det samme imidlertid ikke for aftaleparterne.
- 1667 Kommissionens eventuelle vanskeligheder ved at påvise en overtrædelse kunne i øvrigt i hvert fald i et vist omfang begrunde procedurens eller den anfægtede afgørelses længde.
- 1668 Konklusionen i præmis 1661 ovenfor kan ikke drages i tvivl af de øvrige argumenter, som sagsøgerne har fremført.
- 1669 For det første kan argumentet om, at Kommissionen har en praksis, hvor den undlader at pålægge bøder eller blot pålægger symbolske bøder, når den undersøger nye retsspørgsmål, ikke tiltrædes i det foreliggende tilfælde, eftersom Servier, selv om der blev rejst nye spørgsmål i den foreliggende sag, med rimelighed kunne forudse, at virksomheden ved at handle, som den gjorde, dvs. ved at betale generikaproducerende selskaber for, at de holdt sig uden for markedet, udviste en adfærd, der var omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. præmis 1661 ovenfor). Det bør i denne forbindelse fremhæves, at det af en af Kommissionens afgørelser, som sagsøgerne har henvist til, fremgår, at det ikke var »tilstrækkelig klart for [de pågældende], at deres adfærd udgjorde en overtrædelse«. Kommissionen stod således over for en situation, som var anderledes end situationen i den foreliggende tvist.
- 1670 Det fremgår i øvrigt af præmis 1665 ovenfor, at Servier i det foreliggende tilfælde ikke kunne være ubekendt med sin adfærds konkurrencebegrænsende karakter.

- 1671 Det fremgår under alle omstændigheder 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 (dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 773).
- 1672 For det andet bemærkes, at selv om sagsøgerne har henvist til, at der foreligger et juridisk responsum, som et af de pågældende generikaproducerende selskaber havde indhentet, og som er nævnt i 3074. betragtning til den anfægtede afgørelse, har de ikke fremlagt tilstrækkelige oplysninger til, at det på denne baggrund kan fastslås, at der forelå en reel usikkerhed om de omtvistede aftalers retsstridige karakter i forhold til EU-reglerne på konkurrenceområdet.
- 1673 For det tredje må sagsøgernes argument om, at den løsning, som Kommissionen valgte i den anfægtede afgørelse, strider mod de principper, der er fastsat i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, forkastes.
- 1674 Selv hvis det antages, at sagsøgerne dermed sigtede til en tilsidesættelse af punkt 209 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, fremgår det nemlig af dette punkt, at ikke-anfægtelsesklausuler »normalt« anses for at falde uden for artikel 101, stk. 1, TEUF. Henset til anvendelsen af dette udtryk udelukker denne bestemmelse således ikke, at indsættelsen af ikke-anfægtelsesklausuler under visse omstændigheder kan udgøre en overtrædelse af konkurrenceretten.
- 1675 Det fremgår desuden af punkt 209 i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler, at ikke-anfægtelsesklausuler kan falde uden for artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som »[s]elve formålet« med disse klausuler, som skal forhindre fremtidige tvister om intellektuelle ejendomsrettigheder, »består [...] i at bilægge eksisterende tvister og/eller forhindre tvister i fremtiden«.
- 1676 I et tilfælde som det foreliggende, hvor det er en omvendt betaling og ikke parternes manglende anerkendelse af patentets gyldighed, der har resulteret i indgåelsen af de omtvistede aftaler, kan det imidlertid ikke antages, at »selve formålet« med disse aftaler, som i virkeligheden er aftaler om markedsudelukkelse, der forfølger konkurrencebegrænsende formål, er »at bilægge eksisterende tvister og/eller forhindre tvister i fremtiden«.
- 1677 Der er i øvrigt i modsætning til det af sagsøgerne anførte intet, der tyder på, at den løsning, som Kommissionen valgte i den anfægtede afgørelse, var så uforudsigelig, at Kommissionen anså det for nødvendigt at ændre bestemmelserne i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler.
- 1678 Det fremgår ganske vist af punkt 243 i retningslinjerne fra 2014 om teknologioverførselsaftaler, at ikke-anfægtelsesklausuler kan falde ind under artikel 101, stk. 1, TEUF, hvis licensgiver ud over at meddele licens på teknologirettighederne giver licenstagere økonomisk eller anden form for incitament til at indvilge i ikke at anfægte gyldigheden af teknologirettighederne.
- 1679 Denne nye bestemmelse præciserer imidlertid blot de bestemmelser, der tidligere var indeholdt i retningslinjerne fra 2004 om teknologioverførselsaftaler.
- 1680 Hvad for det fjerde angår argumentet om, at der forekom modsigelser i den anfægtede afgørelse med hensyn til fortolkningen af begrebet potentiel konkurrence, skal der henvises til, at dette argument allerede er blevet forkastet, og til de betragtninger, der allerede er anført herom (jf. præmis 374-377 ovenfor).

1681 Det følger heraf, at anbringendet, for så vidt som det vedrører de overtrædelser, der blev fastslået i den anfægtede afgørelse med hensyn til artikel 101 TEUF, må forkastes.

b) Den retlige fejl vedrørende kumulation af bøderne

1682 Sagsøgerne har fremsat to klagepunkter, hvoraf det første vedrører forekomsten af en samlet overtrædelse, som omfatter alle de omtvistede forligsaftaler, der blev indgået af Servier, og som forhindrede Kommissionen i at pålægge Servier fem særskilte bøder, og det andet vedrører den omstændighed, at det var retsstridigt at sammenlægge den bøde, der blev pålagt i henhold til artikel 101 TEUF, med den bøde, der blev pålagt i henhold til artikel 102 TEUF.

1) Tilsidesættelsen af begrebet samlet overtrædelse

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

1685 Sagsøgerne har fremført to argumenter, der begge vedrører begrebet samlet overtrædelse, og hvoraf det ene vedrører forekomsten af en samlet overtrædelse, som omfatter alle de omtvistede forligsaftaler, der blev indgået af Servier, og det andet subsidiært vedrører forekomsten af en samlet overtrædelse, der omfatter Niche- og Matrix-aftalerne.

1686 Med hensyn til det første argument kunne Kommissionen, som det fremgår af præmis 1282 ovenfor, ikke fastslå, at Servier og de generikaproducerende selskaber havde et fælles mål og dermed en samlet plan.

1687 Når der ikke forelå et sådant fælles mål og en samlet plan, var Kommissionen ikke i stand til at konkludere, at der forelå en samlet overtrædelse. Den kunne derfor med rette pålægge Servier en særskilt bøde for hver af de konstaterede overtrædelser.

1688 Det kan således i modsætning af det af sagsøgerne anførte ikke anses for »urimeligt og uforholdsmæssigt«, at Kommissionen pålagde kumulative bøder i den anfægtede afgørelse, når den med rette havde konstateret, at der forelå særskilte overtrædelser.

1689 Det ville tværtimod have været urimeligt over for de generikaproducerende selskaber, hvis Servier ligesom dem kun var blevet pålagt én sanktion, selv om Servier til forskel fra dem havde deltaget i flere forskellige aftaler.

1690 Det gjorde i øvrigt principielt pålæggelsen af kumulative bøder endnu mindre uforholdsmæssig, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse (3128. betragtning) tog hensyn til, at Servier havde begået flere overtrædelser, som ganske vist var forskellige, men som vedrørte det samme produkt, nemlig perindopril, og hovedsageligt var begået i de samme geografiske områder og i de samme tidsrum. I denne særlige sammenhæng besluttede den for at undgå et potentielt uforholdsmæssigt resultat, at den for hver overtrædelse ville begrænse den del af værdien af Serviers afsætning, der skulle tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb. Den foretog således en korrektion, som indebar, at samtlige værdier af den afsætning, der vedrørte de forskellige overtrædelser af artikel 101 TEUF, i gennemsnit blev nedsat med 54,5%.

1691 Det foreliggende argument skal derfor forkastes.

- 1692 Hvad angår det specifikke argument vedrørende Niche- og Matrix-aftalerne, udgjorde disse aftaler, som det fremgår af betragtningerne i præmis 1295-1302 ovenfor, to særskilte overtrædelser af artikel 101 TEUF.
- 1693 Som nævnt i præmis 1296 ovenfor, kan det af analysen af baggrunden og vilkårene for disse aftaler imidlertid udledes, at Servier var drevet af de »samme motiver«, da selskabet indgik de omhandlede aftaler, og at det i denne forbindelse forfulgte det samme mål, nemlig at finde en endelig løsning på den igangværende tvist og at undgå enhver fremtidig tvist om Niches og Matrix' produkt samt at fjerne dette produkt som kilde til potentiel konkurrence mod et vederlag. Det frohold, at Servier faktisk forfulgte det samme mål, da selskabet indgik Niche- og Matrix-aftalerne, fremgår især af den omstændighed, at disse aftaler blev underskrevet den samme dag og på det samme sted af den samme repræsentant for sagsøgerne, den omstændighed, at de havde det samme tidsmæssige og geografiske anvendelsesområde, den omstændighed, at aftalerne bl.a. vedrørte det samme produkt og pålagde Niche og Matrix lignende forpligtelser, og endelig – hvilket er ubestridt – den omstændighed, at det var i Serviers interesse at indgå aftaler med de to aktører i det pågældende fælles perindopril-projekt.
- 1694 Selv om det ikke ud fra de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i præmis 1693 ovenfor, kan fastslås, at Niche og Matrix forfulgte det samme mål som led i en fælles plan ved at indgå de omhandlede aftaler, og heller ikke, at de deltog i denne fælles plan sammen med Servier, fremgår det, at Servier forfulgte det samme mål i forbindelse med indgåelsen af Niche- og Matrix-aftalerne (jf. præmis 1296-1301 ovenfor).
- 1695 De omhandlede aftalers skadelige virkninger var i øvrigt til dels knyttet til det produkt, som Niche og Matrix havde udviklet i fællesskab, og hvis markedsføring var forbudt i den samme periode og på det samme område. Der var således et betydeligt overlap mellem disse aftalers konkurrencebegrænsende virkninger.
- 1696 Henset til de omstændigheder, som er nævnt i de foregående præmisser, og som specifikt vedrører Niche- og Matrix-aftalerne og således adskiller dem fra Serviers forligsaftaler med andre generikaproducerende selskaber, må det konstateres, at Kommissionen med den nedsættelse, som den foretog i forbindelse med kumulationen af overtrædelser (jf. præmis 1690 ovenfor), eftersom den ikke behandlede Matrix-aftalen på en særlig måde, ikke i tilstrækkeligt omfang tog hensyn til de forbindelser, der var mellem denne aftale og Niche-aftalen.
- 1697 Den bøde, som Kommissionen fastsatte, afspejler heller ikke i passende grad den omstændighed, at overtrædelserne i forbindelse med Matrix-aftalen for så vidt angår Servier var mindre grov end overtrædelserne i forbindelse med Niche-aftalen, eftersom Servier indgik Matrix-aftalen for at understøtte Niche-aftalens virkninger (jf. præmis 1300 ovenfor), og den samlede værdioverførsel til Niche og Unichem, henset til Biogaran-aftalen, var større end den tilsvarende overførsel til Matrix.
- 1698 Retten bestemmer som følge heraf under udøvelse af sin fulde prøvelsesret og for at overholde proportionalitetsprincippet (jf. i denne retning dom af 4.9.2014, YKK m.fl. mod Kommissionen, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, præmis 66), at den bøde, som Servier blev pålagt for Matrix-aftalen, nedsættes med 30%, dvs. 23 736 510 EUR.
- 1699 Den bøde, som Servier blev pålagt for den i den anfægtede afgørelses artikel 2 nævnte overtrædelse, således som det følger af denne afgørelses artikel 7, stk. 2, litra b), fastsættes som følge heraf til 55 385 190 EUR i stedet for 79 121 700 EUR.

2) *Kumulationen af bøder i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF*

i) *Parternes argumenter*

[udelades]

ii) *Rettens bemærkninger*

1702 Henset til annullationen af den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 6 (jf. præmis 1638 ovenfor), skal Servier kun pålægges sanktioner i henhold til artikel 101 TEUF. Når der ikke foretages kumulation af sanktioner i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, er det under alle omstændigheder ikke nødvendigt at undersøge, om det foreliggende anbringende, som skal forkastes, er velbegrundet.

c) *Beregningen af afsætningens værdi*

1703 Sagsøgerne har støttet sig på tre forskellige klagepunkter, som skal undersøges hver for sig.

1) *Kommissionens hensyntagen til sygehusenes afsætning*

i) *Parternes argumenter*

[udelades]

ii) *Rettens bemærkninger*

1706 Det bemærkes, at sagsøgerne til støtte for det foreliggende klagepunkt har henvist til 2408.-2412. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen oplyste, at den udelukkede sygehussektoren fra sin markedsanalyse.

1707 2408.-2412. betragtning til den anfægtede afgørelse findes i den nævnte afgørelses afsnit 6.5, der omhandler vurderingen af Serviers dominerende stilling på færdigvaremarkedet.

1708 Kommissionen anførte i 2412. betragtning til den anfægtede afgørelse, at perindopril primært blev distribueret gennem detailhandelen, og at den afsætning, der fandt sted på sygehusene, således ikke kunne påvirke de samlede priser og mængder, der blev opnået i detailhandelen. Efter Kommissionens opfattelse var der følgelig ingen fare for, at konkurrencepresset fra sygehussektoren kunne forhindre Servier i at handle uafhængigt af ethvert konkurrencepres. Den udelukkede derfor sygehussektoren fra sin analyse af færdigvaremarkederne.

1709 Kommissionen præciserede i øvrigt i 2595. betragtning til den anfægtede afgørelse, at en virksomhed, der kan handle uafhængigt af konkurrencepresset, har en markedsstyrke.

1710 Det følger heraf, at Kommissionen havde til hensigt at udelukke sygehussektoren fra markedsanalysen, fordi denne del af markedet efter dens opfattelse ikke var relevant for afgørelsen af, om Servier var i besiddelse af en markedsstyrke eller ej.

1711 Ved undersøgelsen af de omtvistede aftaler i henhold til artikel 101 TEUF henviste Kommissionen til den anfægtede afgørelses afsnit 6.5 i analysen af den konkurrencebegrænsende virkning, hvor Serviers eventuelle markedsstyrke var interessant, hvilket bl.a. fremgår af 1397., 1503., 1656., 1847. og 2048.

betragtning til den anfægtede afgørelse og især af 1224. betragtning hertil, hvori Kommissionen anførte, at begrebet markedsstyrke var centralt for analysen af aftalernes konkurrencebegrænsende virkninger.

- 1712 Kommissionen havde derfor til hensigt at udelukke sygehussektoren fra analysen af den konkurrencebegrænsende virkning.
- 1713 I analysen af det konkurrencebegrænsende formål henviste Kommissionen ikke til den anfægtede afgørelses afsnit 6.5, og den tilkendegav på intet tidspunkt, at den udelukkede sygehussektoren fra sin analyse. En sådan udelukkelse var i øvrigt ikke interessant for Kommissionen, da den ikke behøvede at afgøre, om Servier havde en markedsstyrke eller ej, i forbindelse med analysen af det konkurrencebegrænsende formål.
- 1714 Kommissionen lagde i øvrigt til grund, at de omtvistede aftaler indeholdt konkurrencebegrænsende klausuler, da den fastslog, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål. Det var således disse klausuler og følgelig deres anvendelsesområde, der gjorde det muligt for Kommissionen at fastlægge det konkurrencebegrænsende formåls omfang. Hvad eksempelvis angår det geografiske område for det konkurrencebegrænsende formål, som Kommissionen fastslog for de enkelte aftaler, omfattede dette kun de medlemsstater, hvori de konkurrencebegrænsende klausuler var gældende, hvilket fremgår af tabel nr. 50 i 3134. betragtning til den anfægtede afgørelse.
- 1715 De ikke-markedsføringsklausuler, der fandtes i de omtvistede aftaler, udelukkede imidlertid ikke sygehussektoren fra deres anvendelsesområde. Selv hvis det er muligt at udelukke sygehussektoren i en ikke-anfægtelsesklausul, udelukkede de ikke-anfægtelsesklausuler, der fandtes i disse aftaler, heller ikke denne sektor fra deres anvendelsesområde.
- 1716 Det må i betragtning af det ovenfor anførte konkluderes, at Kommissionen ikke udelukkede sygehussektoren, da den fastslog, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål.
- 1717 Ved afgørelsen af, om sagsøgerne som følge af den tidligere nævnte udelukkelse af sygehussektoren fra analysen af den konkurrencebegrænsende virkning alligevel kunne få nedsat de bøder, der blev pålagt i henhold til artikel 101 TEUF, skal det sikres, at Kommissionens hensyntagen til den konkurrencebegrænsende virkning, som den havde konstateret, ikke gjorde det muligt for den at pålægge Servier større sanktioner, end det konstaterede konkurrencebegrænsende formål i sig selv tillod den at gøre.
- 1718 Det skal herved bemærkes, at Kommissionen på intet tidspunkt i den anfægtede afgørelse anførte, at den udvidede overtrædelsens materielle, tidsmæssige eller geografiske anvendelsesområde i forhold til, hvad det konkurrencebegrænsende formål tillod den at gøre.
- 1719 Kommissionen fastslog tværtimod kun, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning i fire medlemsstater, nemlig Frankrig, Nederlandene, Polen og Det Forenede Kongerige, hvorimod den ved beregningen af bøden for de overtrædelser, der vedrørte Niche og Unichem, Matrix, Krka og Lupin, udvidede overtrædelsernes geografiske område til at omfatte alle de medlemsstater, hvor aftalerne var blevet anvendt.
- 1720 Det kan endvidere bemærkes, at Kommissionen kun undersøgte de omtvistede aftalers konkurrencebegrænsende virkninger subsidiært og »for fuldstændighedens skyld« (1213. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1721 Sagsøgerne har endelig selv anført, at beregningen af bøden »udelukkende er baseret på antagelsen om, at aftalerne havde konkurrencebegrænsende formål«.

- 1722 Kommissionens hensyntagen til den konkurrencebegrænsende virkning gjorde det således ikke muligt for den at pålægge Servier større sanktioner, end det konstaterede konkurrencebegrænsende formål i sig selv tillod den at gøre.
- 1723 Det følger heraf, at Kommissionen med rette undlod at udelukke sygehussektoren fra bødeberegningen for så vidt angik den del af bøden, der vedrørte artikel 101 TEUF.
- 1724 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende klagepunkt må forkastes.

2) Den utilstrækkelige begrundelse for beregningen af afsætningens værdi

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- 1727 Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis opfylder Kommissionen ved fastsættelsen af bødens størrelse i tilfælde af overtrædelse af konkurrencereglerne sin begrundelsespligt, når den i sin afgørelse angiver de hensyn, der har givet den grundlag for at bedømme overtrædelsens grovhed og dens varighed, uden at den er forpligtet til at angive de taloplysninger, der er anvendt ved beregningen af bøden (jf. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis).
- 1728 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne udelukkende rettet deres kritik mod den korrektionskoefficient, som Kommissionen anvendte på afsætningens værdi.
- 1729 I denne forbindelse anførte Kommissionen i 3128. betragtning til den anfægtede afgørelse, at eftersom Servier havde begået flere overtrædelser, som ganske vist var særskilte, men som vedrørte det samme produkt, nemlig perindopril, og hovedsageligt var begået i de samme geografiske områder og i de samme tidsrum, anvendte den en korrektionsfaktor, som for hver overtrædelse gjorde det muligt at begrænse den del af værdien af Serviers afsætning, der blev taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb. Den præciserede ligeledes, at denne korrektionsfaktor indebar, at afsætningens værdi i gennemsnit for hver af de fem overtrædelser af artikel 101 TEUF blev nedsat med 54,5%.
- 1730 Henset til den retspraksis, der er nævnt i præmis 1727 ovenfor, og den omstændighed, at anvendelsen af den pågældende korrektionskoefficient, selv om den ikke er foreskrevet i retningslinjerne for beregning af bøder, er en foranstaltning, der kommer sagsøgerne til gode, begrundede Kommissionen således sin afgørelse tilstrækkeligt, og det berører ikke denne konklusion, at sagsøgerne ikke var i stand til at gentage alle de beregninger, som havde resulteret i dels den ovenfor nævnte sats på 54,5%, dels de bøder, der i sidste ende blev fastsat for de enkelte overtrædelser af artikel 101 TEUF.
- 1731 Det bemærkes, at Kommissionen – efter en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten havde iværksat for i givet fald at fremme udøvelsen af dens fulde prøvelsesret – ganske vist fremsendte mere præcise oplysninger om de beregninger, som den havde foretaget for at fastsætte den ovenfor nævnte sats på 54,5% og de bøder, der i sidste ende blev fastsat for de enkelte overtrædelser af artikel 101 TEUF, og at disse oplysninger gav Retten og sagsøgerne en bedre forståelse af, hvordan Kommissionen havde fastsat denne sats og disse bøder.
- 1732 Den omstændighed, at der efterfølgende under retssagen fremsendes mere præcise oplysninger om beregningen af en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne, kan imidlertid ikke godtgøre, at den anfægtede afgørelse i denne henseende var behæftet med en utilstrækkelig begrundelse. Præciseringer, der foretages af den institution, der har truffet en anfægtet afgørelse, som supplement til en

begrundelse, der allerede i sig selv er tilstrækkelig, er nemlig strengt taget uden betydning ved afgørelsen af, om begrundelsespligten er opfyldt, selv om de kan være nyttige i forbindelse med den interne kontrol af betragtningerne til afgørelsen, der foretages af Unionens retsinstanser, idet de giver institutionen mulighed for at uddybe de grunde, der danner grundlag for afgørelsen (jf. i denne retning dom af 16.11.2000, Weig mod Kommissionen, C-280/98 P, EU:C:2000:627, præmis 45).

1733 I modsætning til det af sagsøgerne anførte er den delvise nedsættelse, der blev foretaget ved hjælp af en korrektionskoefficient, i øvrigt, som det fremgår af svaret på anbringendet om forekomsten af en samlet og vedvarende overtrædelse, begrundet i den omstændighed, at de omhandlede aftaler ikke udgør en samlet overtrædelse, men særskilte overtrædelser, for hvilke Kommissionen med rette kunne pålægge særskilte bøder.

1734 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende klagepunkt må forkastes.

3) *Det geografiske område for afsætningens værdi*

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

1738 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse og navnlig i tabel nr. 50, der findes i 3134. betragtning hertil, fastlagde det geografiske område for overtrædelserne af artikel 101 TEUF forkert, dels fordi patent 947 først blev udstedt i Polen, efter at alle overtrædelserne var ophørt, dels fordi Bulgarien, Den Tjekkiske Republik, Estland, Cypern, Letland, Litauen, Ungarn, Malta, Polen, Rumænien, Slovenien, Slovakiet og Finland ikke var omfattet af patent 939-941.

1739 Det skal præciseres, at ovennævnte tabel nr. 50 viser tidspunkterne for de enkelte overtrædelsers begyndelse og ophør for hver medlemsstat.

1740 Det bemærkes indledningsvis, at overtrædelserne vedrørende Teva ikke vil indgå i Rettens vurdering. Denne overtrædelse vedrører nemlig kun Det Forenede Kongerige. Ingen af sagsøgernes argumenter vedrører denne medlemsstat. De har derfor ingen betydning for denne overtrædelses geografiske område.

1741 Med hensyn til de øvrige overtrædelser skal det bemærkes, at de enkelte overtrædelsers anvendelsesområde – bl.a. i geografisk henseende – nødvendigvis afhænger af anvendelsesområdet for de ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der var indeholdt i den pågældende aftale. Det er nemlig disse klausuler, der begrænser konkurrencen, og som, når de ikke er lovlige, følgelig er tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår til, at de kan kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 270 ovenfor).

1742 Sagsøgerne nøjes i denne forbindelse med af den omstændighed, at der mangler et eller flere patenter i en given medlemsstat, at udlede, at der slet ikke foreligger nogen overtrædelse for denne medlemsstat, uden at sondre mellem overtrædelserne og hvad angår den enkelte overtrædelse uden at sondre mellem de potentielt forskellige virkninger, som et manglende patent har for ikke-markedsføringsklausulens og ikke-anfægtelsesklausulens geografiske rækkevidde.

1743 Sagsøgerne har således hverken præciseret eller nævnt, hvilke konsekvenser en uoverensstemmelse mellem ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulens respektive geografiske områder kan have for vurderingen af overtrædelsens grovhed.

- 1744 Sagsøgernes argumentation sigter derfor blot mod at udelukke, at der foreligger en overtrædelse for en given medlemsstat.
- 1745 Det er imidlertid tilstrækkeligt, at ikke-markedsføringsklausulen eller ikke-anfægtelsesklausulen er blevet anvendt i en medlemsstat i en bestemt periode, for at Kommissionen med rette kan inkludere denne medlemsstat i denne overtrædelses geografiske område for den pågældende periode.
- 1746 Det anbringende, som sagsøgerne har gjort gældende, kan derfor kun tiltrædes, for så vidt som det understøtter konklusionen om, at hverken ikke-markedsføringsklausulen eller ikke-anfægtelsesklausulen fandt anvendelse i en given medlemsstat i en periode, hvor Kommissionen ikke desto mindre havde fastslået, at der forelå en overtrædelse i denne medlemsstat.
- 1747 Det er nødvendigt først at undersøge ikke-markedsføringsklausulens geografiske anvendelsesområde for samtlige aftaler ud over Teva-aftalen baseret på sagsøgernes forskellige argumenter.
- 1748 Sagsøgerne har fremsat to argumenter, hvoraf det ene vedrører patent 947, og det andet vedrører patent 339, 340 og 341.
- 1749 For så vidt angår Lupin-aftalen bestemmes det i artikel 1.6, at Lupin ikke må sælge »produktet« i nogen medlemsstat. Ved udtrykket »produkt« forstås bl.a. lægemidler, der indeholder erbumin. I denne aftale er ikke-markedsføringsklausulen derfor ikke betinget af, at der foreligger et patent, dvs. patent 947 eller patent 339, 340 og 341. Den gjaldt således for alle medlemsstater, uden at det er nødvendigt at afgøre, om de netop nævnte patenter fandtes i hver enkelt medlemsstat på overtrædelsestidspunktet. Da Kommissionen ikke fastlagde overtrædelsens geografiske område forkert for så vidt angår ikke-markedsføringsklausulen, kan sagsøgernes anbringende således forkastes, for så vidt som det vedrører Lupin-aftalen (jf. præmis 1741-1746 ovenfor).
- 1750 Hvad angår Niche- og Matrix-aftalerne og forligsaftalen med Krka er ikke-markedsføringsklausulens rækkevidde imidlertid betinget af, at Serviers patenter er til stede. Sagsøgernes argumenter kan derfor med rette gøres gældende.
- 1751 Der skal for det første ses på argumentet vedrørende patent 947.
- 1752 Sagsøgerne har anført, at dette patent ikke var blevet udstedt i Polen på overtrædelsestidspunktet.
- 1753 Med hensyn til forligsaftalen med Krka (jf. præmis 1636, 1637 og 1640 ovenfor), som er angivet i tabel nr. 50 i 3134. betragtning til den anfægtede afgørelse, der ikke er anfægtet på dette punkt, fastslog Kommissionen under alle omstændigheder ikke, at der forelå en overtrædelse vedrørende Polen. Det er derfor ligegyldigt, om denne medlemsstat var omfattet af patent 947 eller ej i overtrædelsesperioden.
- 1754 Med hensyn til Niche-aftalen finder den ikke-markedsføringsklausul, der er fastsat i artikel 3, anvendelse i de lande, hvor der bl.a. findes en »alfa-patentret«, hvilket ifølge artikel 1, nr. ii), der er indeholdt i afdeling 1 med overskriften »Definitioner«, omfatter patent 947 og alle tilsvarende patenter eller patentansøgninger.
- 1755 Hvad tilsvarende angår Matrix-aftalen finder den ikke-markedsføringsklausul, der er fastsat i artikel 1, anvendelse på »området«, dvs. i alle de lande, hvor der bl.a. findes en »alfa-patentret«, hvilket ifølge artikel 1, nr. ii), der er indeholdt i afdeling 1 med overskriften »Definitioner«, omfatter patent 947 og alle tilsvarende patenter eller patentansøgninger.
- 1756 Som det fremgår af 120. betragtning til og af fodnote 155 i den anfægtede afgørelse, er det imidlertid ubestridt, at Servier havde indgivet en ansøgning om patent på »den alfakrystallinske form af perindopril-erbumin (svarende til patent 947)« i Polen den 6. juli 2001.

- 1757 Sagsøgernes argument vedrørende patent 947 (jf. præmis 1752 ovenfor) må som følge heraf forkastes for så vidt angår Niche- og Matrix-aftalerne.
- 1758 Det følger heraf, at dette argument må forkastes for samtlige aftaler.
- 1759 Der skal for det andet ses på sagsøgernes argument vedrørende patent 339, 340 og 341.
- 1760 Sagsøgerne har anført, at Bulgarien, Den Tjekkiske Republik, Estland, Cypern, Letland, Litauen, Ungarn, Malta, Polen, Rumænien, Slovenien, Slovakiet og Finland ikke var omfattet af de pågældende patenter på overtrædelsestidspunktet.
- 1761 For så vidt angår forligsaftalen med Krka er det under alle omstændigheder tilstrækkeligt at bemærke (jf. præmis 1636, 1637 og 1640 ovenfor), at ikke-markedsføringsklausulens rækkevidde ikke er betinget af, at patent 339-341 foreligger. Det er derfor ligegyldigt, at disse patenter ikke var udstedt, eller at der ikke var indgivet en ansøgning herom, i hver af de medlemsstater, for hvilke sagsøgerne har anført, at disse patenter ikke fandt anvendelse.
- 1762 For så vidt angår Niche- og Matrix-aftalerne finder ikke-markedsføringsklausulen i disse aftaler anvendelse i de lande, hvor patent 339-341 »og/eller« patent 947 findes, hvilket fremgår af Niche-aftalens artikel 3 samt af Matrix-aftalens afdeling 1, artikel 1, nr. xiii), og samme aftales afdeling 2, artikel 1.
- 1763 Hvis der ses bort fra argumentet vedrørende Polen, som allerede er blevet forkastet ovenfor, har sagsøgerne ikke gjort gældende og heller ikke godtgjort, at patent 947 ikke fandtes i en af de medlemsstater, der er nævnt i præmis 1760 ovenfor.
- 1764 Da sagsøgerne har indgående kendskab til aftalernes anvendelsesområde, eftersom de selv har været med til at udarbejde dem, tilkom det dem at fremlægge beviser for, at patentet ikke fandtes, eller i hvert fald at gøre gældende, at dette var tilfældet.
- 1765 Selv hvis det antages, at de medlemsstater, der er nævnt i præmis 1760 ovenfor, ikke var omfattet af patent 339, 340 og 341, gjorde denne omstændighed det således, henset til sagsøgernes argumentation, ikke muligt at konkludere, at de ikke-markedsføringsklausuler, der var indeholdt i Niche- og Matrix-aftalerne, ikke fandt anvendelse i disse medlemsstater, eftersom sagsøgerne ikke har bestridt, at de var omfattet af patent 947.
- 1766 Det følger heraf, at de argumenter og beviser, som sagsøgerne har fremført, ikke gør det muligt at konkludere, at Kommissionen fastlagde overtrædelsens geografiske område fejlagtigt for så vidt angår ikke-markedsføringsklausulen.
- 1767 Henset til betragtningerne i præmis 1741-1746 ovenfor kan det foreliggende anbringende forkastes, uden at det er nødvendigt at afgøre, om Kommissionen havde fastlagt overtrædelsens geografiske omfang forkert for så vidt angår ikke-anfægtelsesklausulen.

d) Overtrædelsernes grovhed

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

- 1784 Der skal for det første ses på sagsøgernes klagepunkt om den manglende konkurrencebegrænsende hensigt.
- 1785 Sagsøgerne har reelt rettet deres kritik mod 3064. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen blot konstaterede, at de pågældende overtrædelser var blevet begået forsætligt eller uagtsomt, hvilket som fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 indebar, at den kunne pålægge de pågældende virksomheder bøder.
- 1786 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 i denne forbindelse af retspraksis, at denne betingelse er opfyldt, når den pågældende virksomhed ikke kan være uvidende om, at dens adfærd er konkurrencebegrænsende (dom af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 37, af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 156, og af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 762).
- 1787 Det fremgår imidlertid af undersøgelsen af de forskellige omtvistede aftaler (med undtagelse af aftalerne med Krka), at Servier betalte generikaproducerende selskaber for, at de holdt sig uden for markedet. Servier kunne derfor ikke være uvidende om, at en sådan adfærd var konkurrencebegrænsende. Udelukkelsen af konkurrenter fra markedet udgør nemlig en ekstrem form for markedsopdeling og begrænsning af produktionen (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 435), som ifølge retspraksis er »åbenbart« retsstridig (jf. præmis 1665 ovenfor).
- 1788 Selv om de omhandlede aftaler var blevet indgået i form af patentforligsaftaler, og det derfor ikke var indlysende for en udefrakommende, at disse aftaler var retsstridige, gjaldt det samme ikke for parterne i disse aftaler (jf. præmis 1666 ovenfor).
- 1789 Det må imidlertid konstateres, at de omtvistede aftaler med undtagelse af aftalerne med Krka forfulgte konkurrencebegrænsende formål.
- 1790 Hvis det – som det er tilfældet for de omtvistede aftaler – er en omvendt betaling og ikke den omstændighed, at parterne har anerkendt patentets gyldighed, der fører til indgåelsen af en forligsaftale, dvs. når det generikaproducerende selskab er blevet tilskyndet til at underkaste sig ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, er de konkurrencebegrænsninger, som disse klausuler medfører, nemlig ikke længere forbundet med den mindelige bilæggelse af en patenttvist, uanset om denne er reel eller fiktiv. Det er således tilskyndelsen og ikke aftaleparternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed, der er den egentlige årsag til de konkurrencebegrænsninger, som disse klausuler medfører. I et sådant tilfælde kan denne aftale samlet set med rette betragtes som en aftale om udelukkelse fra markedet, som forfølger konkurrencebegrænsende formål.
- 1791 Det er således fastslået, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, og det har i denne forbindelse ingen betydning, om Servier indgik aftaler med samtlige generikaproducerende selskaber, der anfægtede dette selskabs patenter, om det stod bag aftalerne, og om de omhandlede aftaler var hemmelige.
- 1792 Der tages imidlertid hensyn til disse omstændigheder i forbindelse med nedenstående undersøgelse af, om de satser, som Kommissionen anvendte, var uforholdsmæssige.
- 1793 For det andet skal der ses på sagsøgernes klagepunkt om, at Kommissionen ikke tog hensyn til forekomsten af Serviers patenter.

- 1794 Kommissionen var i denne forbindelse i modsætning til det af sagsøgerne anførte opmærksom på, at aftalerne vedrørte intellektuelle ejendomsrettigheder.
- 1795 Når det er fastslået, at der foreligger et incitament, skyldes den udelukkelse fra markedet, som aftalen medfører, nemlig ikke de pågældende patenters virkninger og deres lovlige anvendelse, bl.a. i forbindelse med et forlig, men en værdioverførsel, som udgør den finansielle modydelse for denne udelukkelse (jf. præmis 253-276 ovenfor).
- 1796 Det skal desuden fremhæves, at Kommissionen tog hensyn til betingelserne for konkurrencerettens anvendelse på intellektuelle ejendomsrettigheder og til formodningen om disse rettigheders gyldighed, eftersom den nøjedes med at kvalificere aftaler, der var udtryk for en usædvanlig anvendelse af patentet, for så vidt som de var støttet på et incitament og ikke på anerkendelsen af patentets gyldighed, som aftaler med konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 266 og 267 ovenfor).
- 1797 Det bemærkes endelig, at når det, således som det er tilfældet for alle de omtvistede aftaler med undtagelse af aftalerne med Krka, er fastslået, at der foreligger et incitament, kan parterne ikke længere som led i forliget påberåbe sig, at de anerkender patentets gyldighed. Den omstændighed, at patentets gyldighed bekræftes af en retsinstans eller en administrativ myndighed, er i denne henseende uden betydning. Det samme gælder for EPO's indsigelsesafdelings validering af patent 947 eller Det Forenede Kongeriges domstoles konklusioner til fordel for sagsøgerne (jf. præmis 269 ovenfor).
- 1798 Sagsøgernes argument om, at det vil være »paradoksalt og ulovligt« at lade overtrædelsernes varighed afhænge af længden og udfaldet af søgsmålene vedrørende Serviers patenter, må i øvrigt forkastes.
- 1799 Varigheden af de overtrædelser, der foreholdes sagsøgerne, afhænger nemlig af det tidsmæssige anvendelsesområde for ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne i de omtvistede aftaler, som igen afhænger af forekomsten af Serviers patenter og dermed af udfaldet af de procedurer, der har til formål at anfægte disse patenter.
- 1800 Det bør tilføjes, at Servier heller ikke kan bestride, at der er en forbindelse mellem længden af de søgsmål, der omhandler dets patenter, og overtrædelsernes varighed, eftersom den sammenhæng, som er beskrevet i præmis 1799 ovenfor, og som viser en sådan forbindelse, følger af aftaleklausuler, som Servier selv var med til at udarbejde.
- 1801 Der skal for det tredje ses på sagsøgernes klagepunkt om, at overtrædelserne ikke har haft konkret indvirkning på markedet.
- 1802 I denne forbindelse skal det for det første bemærkes, at ifølge artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 skal der ved fastlæggelse af bødens størrelse tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, uden at det specificeres, at overtrædelsen skal vurderes i forhold til de resultater, der faktisk er opnået på markedet (generaladvokat Mischos forslag til afgørelse, Mo och Domsjö mod Kommissionen, C-283/98 P, EU:C:2000:262, punkt 96).
- 1803 Det fremgår ganske vist af retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998, C 9, s. 3), at der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed bl.a. skal tages hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, når den kan måles.
- 1804 Et sådant krav findes imidlertid ikke i retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003.
- 1805 Det kan herved bemærkes, at den faktor, som kaldes »spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er blevet udmøntet i praksis eller ej«, og som er nævnt i punkt 22 i retningslinjerne for beregning af bøder, vedrører adfærden hos deltagerne i overtrædelsen og ikke dens virkninger på markedet.

- 1806 Kommissionen var som følge heraf ikke i henhold til retningslinjerne for beregning af bøder forpligtet til at tage hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet ved fastlæggelsen af den del af afsætningens værdi, der var baseret på overtrædelsens grovhed, i overensstemmelse med punkt 19-24 i retningslinjerne for beregning af bøder (jf. i denne retning dom af 14.3.2013, *Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen*, T-587/08, EU:T:2013:129, præmis 773-775, og af 16.6.2015, *FSL m.fl. mod Kommissionen*, T-655/11, EU:T:2015:383, præmis 539).
- 1807 For det andet fremgår det heller ikke af Unionens retspraksis, at Kommissionen skal tage hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet.
- 1808 Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder bl.a. sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (kendelse af 25.3.1996, *SPO m.fl. mod Kommissionen*, C-137/95 P, EU:C:1996:130, præmis 54, samt dom af 17.7.1997, *Ferriere Nord mod Kommissionen*, C-219/95 P, EU:C:1997:375, præmis 33, og 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, EU:C:2005:408, præmis 241).
- 1809 Virkningerne på markedet kan ganske vist tages i betragtning blandt den »lange række forhold«, der er nævnt i præmis 1808 ovenfor, men de er kun af afgørende betydning, når der foreligger aftaler, vedtagelser eller former for samordnet praksis, der ikke direkte har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, og som således kun kan falde inden for artikel 101 TEUF's anvendelsesområde som følge af deres konkrete virkninger (generaladvokat Mischos forslag til afgørelse *Mo och Domsjö mod Kommissionen*, C-283/98 P, EU:C:2000:262, punkt 101).
- 1810 Hvis Kommissionen ved bødens beregning forpligtes til at tage hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, vil konsekvensen nemlig være, at Kommissionen pålægges en forpligtelse, som den ifølge fast retspraksis ikke har i forbindelse med anvendelsen af artikel 101 TEUF, eftersom den omhandlede overtrædelse har et konkurrencebegrænsende formål (jf. dom af 3.9.2009, *Prym og Prym Consumer mod Kommissionen*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).
- 1811 Sagsøgerne har ganske rigtigt anført, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke alene lagde til grund, at der forelå konkurrencebegrænsende formål, men at den ligeledes fastslog, at der forelå konkurrencebegrænsende virkninger.
- 1812 Kommissionen undersøgte imidlertid kun de omtvistede aftalers konkurrencebegrænsende virkninger subsidiært og »for fuldstændighedens skyld« (1213. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det kan i øvrigt bemærkes, at Kommissionen kun fastslog, at der forelå en konkurrencebegrænsende virkning i fire medlemsstater, nemlig Frankrig, Nederlandene, Polen og Det Forenede Kongerige. Ved beregningen af bøden tog den imidlertid udgangspunkt i et geografisk område for overtrædelserne, som omfattede alle de medlemsstater, hvor aftalerne var blevet anvendt.
- 1813 Sagsøgerne har desuden selv anført, at beregningen af bøden »udelukkende er baseret på antagelsen om, at aftalerne havde konkurrencebegrænsende formål«.
- 1814 Det følger heraf, at Kommissionen ikke var forpligtet til at tage hensyn til, at overtrædelserne angiveligt ikke havde nogen konkret indvirkning på markedet, da den fastsatte bøden for overtrædelserne af artikel 101 TEUF.
- 1815 Selv hvis det antages, at Kommissionen skulle godtgøre, at de pågældende overtrædelser havde konkret indvirkning på markedet, og den ikke havde gjort dette i tilstrækkelig grad, vil det under alle omstændigheder ikke have nogen betydning for de satser, som den anvendte, for så vidt som det selv uden en sådan indvirkning kan konkluderes, at disse satser ikke er uforholdsmæssige.

- 1816 Det skal herved bemærkes, at de omhandlede aftaler er aftaler om udelukkelse fra markedet, som forfølger konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 1790 ovenfor). Udelukkelsen af konkurrenter fra markedet udgør imidlertid en ekstrem form for markedsopdeling og begrænsning af produktionen (jf. præmis 271 ovenfor). I henhold til punkt 23 i retningslinjerne for beregning af bøder skal sådanne aftaler således i princippet straffes strengt.
- 1817 Det bør også tilføjes, at de konkurrencebegrænsende klausuler, der var indeholdt i de omtvistede aftaler, blev gennemført.
- 1818 På dette grundlag synes den del af afsætningens værdi, som Kommissionen tog i betragtning, dvs. 10 eller 11%, alt efter omstændighederne, hvilket kun svarer til ca. en tredjedel af den del, der maksimalt kunne tages i betragtning, ikke at være uforholdsmæssig. Disse procentsatser afspejler tværtimod både grovheden af de konstaterede overtrædelser, som var særligt skadelige på grund af deres konkurrencebegrænsende formål, og den specifikke sammenhæng, hvori de fandt sted, som var præget af håndhævelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og usikkerhed om udfaldet af tvisterne om Serviers patenter.
- 1819 Det skal herved bemærkes, at sagsøgerne så meget desto mindre kan gøre gældende, at de omtvistede aftaler ikke havde faktiske virkninger for konkurrencen, som disse aftaler, der er baseret på et incitament og ikke på parternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed, netop gjorde det muligt for dem at opnå sikkerhed for, at de generikaproducerende selskaber, hvormed der var indgået en aftale, blev holdt ude fra markedet, i stedet for at risikere patentsøgsmål og usikkerhed om disse selskabers betingelser og muligheder for at indtræde på markedet.
- 1820 Konklusionen i præmis 1818 ovenfor kan heller ikke drages i tvivl, selv om de omstændigheder, som sagsøgerne har påberåbt sig, og som er nævnt i præmis 1791 ovenfor, gør sig gældende.
- 1821 Sagsøgernes argument om en ikke nærmere præciseret begrundelsesmangel kan i øvrigt ikke tiltrædes. Servier var nemlig – henset til alle de konklusioner, som Kommissionen drog i den anfægtede afgørelse og navnlig i 3130. betragtning hertil, og til den sammenhæng, hvori denne afgørelse blev vedtaget – i stand til at forstå, hvorfor satserne på 10 og 11% af afsætningens værdi var blevet anvendt.
- 1822 Kommissionen har nærmere bestemt givet en tilstrækkelig begrundelse for, at der blev anvendt forskellige dele af afsætningens værdi for de enkelte aftaler. Den forklarede således, at der blev anvendt en højere sats for Niche-, Matrix- og Lupin-aftalerne end for Teva- og Krka-aftalerne, fordi de førstnævnte aftaler havde større geografisk rækkevidde end de sidstnævnte (3131. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1823 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende anbringende må forkastes.

e) Overtrædelsernes varighed

- 1824 Sagsøgerne har fremsat to klagepunkter, hvoraf det første vedrører fejl i forbindelse med fastsættelsen af tidspunktet for overtrædelsernes begyndelse, og det andet vedrører fejl i forbindelse med fastsættelsen af tidspunktet for overtrædelsernes afslutning.

1) Tidspunktet for overtrædelsernes begyndelse

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- 1833 Først behandles argumentet om, at anfægtelsen af Serviers patenter aldrig blev afsluttet eller forsinket.
- 1834 Hertil bemærkes, at sagsøgerne hverken har godtgjort eller tilkendegivet, at et af de generikaproducerende selskaber, der havde indgået de omtvistede aftaler, havde anfægtet et af Serviers patenter, selv om det var underkastet en ikke-anfægtelsesklausul.
- 1835 Sagsøgerne har således ikke påberåbt sig, at aftalerne ikke blev gennemført, men i stedet gjort gældende, at andre generikaproducerende selskaber end dem, der havde indgået de omtvistede aftaler, havde anfægtet Serviers patenter.
- 1836 Sagsøgernes argument sigter derfor i det væsentlige mod at gøre gældende, at de omtvistede aftaler ikke havde konkrete virkninger for konkurrencen.
- 1837 Det skal i denne forbindelse påpeges, at når en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det overflødig at tage hensyn til dens konkrete markedsvirkninger ved afgørelsen af, om der foreligger en overtrædelse (jf. i denne retning dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 98 og 99), og dermed ved den tidsmæssige afgrænsning af denne overtrædelse og fastlæggelsen af dens varighed (jf. i denne retning dom af 19.3.2009, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 113, 114 og 140).
- 1838 Det kan derfor ikke med føje gøres gældende, at de omtvistede aftaler ikke havde nogen virkning for konkurrencen, med henblik på at rejse tvivl om overtrædelsernes varighed, eftersom denne varighed fremgår tilstrækkeligt af det konstaterede konkurrencebegrænsende formål.
- 1839 Hvis det antages, at sagsøgernes indsigelse ikke vedrører de konstaterede overtrædelser, for så vidt som deres varighed ikke blev fastlagt korrekt, men den vurdering af overtrædelsernes grovhed, som Kommissionen foretog i den anfægtede afgørelse, bør det under alle omstændigheder påpeges, at klagepunktet om, at aftalerne ikke havde konkrete virkninger, og de konsekvenser, som dette havde for vurderingen af overtrædelsernes grovhed, allerede er blevet forkastet (jf. præmis 1801-1820 ovenfor).
- 1840 Hvad for det andet angår argumentet om, at nogle af overtrædelserne ikke kunne fastslås, så længe Teva og Lupin ikke var i besiddelse af en markedsføringstilladelse, er disse argumenter allerede blevet undersøgt i forbindelse med svaret på de anbringender, der vedrører den manglende potentielle konkurrence (jf. præmis 604 og 743 ovenfor). Det fremgår af dette svar, at Kommissionen med rette fastslog, at Teva og Lupin på det tidspunkt, hvor aftalerne blev indgået, var potentielle konkurrenter til Servier. Kommissionen begik derfor ikke nogen fejl, da den regnede de pågældende overtrædelser fra dette tidspunkt.
- 1841 Argumentet om, at det supplerende beskyttelsescertifikat («supplementary protection certificate», herefter »SPC») for det patent, der beskytter perindopril-molekylet, ikke er udløbet, kan forkastes på grundlag af de betragtninger, der er anført i forbindelse med svaret på anbringendet om, at der ikke forekom potentiel konkurrence.
- 1842 Som nævnt i præmis 359 ovenfor, er det nemlig muligt for en erhvervsdrivende at løbe den risiko, der er forbundet med at indtræde på markedet med et produkt, herunder et produkt, der kan være i strid med det gældende patent, da denne indtræden eller lancering »med risiko« kan lykkes, hvis patenthaveren undlader at anlægge sag om patentkrænkelse, eller hvis patenthaveren anlægger en sådan sag om patentkrænkelse, men ikke får medhold. Denne mulighed for at indtræde »med risiko« på markedet illustrerer, at patenter ikke udgør uoverstigelige hindringer for generikaproducerende selskabers indtræden på markedet.

- 1843 Patentet er heller ikke til hinder for, at erhvervsdrivende foretager transaktioner, som er nødvendige for at fremstille og markedsføre et ikke-patentkrænkende produkt. De betragtes altså som potentielle konkurrenter til patenthaveren indtil det tidspunkt, hvor de indtræder på markedet, hvorefter de bliver reelle konkurrenter til patenthaveren (jf. præmis 357 ovenfor).
- 1844 I denne forbindelse anførte Kommissionen i 3137. betragtning til den anfægtede afgørelse, at generikaproducerende selskaber i visse tilfælde gik i gang med at forberede deres indtræden på markedet, flere år før SPC'et for et patent udløb, og at der for perindoprils vedkommende i gennemsnit var tale om to til tre år. Disse betragtninger understøtter den omstændighed, at de pågældende overtrædelser tog deres begyndelse inden udløbet af SPC'et for det patent, der beskytter perindoprilmolekylet.
- 1845 Kommissionen tilføjede imidlertid, at når SPC'et var udløbet i en medlemsstat, efter at der var lanceret generisk perindopril i andre medlemsstater, havde den »i lyset af [...] fremskyndede procedurer for gensidig anerkendelse, hvorefter medlemsstaterne [enedes] om at anerkende gyldigheden af den markedsføringstilladelse, der [var] udstedt af en anden medlemsstat« (fodnote 4073 til den anfægtede afgørelse), ud fra en forsigtig tilgang valgt at fastsætte datoen for overtrædelsens begyndelse til det tidspunkt, hvor SPC'et udløb. Kommissionen præciserede dernæst, at den havde anvendt en sådan tilgang for Italien. Den oplyste, at der i Frankrig derimod ikke var blevet lanceret et generisk produkt i en anden medlemsstat inden SPC'ets udløb (fodnote 4073 til den anfægtede afgørelse).
- 1846 Sagsøgerne har ikke bestridt de omstændigheder, der er beskrevet i præmis 1844 og 1845.
- 1847 Henset til betragtningerne i præmis 1842-1846 må det konkluderes, at Kommissionen med rette fastslog, at visse overtrædelser i Frankrig var påbegyndt den 8. februar 2005 inden SPC'ets udløb.
- 1848 Sagsøgernes klagepunkt er desuden kun relevant for overtrædelserne i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalerne, som er de eneste omtvistede aftaler, der blev indgået inden SPC'ets udløb i Frankrig.
- 1849 Disse aftaler blev dog først indgået den 8. februar 2005, dvs. godt en måned før den 22. marts 2005, hvor SPC'et udløb i Frankrig.
- 1850 Det kan derfor umiddelbart konstateres, at de pågældende generikaproducerende selskaber den 8. februar 2005 var i stand til at forberede deres eventuelle indtræden på markedet efter SPC'ets udløb og dermed kunne udøve et konkurrencepres.
- 1851 Selv hvis det antages, at sagsøgerne påberåber sig en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, og at de ikke har fremført dette anbringende for sent, kan den omstændighed, at Servier i forbindelse med fastsættelsen af overtrædelsens begyndelse med hensyn til Italien var i stand til at opnå en favorabel behandling, som ikke var nødvendig (bl.a. henset til betragtningerne i præmis 1842 ovenfor), i øvrigt ikke begrunde, at den opnår en sådan behandling for alle de øvrige medlemsstater, medmindre det fastslås, at en sådan forskelsbehandling er vilkårlig (jf. præmis 1868-1871 nedenfor).
- 1852 Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag. Der var nemlig en objektiv forskel på situationen i Frankrig og i Italien, som havde en vis betydning for muligheden for at fastslå en overtrædelse (jf. præmis 1845 ovenfor).
- 1853 Hertil kommer, at den forskel på situationen i Frankrig og Italien, som Kommissionen støttede sig på (jf. præmis 1844 og 1845 ovenfor), kunne begrunde, at der blev anvendt en anderledes behandling.
- 1854 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende klagepunkt må forkastes i det hele.

2) Tidspunktet for overtrædelsernes ophør

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- 1859 I forbindelse med det foreliggende klagepunkt har sagsøgerne anført, at generikaproducerende selskaber, der ikke var parter i de omtvistede aftaler, var indtrådt på markederne i flere medlemsstater, og at priserne på perindopril efterfølgende var faldet.
- 1860 Deres argumentation svarer i det væsentlige til at gøre gældende, at de omtvistede aftaler ikke havde konkret virkning for konkurrencen, efter at disse generikaproducerende selskaber var indtrådt på markedet.
- 1861 Der skal i denne forbindelse for så vidt angår konkurrencebegrænsende formål henvises til den retspraksis, der er nævnt i præmis 1837 ovenfor.
- 1862 Det kan derfor ikke med føje gøres gældende, at de omtvistede aftaler ikke havde nogen virkning for konkurrencen, med henblik på at rejse tvivl om overtrædelsernes varighed, eftersom denne varighed fremgår tilstrækkeligt af det konstaterede konkurrencebegrænsende formål.
- 1863 Hvis det antages, at sagsøgernes indsigelse ikke vedrører den konstaterede overtrædelse, for så vidt som dens varighed ikke blev fastlagt korrekt, men den vurdering af overtrædelsens grovhed, som Kommissionen foretog i den anfægtede afgørelse, bør det under alle omstændigheder påpeges, at klagepunktet om, at aftalerne ikke havde konkrete virkninger, og de konsekvenser, som dette havde for vurderingen af overtrædelsens grovhed, allerede er blevet forkastet (jf. præmis 1801-1820 ovenfor).
- 1864 Sagsøgerne har imidlertid også påberåbt sig en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.
- 1865 Sagsøgerne har i denne forbindelse gjort gældende, at Kommissionen nedsatte varigheden af de overtrædelser, der var begået i Nederlandene og i Det Forenede Kongerige, for at tage hensyn til generiske produkters introduktion på disse to markeder, men ikke gjorde det samme for andre markeder, for hvilke den først og fremmest tog udgangspunkt i de datoer, hvor Serviers patenter udløb eller blev erklæret ugyldige (3133. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1866 Med hensyn til Det Forenede Kongerige skal det imidlertid præciseres, at tidspunktet for den fastslåede overtrædelses ophør ganske vist svarer til det tidspunkt, hvor der blev introduceret et generisk produkt på markedet (776. betragtning til den anfægtede afgørelse), men også til en dom afsagt af en domstol i denne medlemsstat, hvorved patent 947 blev kendt ugyldigt (180., 776. og 2125. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 1867 Det er derfor ikke godtgjort, at sagsøgernes argument om, at der blev udøvet forskelsbehandling mellem de medlemsstater, hvor overtrædelserne var begået, er relevant for Det Forenede Kongerige.
- 1868 Den omstændighed, at Servier for visse medlemsstater i forbindelse med fastsættelsen af overtrædelsens ophør kan have opnået en mere favorabel behandling, som ikke var nødvendig – eftersom den var baseret på manglende konkurrencebegrænsende virkninger, hvilket ikke er relevant, når Kommissionen som i det foreliggende tilfælde konstaterer, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 1862 ovenfor) – begrundes desuden ikke, at Servier opnår en sådan behandling for alle de øvrige berørte medlemsstater. Hensigten med

ligebehandlingsprincippet er nemlig ikke at sikre en virksomhed, som har opnået en favorabel behandling, der ikke var nødvendig ifølge lovgivningen eller retspraksis, retten til ikke at blive straffet, når Kommissionen med rette fastslår, at der foreligger en overtrædelse.

1869 Det er imidlertid en kendsgerning, at Kommissionen ikke – heller ikke over for den samme virksomhed – må anvende metoder til beregning af bøder, som varierer vilkårligt i den forstand, at der ikke gives en relevant begrundelse for disse variationer.

1870 I det foreliggende tilfælde er der dog ikke påvist en sådan variation. Kommissionen oplyste, at den for Nederlandene og Det Forenede Kongerige havde valgt en særlig tilgang, som den betegnede som »forsigtig«, og at denne tilgang indebar, at den nedsatte overtrædelsesperiodernes varighed for at tage hensyn til de tidspunkter, hvor der i disse to medlemsstater skete en storstilet introduktion af generiske produkter, hvilket fik stor betydning for afsætningen af Serviers perindopril (3133. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1871 De eneste omstændigheder, som sagsøgerne har gjort gældende i denne forbindelse – at prisen på Serviers perindopril faldt markant, og at selskabet mistede stadig flere markedsandele, efter at der var introduceret et generisk produkt i Frankrig – giver imidlertid ikke tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at situationerne i Nederlandene og Det Forenede Kongerige på den ene side og Frankrig på den anden side var så ens, at en forskelsbehandling måtte anses for vilkårlig. De påberåbte omstændigheder gør det endvidere ikke muligt at fastslå, at en forskelsbehandling mellem Nederlandene og Det Forenede Kongerige på den ene side og Belgien, Den Tjekkiske Republik og Irland på den anden side, var vilkårlig, eftersom disse omstændigheder ikke vedrører disse tre medlemsstaters situation.

1872 Hertil kommer, at det ganske vist fremgår af tabel nr. 43 i den anfægtede afgørelse, at introduktionen af generiske produkter resulterede i et massivt og pludseligt fald i værdien af Serviers salg af Servier i Nederlandene og i Det Forenede Kongerige, men at det ikke fremgår af tabel nr. 45 i den anfægtede afgørelse, at der sås et sådant fald i Frankrig efter denne introduktion. Som følge af forskellen på situationen i Nederlandene og Det Forenede Kongerige på den ene side og i Frankrig på den anden side kunne Kommissionen derfor med rette udøve forskelsbehandling, idet den kun for Nederlandene og Det Forenede Kongerige fastslog, at overtrædelsen ophørte, så snart der blev indført generiske produkter på disse markeder.

1873 De forskellige situationer, der fastslås i præmis 1872 ovenfor, drages ikke i tvivl af den omstændighed, at introduktionen af et generisk produkt på det franske marked resulterede i, at prisen på perindopril faldt med 30%, og at selskabet »mistede stadig flere markedsandele«. Disse omstændigheder vidner nemlig ikke om et fald i værdien af Serviers afsætning i Frankrig, som var lige så massivt og pludseligt som det, der kunne noteres i Nederlandene og i Det Forenede Kongerige.

1874 Med hensyn til Belgien, Den Tjekkiske Republik og Irland fremgår det ikke af de sagsakter, som sagsøgerne har påberåbt sig, at der på markederne i disse medlemsstater var konstateret et massivt og pludseligt fald i værdien af Serviers salg af perindopril svarende til det, der kunne noteres for Nederlandene og Det Forenede Kongerige, i forbindelse med introduktionen af generiske produkter.

1875 Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende klagepunkt og dermed anbringendet som helhed må forkastes.

f) Anvendelsen af et ekstrabeløb

1) Parternes argumenter

[udelades]

2) Rettens bemærkninger

- 1883 Det skal påpeges, at de omhandlede aftaler var aftaler, som gjorde det muligt for Servier at udelukke konkurrenter fra markedet, hvilket ikke ændres af den omstændighed, at der var tale om potentielle konkurrenter. Sådanne aftaler, der indgås mellem konkurrenter, er imidlertid horisontale aftaler. Udelukkelsen af konkurrenter fra markedet er endvidere en ekstrem form for markedsopdeling og begrænsning af produktionen (dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 435). Kommissionen kunne således med rette anvende punkt 25 i retningslinjerne for beregning af bøder, hvorefter der tillægges et ekstra bødebeløb i forbindelse med horisontale aftaler om begrænsning af produktionen.
- 1884 Den ovenfor anførte konklusion kan ikke drages i tvivl af sagsøgernes øvrige argumenter.
- 1885 For det første var Kommissionen i modsætning til det af sagsøgerne anførte opmærksom på, at de omtvistede aftaler vedrørte intellektuelle ejendomsrettigheder (jf. præmis 1794-1797 ovenfor).
- 1886 For det andet var de generikaproducerende selskaber i modsætning til det af sagsøgerne anførte, og som det allerede er fastslået i de forskellige afsnit, hvori der svares på anbringenderne om manglende potentiel konkurrence, potentielle konkurrenter til Servier fra det tidspunkt, hvor de underskrev den eller de omtvistede aftaler vedrørende det konkrete selskab.
- 1887 For det tredje kunne Servier i modsætning til det af sagsøgerne anførte med rimelighed forudse, at det udviste en adfærd, der var omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. præmis 1661 ovenfor). Selskabet kunne desuden ikke være uvidende om, at dets adfærd var konkurrencebegrænsende (jf. præmis 1665 ovenfor).
- 1888 Hvad for det fjerde angår sagsøgernes argument om, at overtrædelserne ikke havde »faktiske virkninger«, skal det bemærkes, at de blot har fremført dette ikke nærmere præciserede argument med henblik på at konkludere, at det ekstrabeløb, som Kommissionen anvendte, var uforholdsmæssigt. Dette argument er ikke underbygget af tilstrækkelige præciseringer til, at det kan vurderes, om det er korrekt, og det må derfor forkastes.
- 1889 Kommissionen var under alle omstændigheder hverken på dette trin i bødeberegningen eller på det trin, hvor den fastsatte den del af afsætningens værdi, som den tog i betragtning (jf. præmis 1802-1810 ovenfor), forpligtet til at tage hensyn til en eventuel manglende konkret indvirkning på markedet. En sådan forpligtelse findes ikke i forordning nr. 1/2003 og heller ikke i retningslinjerne for beregning af bøder eller i Unionens retspraksis.
- 1890 For det femte kan det ikke konkluderes, at ligebehandlingsprincippet blev tilsidesat, fordi Kommissionen ikke anvendte et ekstrabeløb for de generikaproducerende selskaber.
- 1891 Der er i denne forbindelse væsentlig forskel på den metode, som er angivet i retningslinjerne for beregning af bøder, og som Kommissionen anvendte for Servier, og den metode, som Kommissionen anvendte for de generikaproducerende selskaber (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:460, præmis 423).
- 1892 I forbindelse med den metode, der er fastsat i retningslinjerne for beregning af bøder, har punkt 13, hvorefter der skal tages hensyn til afsætningens værdi, nemlig til formål at tage udgangspunkt i et beløb, der afspejler overtrædelsens økonomiske betydning og virksomhedens bidrag til denne overtrædelse. I medfør af punkt 19 og 21 i disse retningslinjer fastsætter Kommissionen afhængig af overtrædelsens grovhed den del af afsætningens værdi, der skal tages i betragtning ved grundbeløbets fastsættelse. Denne del kan i princippet udgøre op til 30% og multipliceres med en koefficient, der afhænger af kartellets varighed, i overensstemmelse med punkt 24 i retningslinjerne fra 2006. I medfør

af punkt 25 i disse retningslinjer, vil Kommissionen uafhængigt af, hvor længe en virksomhed har deltaget i overtrædelsen, også lade bødens grundbeløb omfatte et beløb på mellem 15 og 25% af afsætningsens værdi for at afskrække virksomhederne fra at bare det at indtræde i horisontale aftaler om prisfastsættelse, markedsdeling og begrænsning af produktionen eller i andre overtrædelser (dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:460, præmis 424).

1893 Den metode, der anvendes over for de generikaproducerende selskaber, og som gør det muligt at anvende de værdioverførsler, som Servier foretog til det pågældende generikaproducerende selskab, direkte som grundbeløb, omfatter til gengæld ikke alle disse trin, navnlig med hensyn til anvendelsen af et ekstrabeløb i henhold til punkt 25 i retningslinjerne for beregning af bøder (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:460, præmis 425).

1894 Det var imidlertid berettiget at anvende den første metode for Servier og den anden metode for generikaproducerende selskaber.

1895 For det første var de generikaproducerende selskaber som følge af selve formålet med de omtvistede aftaler, som er aftaler om udelukkelse fra markedet, i modsætning til Servier ikke til stede på de markeder, hvor overtrædelserne blev begået, i overtrædelsesperioden.

1896 Det var således ikke muligt for Kommissionen at tage hensyn til værdierne af den afsætning, som de generikaproducerende selskaber havde haft i det pågældende geografiske område i det seneste fulde regnskabsår, hvor de deltog i overtrædelsen, som krævet i punkt 13 i retningslinjerne for beregning af bøder.

1897 Den var derfor ikke i stand til at anvende den metode for beregning af bøder, der er angivet i retningslinjerne for beregning af bøder, for de generikaproducerende selskaber og kunne ikke pålægge dem et ekstrabeløb beregnet på grundlag af værdien af den afsætning, som virksomheden havde haft i forbindelse med den pågældende overtrædelse.

1898 Ovenstående betragtninger gælder for samtlige generikaproducerende selskaber, da ingen af dem kunne indtræde på de markeder, hvor Kommissionen havde fastslået den overtrædelse, som de var berørt af.

1899 Selv hvis det, navnlig hvad angår Krka, antages, at sagsøgerne til støtte for klagepunktet om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet med føje kan påberåbe sig den metode til beregning af bøder, der blev anvendt for dette generikaproducerende selskab, og uanset at Servier ikke kan drages til ansvar i henhold til de aftaler, der var indgået med Krka (jf. præmis 1636 ovenfor), må dette klagepunkt forkastes.

1900 Sagsøgernes klagepunkt er ikke baseret på en sammenligning for den enkelte omtvistede aftale mellem Serviers situation og det pågældende generikaproducerende selskabs situation, men på en sammenligning for samtlige aftaler mellem Serviers situation og samtlige berørte generikaproducerende selskabers situation. Den omstændighed, at Servier ikke blev pålagt et ekstrabeløb i henhold til de aftaler, der var indgået med Krka, er således ikke nødvendigvis til hinder for, at der tages hensyn til Krkas situation i forbindelse med undersøgelsen af sagsøgernes klagepunkt.

1901 Det er endvidere korrekt, at der ifølge en af de aftaler, som Krka havde indgået med Servier, skulle tildeles en licens for patent 947, som gjaldt i syv medlemsstater. Krka kunne som følge heraf sælge sine produkter i disse medlemsstater i overtrædelsesperioden.

- 1902 Kommissionen fastslog imidlertid ikke nogen overtrædelse for de medlemsstater, hvori licensen var gældende. Den har ikke foreholdt aftalparterne, at Krka indtrådte på de syv markeder, hvor licensen var gældende, men foreholdt dem, at Krka undlod at indtræde på markederne i de andre medlemsstater, hvor ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne fandt anvendelse, og der ikke forelå nogen licensaftale.
- 1903 Begrebet afsætningens værdi i punkt 13 i retningslinjerne for beregning af bøder kan imidlertid ikke udvides til at omfatte den del af den pågældende virksomheds afsætning, der ikke falder ind under det påståede kartels anvendelsesområde (dom af 12.11.2014, Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, præmis 57).
- 1904 De syv markeder, der var omfattet af licensaftalen, kunne således ikke anses for at indgå i »det relevante geografiske område« som omhandlet i punkt 13 i retningslinjerne for beregning af bøder.
- 1905 Det bør tilføjes, at selv om den fordel, der er forbundet med en licensaftale, under visse omstændigheder kan kvalificeres som et incitament, er den omstændighed, at et generikaproducerende selskab ved en sådan aftale får mulighed for at indtræde eller forblive uden risiko på et marked, i princippet til gavn for konkurrencen, eftersom et generikaproducerende selskabs indtræden på markedet kan sænke priserne betydeligt. Det vil imidlertid ikke være passende at tage hensyn til værdien af en afsætning, der er opnået på markeder, hvor konkurrencen er blevet styrket, med henblik på at pålægge et generikaproducerende selskab, der formodes at have deltaget i en konkurrencebegrænsning på andre markeder, en bøde.
- 1906 Kommissionen var derfor ikke i stand til at anvende den metode for beregning af bøder, der er angivet i retningslinjerne for beregning af bøder, for Krka og heller ikke for de andre generikaproducerende selskaber, der var parter i de omtvistede aftaler, og kunne ikke pålægge dem et ekstrabeløb beregnet på grundlag af værdien af den afsætning, som virksomheden havde haft i forbindelse med den pågældende overtrædelse.
- 1907 Dette var imidlertid ikke tilfældet for Servier, som solgte perindopril i de geografiske områder, der var berørt af overtrædelserne.
- 1908 For det andet var den metode til beregning af bøder, som Kommissionen anvendte for de generikaproducerende selskaber, tilpasset den specifikke sammenhæng, eftersom den værdioverførsel, der blev lagt til grund i aftalen, tog hensyn til den fortjeneste, som de enkelte generikaproducerende selskaber fik på grund af den overtrædelse, som de var berørt af. En sådan metode var ikke brugbar i forhold til Servier, som formodedes at drage fordel af, at der blev opretholdt en høj pris på perindopril.
- 1909 Det var som følge af de forskellige situationer begrundet, at de generikaproducerende selskaber blev behandlet anderledes end Servier, dvs. at der blev anvendt en særlig beregningsmetode, som adskilte sig fra den metode, der er angivet i retningslinjerne for beregning af bøder, og som således ikke krævede, at der blev pålagt et ekstrabeløb som det, der er fastsat i de nævnte retningslinjer.
- 1910 Det følger heraf, at Kommissionen med rette tilføjede et ekstrabeløb i forbindelse med beregningen af den bøde, der blev pålagt Servier for den første overtrædelse af artikel 101 TEUF, dvs. overtrædelsen vedrørende Niche og Unichem (3139. betragtning til den anfægtede afgørelse).

¹⁹¹¹ Med hensyn til det særskilte klagepunkt om den anfægtede afgørelses utilstrækkelige begrundelse for, at der ikke blev pålagt et ekstrabeløb i forbindelse med beregningen af bøderne til de generikaproducerende selskaber, skal det bemærkes, at Kommissionen i 3146. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte følgende:

»De generikaproducerende selskaber indvilgede i ikke at sælge generisk perindopril i det geografiske område, der var omfattet af den enkelte aftale, og havde derfor ingen afsætning i de pågældende geografiske områder. Punkt 37 i retningslinjerne [for beregning af bøder] bør derfor anvendes i forhold til de generikaproducerende selskaber. Ifølge punkt 37 i disse retningslinjer kan Kommissionen fravige den almindelige metode, der er fastsat i retningslinjerne [for beregning af bøder], hvis der gør sig særlige forhold gældende i en given sag, eller det er nødvendigt at sikre et afskrækkende niveau i et bestemt tilfælde.«

¹⁹¹² I 3152. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen bl.a. følgende:

»Ifølge forordning nr. 1/2003 og retningslinjerne [for beregningen af bøder] skal bøden fastsættes på grundlag af følgende faktorer: i) overtrædelsens grovhed, ii) overtrædelsens varighed, iii) enhver skærpende og formildende omstændighed og iv) behovet for at sikre en afskrækkende virkning. Kommissionen fastslår under udøvelsen af sit skøn, at den værdioverførsel, som de generikaproducerende selskaber har modtaget, henset til omstændighederne i den foreliggende sag giver vigtige indikationer om disse faktorer.«

¹⁹¹³ Det fremgår af ovenstående uddrag fra den anfægtede afgørelse for det første, at Kommissionen ikke anvendte den metode, som er angivet i retningslinjerne for beregning af bøder, og som er baseret på værdien af virksomhedens afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor den har deltaget i overtrædelsen, men en metode, hvor den værdioverførsel, som de generikaproducerende selskaber havde modtaget, blev anvendt som grundbeløb i forbindelse med bødeberegningen, for det andet, at den gjorde dette på grundlag af selve formålet med aftalerne, som var aftaler om udelukkelse fra markedet, der havde medført, at de generikaproducerende selskaber ikke var til stede på markedet på overtrædelsestidspunktet, og for det tredje, at den valgte metode efter dens opfattelse gjorde det muligt for den bl.a. at tage hensyn til overtrædelsens grovhed og dens varighed.

¹⁹¹⁴ En sådan begrundelse var tilstrækkelig til, at sagsøgerne kunne forstå, hvorfor Kommissionen for de generikaproducerende selskaber anvendte en anden metode – navnlig for så vidt som der ifølge denne metode ikke skulle pålægges et ekstrabeløb – end den, der er angivet i retningslinjerne for beregning af bøder. Begrundelsen gør det ligeledes muligt for Unionens retsinstanser at udøve deres legalitetskontrol og varetage deres hverv som domstol med fuld prøvelsesret.

¹⁹¹⁵ Klagepunktet om, at begrundelsen var utilstrækkelig i denne henseende, må derfor forkastes.

¹⁹¹⁶ Det skal afslutningsvis bemærkes, at den omstændighed, at der for den første overtrædelse af artikel 101 TEUF blev pålagt et ekstrabeløb, som blev beregnet ud fra sats på 11% af afsætningens værdi, hvilket er lavere end det interval, der er fastsat i punkt 25 i retningslinjerne, og som endvidere kun gælder for én af de overtrædelser af artikel 101 TEUF, der blev foreholdt Servier, ikke kan anses for at være uforholdsmæssig i betragtning af alle de relevante omstændigheder i sagen, der er nævnt i præmis 1816-1818 ovenfor.

¹⁹¹⁷ Det følger af det ovenfor anførte, at det foreliggende anbringende må forkastes.

g) Tilsidesættelsen af proportionalitetsprincippet og af princippet om individuelle straffe

¹⁹¹⁸ Sagsøgerne har fremsat to klagepunkter, hvoraf det første vedrører manglende hensyntagen til Serviers karakteristika, og den andet vedrører den administrative procedures varighed.

1) Den manglende hensyntagen til Serviers karakteristika

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- ¹⁹²² For det første var Kommissionen ikke som sådan forpligtet til at nedsætte bøderne, fordi Servier er en »monoprodukt«-virksomhed. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sagsøgerne ikke har støttet dette argument på en bindende EU-retlig bestemmelse eller på en tidligere retsafgørelse.
- ¹⁹²³ En virksomhed som Servier, som opnår en særlig stor del af sin samlede omsætning med de produkter, der er berørt af kartellet, har endvidere et meget stort udbytte heraf (jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Pilkington Group m.fl. mod Kommissionen, C-101/15 P, EU:C:2016:258, punkt 100). Den omstændighed, at Servier er en »monoprodukt«-virksomhed, begrundes således ikke i sig selv, at bøderne nedsættes.
- ¹⁹²⁴ Med hensyn til påberåbelsen af Kommissionens afgørelsespraksis, hvorefter denne har nedsat bøder, fordi der var tale om en »monoprodukt«-virksomhed, skal det bemærkes, at den præcedens, som sagsøgerne har henvist til og beskrevet, vedrørte andre omstændigheder end de foreliggende, eftersom Kommissionen havde nedsat den pågældende bøde for at undgå, at den nåede op på den tærskel på 10% af omsætningen, der er fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.
- ¹⁹²⁵ Det fremgår endvidere 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. i denne retning dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, under appel, EU:T:2016:449, præmis 773).
- ¹⁹²⁶ Ifølge fast retspraksis gælder retten til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i øvrigt for enhver retsundergiven med begrundede forventninger, som en EU-institution har givet anledning til. Retten til at påberåbe sig beskyttelsen af en berettiget forventning er betinget af, at tre kumulative betingelser er opfyldt. For det første skal en EU-myndighed have fremsat præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer, der hidrører fra en pålidelig kilde med den nødvendige bemyndigelse, over for parten. For det andet skal disse forsikringer være af en sådan art, at de er egnede til at skabe en berettiget forventning hos den, til hvem de er rettet. For det tredje skal forsikringerne være i overensstemmelse med gældende regler (jf. dom af 5.9.2014, Éditions Odile Jacob mod Kommissionen, T-471/11, EU:T:2014:739, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).
- ¹⁹²⁷ De elementer, som sagsøgerne har påberåbt sig, dvs. en betænkning fra Parlamentet og en erklæring fra kommissæren for konkurrence, giver imidlertid ikke grundlag for at konkludere andet end, at det er muligt, at retningslinjerne for beregning af bøder på et senere tidspunkt vil blive ændret for at tage hensyn til »monoprodukt«-virksomheders særlige karakteristika. Der er således ikke tale om præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer, som var egnede til at skabe en berettiget forventning hos Servier.
- ¹⁹²⁸ For det andet forpligtede det på ingen måde Kommissionen til at nedsætte bøderne, at Servier angiveligt ledes af en almennyttig fond, som ikke udlodder udbytte til deltagerne, der er fysiske personer, og at selskabet derfor kan afsætte en stor del af eller hele sin fortjeneste til forskning.

- 1929 Kommissionen har desuden et skøn i forbindelse med udmålingen af bøder (jf. præmis 1925 ovenfor).
- 1930 Selv hvis det antages, at sagsøgerne har haft til hensigt at anfægte Serviers status som virksomhed i konkurrenceretlig forstand, skal det derfor bemærkes, at de tre selskaber, som er adressater for den anfægtede afgørelse, og som ligeledes er sagsøgere, ikke er fonde.
- 1931 Desuden er den omstændighed, at udbuddet af varer og tjenesteydelser foretages uden gevinst for øje, ikke til hinder for, at den enhed, der foretager disse transaktioner på markedet, skal betragtes som en virksomhed, når dette udbud konkurrerer med udbuddet fra andre erhvervsdrivende, der arbejder med gevinst for øje (jf. i denne retning dom af 1.7.2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 27).
- 1932 For det tredje har sagsøgerne gjort gældende, at princippet om individuelle straffe er tilsidesat.
- 1933 Det skal herved påpeges, at princippet om individuelle straffe og sanktioner i overensstemmelse med artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 kræver, at størrelsen af den pålagte bøde fastsættes ud fra grovheden af den overtrædelse, der individuelt foreholdes den pågældende virksomhed, og varigheden heraf (dom af 10.4.2014, Kommissionen m.fl. mod Siemens Österreich m.fl., C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2014:256, præmis 52, og af 19.6.2014, FLS Plast mod Kommissionen, C-243/12 P, EU:C:2014:2006, præmis 107).
- 1934 Sagsøgernes argument er imidlertid ikke rettet mod et solidaritetsforhold, som Kommissionen har skabt ved at pålægge forskellige virksomheder den samme bøde.
- 1935 Den omstændighed, at Kommissionen ikke nedsatte de bøder, som Servier blev pålagt, for at tage hensyn til, at Servier er en almennyttig fond, som ikke udlodder udbytte til deltagerne, der er fysiske personer, og at selskabet derfor kan afsætte en stor del af eller hele sin fortjeneste til forskning, gør det ikke muligt at fastslå, at Kommissionen ikke fastsatte den samlede størrelse af den bøde, som Servier blev pålagt, ud fra grovheden af den overtrædelse, der individuelt blev foreholdt selskabet, og varigheden heraf, jf. den retspraksis, der er nævnt i præmis 1933 ovenfor.
- 1936 Det følger heraf, at det foreliggende klagepunkt må forkastes.

2) Den administrative procedures varighed

i) Parternes argumenter

[udelades]

ii) Rettens bemærkninger

- 1941 Det bemærkes, at selv om tilsidesættelsen af princippet om overholdelse af en rimelig frist kan begrunde annullation af en afgørelse, der er vedtaget efter gennemførelsen af en administrativ procedure efter artikel 101 TEUF eller 102 TEUF, fordi afgørelsen også indebærer en tilsidesættelse af den pågældende virksomheds ret til forsvar, kan Kommissionens tilsidesættelse af den rimelige frist for en sådan administrativ procedure, såfremt dette er godtgjort, ikke føre til en nedsættelse af den pålagte bødes størrelse (jf. dom af 9.6.2016, PROAS mod Kommissionen, C-616/13 P, EU:C:2016:415, præmis 74 og den deri nævnte retspraksis).
- 1942 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne ikke gjort gældende, at den hævdede tilsidesættelse af princippet om overholdelse af en rimelig frist indebar en tilsidesættelse af Serviers ret til forsvar. Denne tilsidesættelse kan derfor ikke, forudsat at den er godtgjort, begrunde, at den anfægtede afgørelse annulleres. I medfør af den retspraksis, der er nævnt i præmis 1941 ovenfor, giver den heller ikke sagsøgerne adgang til at få nedsat den bøde, som de er blevet pålagt.

1943 Kommissionen har under alle omstændigheder anført følgende i punkt 1037 i sit svarskrift:

»Det er Kommissionens opfattelse, at den har opfyldt alle sine retlige forpligtelser med hensyn til den administrative procedures varighed. I det foreliggende tilfælde indledte Kommissionen sin undersøgelse på eget initiativ den 24. november 2008. Afgørelsen blev vedtaget den 9. juli 2014. Afgørelsen indeholder en beskrivelse af de mange foranstaltninger, der blev truffet i forbindelse med undersøgelsen [...] Ifølge Kommissionen er sagens omfang og betydning – med hensyn til de former for praksis, der blev undersøgt, og med hensyn til antallet af involverede virksomheder og myndigheder – en medvirkende årsag til undersøgelsens varighed. Kommissionen peger på, at afgørelsen var rettet til 13 virksomheder, vedrørte anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, seks forskellige overtrædelser og to markedsafgrænsninger og krævede gennemgang af en omfattende dokumentation. Kommissionen fremsendte mere end 200 [anmodninger om oplysninger], aflagde kontrolbesøg hos 6 virksomheder, afholdt mere end 15 arbejds møder med de pågældende virksomheder og samlede et materiale, der omfattede mere end 11 000 bilag [...]

1944 Henset til disse omstændigheder, som sagsøgerne ikke har anfægtet, samt den foreliggende sags såvel retlige som faktiske kompleksitet, som i hvert fald til dels følger af ordlyden af de aftaler, som sagsøgerne var med til at udarbejde, må det imidlertid konkluderes, at den administrative procedure i det foreliggende tilfælde ikke oversteg en urimeligt frist.

1945 Det bør tilføjes, at bemærkningen i præmis 1944 ovenfor om sagens kompleksitet ikke strider mod, hvad Kommissionen i øvrigt påpegede i 3110. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori den angav følgende:

»[...] De omhandlede former for praksis, der vedrørte en udelukkelse fra markedet til gengæld for en værdioverførsel, kan under alle omstændigheder ikke for så vidt angår de pålagte bøder anses for at være retligt komplicerede, og parterne var i stand til at forudse, at de var retsstridige.«

1946 Det skal nemlig bemærkes, at selv om det, idet de omhandlede aftaler var blevet indgået i form af patentforlig, for en udefrakommende som Kommissionen ikke forekom åbenbart, at disse aftaler var retsstridige, gælder det samme imidlertid ikke for aftaleparterne.

1947 Det følger heraf, at det foreliggende klagepunkt og dermed anbringendet som helhed må forkastes.

h) Sammenfatning vedrørende bødernes ophævelse og nedsættelse

1948 Det skal påpeges, at de omtvistede aftaler med undtagelse af aftalerne med Krka var aftaler om udelukkelse fra markedet, som forfulgte konkurrencebegrænsende formål. Udelukkelsen af konkurrenter fra markedet udgør imidlertid en ekstrem form for markedsopdeling og begrænsning af produktionen (jf. præmis 1816 ovenfor). I henhold til punkt 23 i retningslinjerne for beregning af bøder skal sådanne aftaler således i princippet straffes strengt (jf. præmis 1816 ovenfor).

1949 Disse aftaler, der er baseret på et incitament og ikke på parternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed, gjorde det endvidere muligt for Servier at opnå sikkerhed for, at de generikaproducerende selskaber, hvormed der var indgået en aftale, blev holdt ude fra markedet, i stedet for at risikere patentsøgsmål og usikkerhed om disse selskabers betingelser og muligheder for at indtræde på markedet (jf. præmis 1819 ovenfor).

1950 Det skal endelig bemærkes, at disse aftaler blev gennemført.

1951 Det skal i øvrigt påpeges, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse (3128. betragtning) tog hensyn til, at Servier havde begået flere overtrædelser, som ganske vist var forskellige, men som vedrørte det samme produkt, nemlig perindopril, og hovedsageligt var begået i de samme geografiske områder og i

de samme tidsrum. I denne særlige sammenhæng besluttede den for at undgå et potentielt uforholdsmæssigt resultat, at den for hver overtrædelse ville begrænse den del af værdien af Serviers afsætning, der skulle tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb. Den foretog således en korrektion, som indebar, at samtlige værdier af den afsætning, der vedrørte de forskellige overtrædelser af artikel 101 TEUF, i gennemsnit blev nedsat med 54,5%.

- 1952 Den del af afsætningens værdi, som Kommissionen tog i betragtning, da den beregnede bøden, dvs. 10 eller 11%, alt efter omstændighederne, svarer kun til ca. en tredjedel af den del, der maksimalt kunne tages i betragtning.
- 1953 Retten nedsætter endelig den bøde, som Servier blev pålagt for Matrix-aftalen, for at tage hensyn til de forbindelser, der var mellem Matrix-aftalen og Niche-aftalerne.
- 1954 Henset til de omstændigheder, der er anført i præmis 1948-1953 ovenfor, og samtlige betragtninger i den foreliggende dom må det konkluderes, at de bøder, der blev pålagt Servier i henhold til artikel 101 TEUF, i betragtning af de nedsættelser, som Retten allerede har foretaget som led i sin fulde prøvelsesret, ikke er uforholdsmæssige, selv om Kommissionen i 3130. betragtning til den anfægtede afgørelse – hvilket fremgår af svaret på anbringendet om urigtige skøn i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked – med urette fastslog, at Servier »havde meget store markedsandele på de relevante markeder, som er afgrænset i forbindelse med den foreliggende afgørelse, og som var berørt af overtrædelserne af artikel 101 [TEUF]«.
- 1955 Det skal ligeledes præciseres, at eftersom Kommissionen med rette fastslog, at de konstaterede overtrædelser var særskilte overtrædelser (jf. præmis 1685-1691 ovenfor), giver den omstændighed, at det samlede bødebeløb udgør en ikke ubetydelig procentdel af Serviers omsætning på verdensplan, ikke grundlag for at konkludere, at disse bøder er uforholdsmæssige. Det gør dem endnu mindre uforholdsmæssige, at Retten har nedsat denne procentsats betydeligt som led i sin fulde prøvelsesret.
- 1956 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgernes subsidiære påstande må forkastes, for så vidt som de vedrører de bøder, der blev pålagt Servier for overtrædelserne af artikel 101 TEUF, med undtagelse af de påstande, der vedrører annullationen af den bøde, som Servier blev pålagt for overtrædelsen i forbindelse med aftalerne med Krka, dels nedsættelsen af den bøde, som Servier blev pålagt for overtrædelsen i forbindelse med Matrix-aftalen. Sagsøgernes subsidiære påstande må derfor tages til følge, for så vidt som de vedrører overtrædelsen af artikel 102 TEUF, eftersom den anfægtede afgørelses artikel 6, hvorved Kommissionen fastslog en overtrædelse af artikel 102 TEUF, annulleres (jf. præmis 1638 ovenfor).
- 1957 Det skal endelig tilføjes, at Kommissionen i forbindelse med metoden til beregning af bøderne for de forskellige overtrædelser af artikel 101 TEUF, som den havde fastslået, havde indført en korrektionsfaktor, som afhang af, hvor mange overtrædelser der var sket på samme tid inden for en medlemsstat. Konklusionen om, at en af overtrædelserne af artikel 101 TEUF ikke er påvist, kunne således få Retten til at overveje, om det ville være hensigtsmæssigt at forhøje de bøder, som Servier blev pålagt for de øvrige overtrædelser af artikel 101 TEUF.
- 1958 Henset til samtlige omstændigheder i den foreliggende sag og navnlig dem, der er nævnt i slutningen af præmis 1954 ovenfor, findes det imidlertid ikke nødvendigt at foretage en sådan forhøjelse, hvilket Kommissionen heller ikke har anmodet om.

IV. Samlet konklusion

- 1959 Hvad for det første angår artikel 101 TEUF følger det af det ovenfor anførte, at Kommissionen med rette kunne fastslå, at Niche-, Matrix-, Teva- og Lupin-aftalerne havde konkurrencebegrænsende formål. På denne baggrund er det under alle omstændigheder ikke nødvendigt at undersøge, hvorvidt konklusionen om, at disse aftaler havde konkurrencebegrænsende virkning, er korrekt.
- 1960 Hvad angår den konstaterede overtrædelse i forbindelse med aftalerne med Krka konkluderer Retten til gengæld, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål. Efter undersøgelsen af den af Kommissionen konstaterede konkurrencebegrænsende virkning konkluderer Retten ligeledes, at denne ikke er blevet godtgjort. Den anfægtede afgørelses artikel 4 må derfor annulleres, for så vidt som Kommissionen i denne artikel konstaterede, at Servier havde deltaget i en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF med hensyn til de aftaler, der var indgået mellem Servier og Krka. Som følge heraf må den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 4, litra b), hvorved Kommissionen pålagde Servier en bøde på 37 661 800 EUR for denne overtrædelse, ligeledes annulleres.
- 1961 Endvidere fastslår Retten under udøvelse af sin fulde prøvelsesret, at den bøde, som Servier blev pålagt for den overtrædelse i forbindelse med Matrix-aftalen, der blev fastslået i den anfægtede afgørelses artikel 2, er for høj. Dette beløb, der fremgår af den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 2, litra b), skal som følge heraf nedsættes og fastsættes til 55 385 190 EUR.
- 1962 De bøder, som Kommissionen pålagde Servier for Niche-, Teva- og Lupin-aftalerne, skal i øvrigt stadfæstes.
- 1963 Hvad for det andet angår artikel 102 TEUF finder Retten det ikke bevist, at det relevante færdigvaremarked kun omfattede perindopril. Da det ikke er påvist, at Servier besad en dominerende stilling på dette marked eller på markedet for teknologi, rejser det tvivl om, hvorvidt der forelå et misbrug af denne stilling, hvilket indebærer, at den anfægtede afgørelses artikel 6, hvori denne overtrædelse fastslås, må annulleres. Som følge heraf må den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 6, hvorved Kommissionen pålagde Servier en bøde på 41 270 000 EUR for denne overtrædelse, ligeledes annulleres.

V. Sagsomkostninger

- 1964 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 1965 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 3, første punktum, bærer hver part sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.
- 1966 Da sagsøgerne og Kommissionen delvist har tabt sagen, bør de pålægges at bære hver deres egne omkostninger.
- 1967 Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 3, kan Retten træffe afgørelse om, at andre intervenienter end de i denne artikels stk. 1 og 2 nævnte skal bære deres egne omkostninger.
- 1968 Da den bestemmelse, der er nævnt i præmis 1967 ovenfor, finder anvendelse på EFPIA, bør det pålægges denne intervenient at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Niende Udvidede Afdeling):

- 1) Artikel 4 i Kommissionens afgørelse C(2014) 4955 final af 9. juli 2014 om en procedure i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF (sag AT.39612 – Perindopril (Servier)) annulleres, for så vidt som det heri konstateres, at Servier SAS og Les Laboratoires Servier SAS deltog i de i artiklen nævnte aftaler.
- 2) Artikel 6 i afgørelse C(2014) 4955 final annulleres.
- 3) Artikel 7, stk. 4, litra b), og artikel 7, stk. 6, i afgørelse C(2014) 4955 final annulleres.
- 4) Den bøde, som Servier og Les Laboratoires Servier blev pålagt for den i artikel 2 i afgørelse C(2014) 4955 final nævnte overtrædelse, således som det følger af afgørelsens artikel 7, stk. 2, litra b), fastsættes til 55 385 190 EUR.
- 5) I øvrigt frifindes Europa-Kommissionen.
- 6) Servier, Servier Laboratories Ltd og Les Laboratoires Servier på den ene side og Kommissionen på den anden side bærer hver deres egne omkostninger.
- 7) European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) bærer sine egne omkostninger.

Gervasoni

Bieliūnas

Madise

da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. december 2018.

Underskrifter

Indhold

I. Tvistens baggrund	2
A. Sagsøgerne	2
B. Perindopril og patenter på perindopril	2
1. Perindopril	2
2. Molekylepatentet	2
3. Sekundære patenter	3
4. Anden generation af perindopril	3
C. Tvister vedrørende perindopril	3
1. Tvister for EPO	3
2. Tvister for de nationale retsinstanser	4
a) Tvisten mellem Servier og Niche og mellem Servier og Matrix	4
b) Tvisterne mellem Servier og Ivax og mellem Servier og Teva	5
c) Tvisterne mellem Servier og Krka	5
d) Tvisten mellem Servier og Lupin	5
e) Tvisterne mellem Servier og Apotex	6
D. Forligene i patenttvisterne	6
1. Serviers aftaler med Niche og Unichem og med Matrix	6
2. Serviers aftale med Teva	8
3. Serviers aftaler med Krka	9
4. Serviers aftale med Lupin	9
E. Overtagelse af støtteteknologier	10
F. Sektorundersøgelsen	11
G. Den administrative procedure og den anfægtede afgørelse	11
II. Retsforhandlinger og parternes påstande	12
III. Retlige bemærkninger	13
A. Om formaliteten	13

1.	Om formaliteten vedrørende den tredje påstand	13
	a) Parternes argumenter	13
	b) Rettens bemærkninger	13
2.	Formaliteten med hensyn til visse bilag til stævningen	16
	a) Parternes argumenter	16
	b) Rettens bemærkninger	16
B.	Realiteten	20
1.	Tilsidesættelse af princippet om upartiskhed og af retten til god forvaltning	20
	a) Parternes argumenter	20
	b) Rettens bemærkninger	20
2.	Manglende effektiv høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål	26
	a) Parternes argumenter	26
	b) Rettens bemærkninger	26
3.	Tilsidesættelse af retten til effektive retsmidler, retten til forsvar og princippet om processuel ligestilling	33
	a) Parternes argumenter	33
	b) Rettens bemærkninger	33
4.	Urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder	36
	a) Parternes argumenter	36
	b) Rettens bemærkninger	36
5.	Retlige fejl i forbindelse med definitionen af begrebet konkurrencebegrænsende formål	39
	a) Patentforligsaftalernes konkurrencebegrænsende formål	40
	1) De konkurrencebegrænsende formål	40
	2) De intellektuelle ejendomsrettigheder, herunder patenterne	44
	3) Forligene i patenttvisterne	47
	4) Foreningen af patentforligsaftalerne med konkurrenceretten	48
	5) Incitamentet	52
	6) Anvendelsen af teorien om accessoriske begrænsninger på forligsaftalerne	54
	7) Foreningen af patentforligsaftalerne med den amerikanske konkurrenceret	56

8) Forligsaftalernes ambivalente virkninger	57
b) Kommissionens kriterier for kvalificering af forligsaftalerne som aftaler med konkurrencebegrænsende formål	58
1) Kriteriet om potentiel konkurrence	58
i) Parternes argumenter	58
ii) Rettens bemærkninger	58
– Kriterierne for vurdering af den potentielle konkurrence	59
– Hindringerne for den potentielle konkurrence som følge af sagsøgenes patenter	65
2) Kriteriet om de generikaproducerende selskabers tilsagn om at begrænse deres selvstændige bestræbelser på at indtræde på markedet	74
i) Parternes argumenter	74
ii) Rettens bemærkninger	74
3) Kriteriet om værdioverførslen til de generikaproducerende selskaber	76
i) Parternes argumenter	76
ii) Rettens bemærkninger	76
6. Aftalerne med Niche og med Matrix	78
a) Niches og Matrix' status som potentiel konkurrent	78
b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål	78
1) Parternes argumenter	78
2) Rettens bemærkninger	78
i) Argumentet om, at der ikke forekom en tilskyndende værdioverførsel	79
ii) Argumentet om, at ikke-anfægtelses- og ikke-markedsføringsklausulerne ikke var tilstrækkeligt skadelige	83
c) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Niche- og Matrix-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende virkning	85
7. Aftalen med Teva	86
a) Tevas status som potentiel konkurrent	86
b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Teva-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende formål	86
1) Parternes argumenter	86

2) Rettens bemærkninger	86
i) Argumentet om, at det generikaproducerende selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab ikke blev begrænset	86
ii) Argumentet om, at der ikke forekom en tilskyndende fordel	92
– Den endelige konventionalbod	93
– Det indledende beløb	93
iii) Det subsidiære klagepunkt om overtrædelsens varighed	96
c) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Teva-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende virkning	97
8. Aftalen med Lupin	97
a) Lupins status som potentiel konkurrent	97
b) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Lupin-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende formål	97
1) Parternes argumenter	97
2) Rettens bemærkninger	97
i) Argumentet om, at der ikke forekom en tilskyndende fordel	97
ii) Argumentet om, at det generikaproducerende selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab ikke blev begrænset	102
iii) Argumentet om, at der ikke forelå en overtrædelse	106
iv) Serviers subsidiære anbringende om fejlagtig fastlæggelse af overtrædelsens varighed	109
c) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Lupin-aftalens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende virkning	111
9. Aftalerne med Krka	111
a) Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Krka-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende formål	111
1) Forligs- og licensaftalerne	111
i) Parternes argumenter	111
ii) Rettens bemærkninger	111
2) Overdragelsesaftalen	123
i) Parternes argumenter	123
ii) Rettens bemærkninger	123

b)	Retlige fejl og urigtige skøn i forbindelse med Krka-aftalernes kvalificering som aftaler med konkurrencebegrænsende virkning	125
1)	Parternes argumenter	125
2)	Rettens bemærkninger	125
i)	Kommissionens tilgang	126
ii)	Den relevante retspraksis	129
iii)	Det urigtige skøn	134
	– Ikke-markedsføringsklausulen i forligsaftalen	134
	– Ikke-anfægtelsesklausulen i forligsaftalen	139
	– Om udstedelsen af licens til Krkas teknologi	142
iv)	Den retlige fejl	142
10.	Anbringendet om definitionen af begrebet konkurrencebegrænsende virkning	144
a)	Parternes argumenter	144
b)	Rettens bemærkninger	144
11.	Retlig fejl og urigtigt skøn i forbindelse med kvalificeringen som særskilte overtrædelser ...	144
a)	Kvalificeringen af de fem aftaler som særskilte overtrædelser	144
1)	Parternes argumenter	144
2)	Rettens bemærkninger	145
b)	Kvalificeringen af aftalerne med Niche og med Matrix som særskilte overtrædelser	150
1)	Parternes argumenter	150
2)	Rettens bemærkninger	150
12.	Retlig fejl og urigtigt skøn i forbindelse med afgrænsningen af det relevante færdigvaremarked.....	152
a)	Parternes argumenter	152
b)	Rettens bemærkninger	152
1)	Indledende bemærkninger	153
i)	Omfanget af Unionens retsinstitutters prøvelse.....	153
ii)	Afgrænsningen af et relevant produktmarked i lægemiddelsektoren	154
2)	Det første klagepunkts første led om manglende hensyntagen til alle aspekter af den økonomiske sammenhæng.....	159

3) Det andet klagepunkt om, at Kommissionen undlod at tage hensyn til konverteringsenzymhæmmers behandlingsmæssige substituerbarhed	160
i) Sondringen mellem perindopril og andre konverteringsenzymhæmmere med hensyn til effekt og bivirkninger	161
ii) Fænomenet med lægers »træghed« i forhold til nye patienter	170
iii) Viljen til at skifte behandling hos patienter i vedvarende behandling	175
iv) De salgsfremmende foranstaltninger	180
4) Det første klagepunkts andet led om, at Kommissionen tillagde priskriteriet for stor betydning i forbindelse med markedsanalysen, og det tredje subsidiære klagepunkt om, at Kommissionens økonometriske analyse var behæftet med fejl.....	183
5) Konklusion	186
13. De urigtige skøn vedrørende forekomsten af en dominerende stilling på færdigvaremarkedet	187
a) Parternes argumenter	187
b) Rettens bemærkninger	187
14. Den retlige fejl og det urigtige skøn vedrørende forekomsten af en dominerende stilling på markedet for teknologi	189
a) Parternes argumenter	189
b) Rettens bemærkninger	189
15. De retlige og faktiske fejl vedrørende forekomsten af et misbrug af dominerende stilling ...	191
a) Parternes argumenter	191
b) Rettens bemærkninger	191
16. De subsidiære påstande om ophævelse eller nedsættelse af bøderne	192
a) Argumentet om, at den fortolkning, der blev anlagt i den anfægtede afgørelse, var uforudsigelig.....	192
1) Parternes argumenter	192
2) Rettens bemærkninger	193
b) Den retlige fejl vedrørende kumulation af bøderne.....	196
1) Tilsidesættelsen af begrebet samlet overtrædelse	196
i) Parternes argumenter	196
ii) Rettens bemærkninger	196
2) Kumulationen af bøder i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF	198
i) Parternes argumenter	198

ii) Rettens bemærkninger	198
c) Beregningen af afsætningens værdi	198
1) Kommissionens hensyntagen til sygehusenes afsætning.....	198
i) Parternes argumenter	198
ii) Rettens bemærkninger	198
2) Den utilstrækkelige begrundelse for beregningen af afsætningens værdi	200
i) Parternes argumenter	200
ii) Rettens bemærkninger	200
3) Det geografiske område for afsætningens værdi.....	201
i) Parternes argumenter	201
ii) Rettens bemærkninger	201
d) Overtrædelsernes grovhed.....	203
1) Parternes argumenter	203
2) Rettens bemærkninger	204
e) Overtrædelsernes varighed	207
1) Tidspunktet for overtrædelsernes begyndelse	207
i) Parternes argumenter	207
ii) Rettens bemærkninger	208
2) Tidspunktet for overtrædelsernes ophør	210
i) Parternes argumenter	210
ii) Rettens bemærkninger	210
f) Anvendelsen af et ekstrabeløb	211
1) Parternes argumenter	211
2) Rettens bemærkninger	212
g) Tilsidesættelsen af proportionalitetsprincippet og af princippet om individuelle straffe ..	215
1) Den manglende hensyntagen til Serviers karakteristika	216
i) Parternes argumenter	216
ii) Rettens bemærkninger	216
2) Den administrative procedures varighed	217

i) Parternes argumenter	217
ii) Rettens bemærkninger	217
h) Sammenfatning vedrørende bødernes ophævelse og nedsættelse	218
IV. Samlet konklusion	220
V. Sagsomkostninger	220