



# Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
JULIANE KOKOTT  
od 14. srpnja 2022.<sup>1</sup>

**Predmet C-176/19 P**

**Europska komisija  
protiv  
Servier SAS,  
Servier Laboratories Ltd,**

**Les Laboratoires Servier SAS**

„Žalba – Tržišno natjecanje – Zabranjeni sporazumi – Zloupotreba vladajućeg položaja – Tržište perindopрила, lijeka za liječenje kardiovaskularnih bolesti – Sporazumi o nagodbi u sporovima o patentima koje su sklopili proizvođač izvornog lijeka koji je nositelj patenata i proizvođači generičkih lijekova – Sporazum o nagodbi povezan sa sporazumom o licenciji – Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj – Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak – Utvrđivanje mjerodavnog tržišta”

## Sadržaj

I.	Uvod .....	5
II.	Okolnosti spora .....	6
A.	Činjenice .....	6
1.	Subjekti na koje se odnosi ovaj predmet .....	6
2.	Predmetni proizvod i patenti .....	6
a)	Servierov perindopril .....	6
b)	Krkin Perindopril .....	7
3.	Sporovi koji se odnose na perindopril i puštanje u prodaju generičkih verzija .....	8

<sup>1</sup> Izvorni jezik: francuski

a) Sporovi pred EPO-om . . . . .	8
b) Sporovi pred nacionalnim sudovima . . . . .	8
4. Sporovi i sporazumi između Serviera i Krke . . . . .	9
B. Sporna odluka . . . . .	10
C. Pobjijana presuda . . . . .	11
III. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka . . . . .	11
IV. Ocjena . . . . .	13
A. O žalbi . . . . .	13
1. Članak 101. UFEU-a . . . . .	13
a) Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (prvi, drugi, treći, četvrti, peti i šesti žalbeni razlog) . . . . .	13
1) Analiza cilja sporazumâ Krka u spornoj odluci i pobijanoj presudi. . . . .	13
i) Sporna odluka . . . . .	13
ii) Pobjijana presuda . . . . .	14
2) Žalbeni razlozi koji se odnose na cilj sporazumâ Krka . . . . .	16
i) Konkurentski pritisak koji je Krka izvršavala na Servier (prvi žalbeni razlog) . . . . .	17
– Dopuštenost i predmetnost žalbenog razloga . . . . .	17
– Meritum . . . . .	19
– Međuzaključak . . . . .	26
ii) Licencija kao poticaj za Krku da prihvati ograničenja nagodbe (drugi žalbeni razlog) . . . . .	26
– Licencija kao protučinidba za obvezu nenatjecanja . . . . .	28
– Poticajna priroda licencije . . . . .	29
– Izračun vrijednosti koja je licencijom prenesena na Krku . . . . .	31
– Međuzaključak . . . . .	34
iii) Primjena koncepta ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (treći žalbeni razlog) . . . . .	34
– Nepostojanje „stroge” podjele tržištâ . . . . .	34

– Namjere stranaka i njihova uvjerenja u pogledu valjanosti patenta 947 .	35
– Stvarni duopol uspostavljen licencijom . . . . .	37
– Lupinova izjava . . . . .	39
– Smjernice iz 2004. o sporazumima o transferu tehnologije i Uredba br. 772/2004 o primjeni članka [101. stavka 3. UFEU-a] na kategorije sporazuma o prijenosu tehnologije . . . . .	39
– Međuzaključak . . . . .	40
iv) Namjera stranaka (četvrti žalbeni razlog) . . . . .	40
– Uzimanje u obzir namjere stranaka . . . . .	40
– Primjena načela koja se odnose na izvođenje dokazâ . . . . .	41
– Vjerodostojnost dokaza s obzirom na datum njihova izvođenja . . . . .	42
– Dokazna vrijednost naknadnih izjava . . . . .	42
– Međuzaključak . . . . .	42
v) Uzimanje u obzir pozitivnih učinaka licencije na tržišno natjecanje (peti žalbeni razlog) . . . . .	43
vi) Sporazum o ustupanju i licenciji Krka (šesti žalbeni razlog) . . . . .	45
3) Zaključak o cilju sporazumâ Krka . . . . .	46
b) Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak (sedmi žalbeni razlog) . . . . .	46
1) Analiza učinaka sporazumâ Krka u spornoj odluci i pobijanoj presudi . . . . .	47
i) Sporna odluka . . . . .	47
ii) Pobijana presuda . . . . .	49
2) Žalbeni razlog koji se odnosi na učinke sporazumâ Krka . . . . .	50
i) Analiza hipotetske situacije . . . . .	51
ii) Trenutak u kojem se provodi analiza hipotetske situacije . . . . .	54
iii) Nerelevantnost razlikovanja provedenih i neprovedenih sporazuma . . . . .	56
3) Zaključak o učincima sporazumâ Krka . . . . .	57
c) Zaključak o postojanju povrede na temelju članka 101. stavka 1. UFEU-a u pogledu sporazuma Krka . . . . .	57
2. Članak 102. UFEU-a . . . . .	58

a) Utvrđenja koja se odnose na članak 102. UFEU-a u spornoj odluci i pobijanoj presudi . . . . .	58
1) Sporna odluka . . . . .	58
2) Pobijana presuda . . . . .	59
b) Žalbeni razlozi koji se odnose na članak 102. UFEU-a . . . . .	60
1) Mjesto cijene prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (osmi žalbeni razlog) . . . . .	61
i) Čimbenici povezani s cijenama prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta (prvi i drugi dio osmog žalbenog razloga) . . . . .	61
ii) Neupućenost u cijene liječnika koji izdaju recepte (treći i četvrti dio osmog žalbenog razloga) . . . . .	64
iii) Tržišno natjecanje koje izvršavaju generičke verzije perindopрила (peti i šesti dio osmog žalbenog razloga) . . . . .	65
iv) Međuzaključak . . . . .	66
2) Uzimanje u obzir terapijske zamjenjivosti prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (deveti žalbeni razlog) . . . . .	67
i) Uloga terapijske zamjenjivosti prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (prvi dio devetog žalbenog razloga) . . . . .	67
ii) Uzimanje u obzir ili analiza određenog broja dokaza (drugi, treći, četvrti, peti i šesti dio devetog žalbenog razloga) . . . . .	68
iii) Međuzaključak . . . . .	71
3) Nedopuštenost određenih priloga podnesenih u prvostupanjskom postupku (deseti žalbeni razlog) . . . . .	73
4) Mjerodavno tržište tehnologije (jedanaesti žalbeni razlog) . . . . .	74
c) Zaključak o žalbenim razlozima koji se odnose na članak 102. UFEU-a . . . . .	75
B. Tužba pred Općim sudom . . . . .	75
V. Troškovi . . . . .	76
VI. Zaključak . . . . .	77

## I. Uvod

1. Kao i usporedni predmet Servier/Komisija (C-201/19 P), u kojem danas također iznosim svoje mišljenje, ovaj predmet na tragu je predmeta Generics (UK) i dr.<sup>2</sup> i Lundbeck/Komisija<sup>3</sup>, u kojima je Sud utvrdio kriterije na temelju kojih se sporazum o nagodbi u sporu između nositelja farmaceutskog patenta i proizvođača generičkih lijekova protivi pravu Unije u području tržišnog natjecanja.

2. Ovaj predmet, predmet Servier/Komisija i sedam drugih žalbi koje čine tu skupinu od devet žalbi podnesenih protiv osam presuda Općeg suda<sup>4</sup> odnose se na nekoliko sporazuma o nagodbi u sporovima o patentima koje je Servier, proizvođač izvornih lijekova, sklopio s proizvođačima generičkih lijekova.

3. Kao u predmetima Generics (UK) i dr. i Lundbeck/Komisija, ti su sporazumi sklopljeni u situaciji u kojoj je patent na aktivnu tvar predmetnog lijeka, u ovom slučaju perindopril, već postao dostupan javnosti, dok je Servier još držao takozvane „sekundarne” patente za određene postupke proizvodnje tog lijeka.

4. Sporni sporazumi u biti su doveli do toga da se proizvođači generičkih lijekova, koji su željeli ući na tržište s generičkim verzijama navedenog lijeka, obvežu da će odgoditi svoj ulazak u zamjenu za to da Servier prenese vrijednost.

5. Komisija je u spornoj odluci<sup>5</sup> smatrala, s jedne strane, da predmetni sporazumi koje je Servier sklopio s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva, Krka i Lupin predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i učinak i stoga povrede članka 101. UFEU-a.

6. S druge strane, smatrala je da je njihovo sklapanje, zajedno s drugim postupanjima kao što je stjecanje tehnologija za proizvodnju aktivnog farmaceutskog sastojka (AFS) perindoprila, dio Servierove strategije da se odgodi ulazak proizvođača generičkog perindoprila na tržište tog lijeka, na kojem je Servier imao vladajući položaj. Slijedom toga, Komisija je sankcionirala to ponašanje kao zlouporabu vladajućeg položaja na temelju članka 102. UFEU-a.

7. U pobijanoj presudi i u drugim presudama u skupini predmeta o kojoj je riječ, Opći sud potvrdio je Komisijinu analizu u pogledu toga da četiri sporazuma koje je Servier sklopio s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva i Lupin predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. U predmetu Servier/Komisija Servier pobija ta utvrđenja Općeg suda, kao što to čine i ti proizvođači generičkih proizvoda u svojim žalbama podnesenima protiv presuda Općeg suda koje se odnose na njih.

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

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

<sup>4</sup> Presude Općeg suda Europske unije 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, u daljnjem tekstu: pobijana presuda, EU:T:2018:922) (koja se pobija ovom žalbom i žalbom u predmetu C-201/19 P, Servier i dr./Komisija); Biogaran/Komisija (T-677/14, EU:T:2018:910) (žalba C-207/19 P, Biogaran/Komisija); Teva UK i dr./Komisija (T-679/14, neobjavljena, EU:T:2018:919) (žalba C-198/19 P, Teva UK i dr./Komisija); Lupin/Komisija (T-680/14, neobjavljena, EU:T:2018:908) (žalba C-144/19 P, Lupin/Komisija); Mylan Laboratories i Mylan/Komisija (T-682/14, neobjavljena, EU:T:2018:907) (žalba C-197/19 P, Mylan Laboratories i Mylan/Komisija); Krka/Komisija (T-684/14, neobjavljena, EU:T:2018:918) (žalba C-151/19 P, Komisija/Krka); Niche Generics/Komisija (T-701/14, neobjavljena, EU:T:2018:921) (žalba C-164/19 P, Niche Generics/Komisija) i Unichem Laboratories/Komisija (T-705/14, neobjavljena, EU:T:2018:915) (žalba C-166/19 P, Unichem Laboratories/Komisija)

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

8. Suprotno tomu, Opći sud poništio je spornu odluku u dijelu u kojem se odnosi na kvalifikaciju sporazuma koje je Servier sklopio s Krkom kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i učinak, kao i u dijelu u kojem se odnosi na utvrđenje Servierove zloporabe vladajućeg položaja, zbog toga što je Komisija počinila pogreške prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta.

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

## II. Okolnosti spora

### A. Činjenice

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

#### *1. Subjekti na koje se odnosi ovaj predmet*

11. Grupa Servier, koju među ostalim čine Servier SAS, njezino društvo majka sa sjedištem u Francuskoj, Laboratoires Servier SAS i Servier Laboratories Ltd (u daljnjem tekstu zajedno nazvani: Servier), uključuje farmaceutska društva na svjetskoj razini. Laboratoires Servier francusko je farmaceutsko društvo koje se bavi razvojem izvornih lijekova, osobito za liječenje kardiovaskularnih bolesti<sup>6</sup>. Biogaran je društvo kći u stopostotnom vlasništvu društva Laboratoires Servier koje proizvodi generičke lijekove<sup>7</sup>.

12. Farmaceutska grupa Krka, koja je registrirana u Sloveniji i koja se bavi razvojem, proizvodnjom i komercijalizacijom generičkih proizvoda, uključuje društvo majku, Krka Tovarna Zdravil d.d., te nekoliko društava kćeri u Sloveniji i drugim zemljama (u daljnjem tekstu: Krka)<sup>8</sup>.

#### *2. Predmetni proizvod i patenti*

##### *a) Servierov perindopril*

13. Servier je razvio perindopril, lijek koji se upotrebljava u kardiovaskularnoj medicini, najprije namijenjen liječenju hipertenzije i zatajenja srca. AFS perindoprila jest u obliku soli. Prvotno korištena sol bila je erbumin (ili terc-butilamin) koja je u kristalnom obliku zbog postupka koji Servier primjenjuje za njegovu sintezu<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Točka 1. pobijane presude te uvodna izjava 11. i sljedeće sporne odluke

<sup>7</sup> Uvodna izjava 14. sporne odluke

<sup>8</sup> Točka 8. presude od 12. prosinca 2018., Krka/Komisija (T-684/14, neobjavljena, EU:T:2018:918) te uvodna izjava 19. i sljedeće sporne odluke

<sup>9</sup> Točke 2. i 3. pobijane presude, uvodna izjava 1. i sljedeće, 86. i sljedeće te 2143. i sljedeće sporne odluke

14. Patent EP0049658 koji se odnosi na molekulu perindoprila podnesen je 29. rujna 1981. Europskom patentnom uredu (EPO). Taj je patent trebao isteći 29. rujna 2001., ali je njegova zaštita u više država članica Europske unije, među kojima i u Ujedinjenoj Kraljevini, produljena do 22. lipnja 2003.<sup>10</sup> U Francuskoj je zaštita navedenog patenta produljena do 22. ožujka 2005., a u Italiji do 13. veljače 2009.<sup>11</sup> Odobrenje za stavljanje lijeka u promet (OSP) za perindopril erbumin u obliku tableta (2 i 4 mg) za liječenje arterijske hipertenzije dodijeljeno je između 1988. i 1989. u Europi<sup>12</sup>.

15. Nakon podnošenja patenta za molekulu, Servier je EPO-u podnio nekoliko patenata za postupak koji se odnose na proizvodnju perindoprila. Ovaj postupak odnosi se, među ostalim, na patente EP0308339, EP0308340 i EP0308341 (u daljnjem tekstu, redom, patent 339, patent 340 i patent 341), koji su podneseni 1988. i trebali su isteći 2008., te, prije svega, na patent EP1296947 (takozvani „patent alfa”, u daljnjem tekstu: patent 947), koji je podnesen 2001. Patent 947 obuhvaćao je alfa-kristalni oblik perindoprila erbumina i načine njegove proizvodnje te je dodijeljen 4. veljače 2004.<sup>13</sup>

16. Servier je također podnio prijave nacionalnih patenata u više država članica, primjerice u Bugarskoj, Češkoj Republici, Estoniji, Mađarskoj, Poljskoj i Slovačkoj. Tako su patenti priznati 16. svibnja 2006. u Bugarskoj, 17. kolovoza 2006. u Mađarskoj, 23. siječnja 2007. u Češkoj Republici, 23. travnja 2007. u Slovačkoj i 24. ožujka 2010. u Poljskoj. Ti su patenti u biti odgovarali patentima koji su podneseni EPO-u<sup>14</sup>.

17. Od 2002. Servier je razvijao perindopril druge generacije, proizveden od nove soli, arginina, za koji je 17. veljače 2003. podnio prijavu za patent (EP1354873B). Taj je patent priznat 17. srpnja 2004., a datum isteka utvrđen je na 17. veljače 2023. Uvođenje perindoprila arginina na tržišta Unije započelo je 2006. Taj je proizvod bioekvivalentna generička verzija proizvoda prve generacije, ali se prodaje u različitim dozama zbog različite molekularne mase nove soli<sup>15</sup>. Za perindopril arginin izdan je 2004. OSP u Francuskoj, a zatim je u postupku uzajamnog priznavanja odobren i u drugim državama članicama<sup>16</sup>.

## ***b) Krkin Perindopril***

18. Krka je 2003. započela vlastiti razvoj perindoprila. Tijekom razdoblja od 2005. do 2006., izdani su joj OSP-ovi za nekoliko tržišta Unije te je pustila perindopril u prodaju u nekoliko država članica središnje i istočne Europe, među kojima su Poljska i Mađarska. Tijekom tog razdoblja, sama ili u suradnji s drugim društvima, pripremala je i njegovo stavljanje na tržište u drugim državama članicama, među kojima su Francuska, Ujedinjena Kraljevina i Nizozemska<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Kao što je dopušteno Uredbom Vijeća (EEZ) br. 1768/92 od 18. lipnja 1992. o uvođenju svjedodžbe o dodatnoj zaštiti za lijekove (SL 1992., L 182, str. 1.).

<sup>11</sup> Točka 4. pobijane presude te uvodna izjava 92. i sljedeće sporne odluke

<sup>12</sup> Uvodna izjava 98. sporne odluke

<sup>13</sup> Točke 5. do 8. pobijane presude, uvodne izjave 94., 118. i sljedeće te 124. i sljedeće sporne odluke

<sup>14</sup> Točka 8. pobijane presude i uvodna izjava 120. sporne odluke

<sup>15</sup> Točke 9. i 10. pobijane presude, uvodne izjave 8., 88. te 218. i sljedeće sporne odluke

<sup>16</sup> Uvodna izjava 100. sporne odluke

<sup>17</sup> Uvodne izjave 821., 1674. i 1755. sporne odluke

### **3. Sporovi koji se odnose na perindopril i puštanje u prodaju generičkih verzija**

19. Između 2003. i 2009., Servier je bio stranka u nizu sporova koji su se odnosili na perindopril te koji su se vodili pred EPO-om i nacionalnim sudovima. Uglavnom je bila riječ o zahtjevima za izdavanje sudskog naloga i postupcima u pogledu patenta 947, koji su pokrenuti u različitim državama članicama između Serviera i niza proizvođača generičkih proizvoda koji su pripremali puštanje u prodaju generičke verzije perindoprila<sup>18</sup>.

#### **a) Sporovi pred EPO-om**

20. Prije svega, deset proizvođača generičkih lijekova, među kojima Krka, podnijeli su 2004. EPO-u prigovor protiv patenta 947 kako bi ga se u potpunosti opozvalo, pozivajući se na razloge koji se temelje na manjku novosti i inventivne razine te na nedovoljno obrazloženom izumu<sup>19</sup>.

21. EPO-ov odjel za prigovore potvrdio je 27. srpnja 2006. valjanost patenta 947, nakon manjih izmjena Servierovih prvotnih zahtjeva (u daljnjem tekstu: EPO-ova odluka od 27. srpnja 2006.). Devet društava podnijelo je pritužbu protiv te odluke, ali su Krka i Lupin povukli svoje pritužbe 11. siječnja, odnosno 5. veljače 2007., nakon svojih sporazuma sa Servierom. Odlukom od 6. svibnja 2009., EPO-ovo tehničko vijeće za pritužbe poništilo je EPO-ovu odluku od 27. srpnja 2006. te je opozvalo patent 947 (u daljnjem tekstu: EPO-ova odluka od 6. svibnja 2009.). Prijedlog za ponavljanje postupka koji je Servier podnio protiv te odluke odbijen je 19. ožujka 2010.<sup>20</sup>.

#### **b) Sporovi pred nacionalnim sudovima**

22. Proizvođači generičkih lijekova također su osporavali valjanost patenta 947 pred sudovima određenih država članica, a Servier je podnio zahtjeve za izdavanje privremenog sudskog naloga od kojih su neki prihvaćeni<sup>21</sup>. Međutim, većina tih sporova završila je prije donošenja konačne odluke o valjanosti patenta 947 zbog sporazuma o nagodbi koje su sklopili Servier i proizvođači generičkih lijekova.

23. Međutim, dva spora između Serviera i Apotexa, jedinog proizvođača generičkih lijekova koji je stranka u sporu sa Servierom u Ujedinjenoj Kraljevini s kojim Servier nije sklopio sporazum o nagodbi, nisu se prekinuli i zatim su doveli do proglašenja patenta 947 nevaljanim.

24. Stoga je Servier, s jedne strane, 1. kolovoza 2006. pred sudom u Ujedinjenoj Kraljevini podnio tužbu zbog povrede patenta 947 protiv društva Apotex, koje je stavilo generičku verziju perindoprila na tržište u Ujedinjenoj Kraljevini „uz rizik” i protiv kojeg je 8. kolovoza 2006. izdan privremeni sudski nalog. Međutim, nakon protutužbe za poništenje navedenog patenta koju je podnio Apotex, patent 947 proglašen je nevaljanim 6. srpnja 2007., ukinut je sudski nalog i Apotex je ušao na tržište s generičkim perindoprilom, čime se tržište u Ujedinjenoj Kraljevini otvorilo generičkim lijekovima. Odluka o proglašenju nevaljanosti patenta 947 potvrđena je 9. svibnja 2008. u žalbenom postupku<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Točke 11. do 27. pobijane presude, uvodne izjave 129., 151. i sljedeće, 157. sljedeće te tablice iz uvodnih izjava 156. i 201. sporne odluke

<sup>19</sup> Točke 11. i 12. pobijane presude, uvodne izjave 158. do 161. i 164. te, konkretno u pogledu Krke, 830. sporne odluke

<sup>20</sup> Točka 12. pobijane presude te uvodne izjave 162. do 170. i 962. sporne odluke

<sup>21</sup> Točke 16. do 21. i 24. do 27. pobijane presude te uvodne izjave 171. do 202. sporne odluke

<sup>22</sup> Točke 25. i 26. pobijane presude te uvodna izjava 175. i sljedeće sporne odluke



25. S druge strane, Katwijk Farma, društvo kći Apotexa, podnio je 13. studenoga 2007. nizozemskom sudu zahtjev za poništenje nizozemskog dijela patenta 947 te je 13. prosinca 2007. pustio u prodaju svoj generički perindopril, dok je Servierov zahtjev za izdavanje privremenog sudskog naloga odbijen. Nizozemski je sud 11. lipnja 2008. poništio patent 947 u Nizozemskoj u okviru istodobne tužbe koju je podnio Pharmachemie, Tevino društvo kći<sup>23</sup>.

26. Od svibnja 2008., Sandoz, drugi proizvođač generičkih lijekova, pustio je svoj generički perindopril u prodaju u nekoliko država članica<sup>24</sup>.

#### 4. Sporovi i sporazumi između Serviera i Krke

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

28. Servier je 30. svibnja 2006. u Mađarskoj podnio zahtjev za izdavanje privremenog sudskog naloga da se zabrani komercijalizacija generičke verzije perindoprila koji stavlja na tržište Krka, zbog povrede patenta 947. Taj je zahtjev odbijen 13. listopada 2006.<sup>25</sup>

29. U Ujedinjenoj Kraljevini Servier je 28. srpnja 2006. protiv Krke podnio tužbu zbog povrede patenta 340. Također je 2. kolovoza 2006. protiv Krke podnio tužbu zbog povrede patenta 947, kao i zahtjev za izdavanje privremenog sudskog naloga. Krka je 1. rujna 2006. podnijela protutužbu za poništenje patenta 947 i zahtjev za skraćeni postupak (*application for summary judgment*). Krka je 8. rujna 2006. podnijela drugu protutužbu za poništenje patenta 340.

30. High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (Visoki Sud, Engleska i Wales, Odjel *Chancery*, Patentni sud, Ujedinjena Kraljevina) prihvatio je 3. listopada 2006. Servierov zahtjev za izdavanje privremenog sudskog naloga te je odbio zahtjev za skraćeni postupak (*application for summary judgment*) koji je Krka podnijela 1. rujna 2006. u svrhu proglašenja patenta 947 nevaljanim, pri čemu je naložio da se provede postupak o meritumu. Postupak u tijeku obustavljen je 1. prosinca 2006. slijedom nagodbe koju su sklopile stranke te je ukinut privremeni sudski nalog<sup>26</sup>.

31. Servier i Krka potpisali su 27. listopada 2006. sporazum o nagodbi (u daljnjem tekstu: sporazum o nagodbi Krka) i sporazum o licenciji (u daljnjem tekstu: sporazum o licenciji Krka) koji je dopunjen dodatkom sklopljenim 2. studenoga 2006. Štoviše, te su stranke 5. siječnja 2007. sklopile sporazum o ustupanju i licenciji (u daljnjem tekstu: sporazum o ustupanju i licenciji Krka) (u daljnjem tekstu zajedno nazvani: sporazumi Krka).

32. U sporazumu o nagodbi Krka bilo je predviđeno da patent 947 također obuhvaća odgovarajuće nacionalne patente. Na temelju tog sporazuma o nagodbi, na snazi do isteka ili opoziva patenta 947 ili 340, Krka se obvezala da će odustati od svih postojećih postupaka protiv patenta 947 u svijetu i protiv patenta 340 u Ujedinjenoj Kraljevini te da u budućnosti nijedan od tih patenata neće osporavati nigdje u svijetu. Usto, Krki i njezinim društvima kćerima nije bilo

<sup>23</sup> Točka 27. pobijane presude te uvodna izjava 193. i sljedeće sporne odluke

<sup>24</sup> Uvodna izjava 410. sporne odluke

<sup>25</sup> Točka 22. pobijane presude i uvodna izjava 156. sporne odluke (u točki 22. pobijane presude navodi se da je taj zahtjev odbijen u rujnu 2006., ali se ovdje oslanjam na uvodnu izjavu 156. sporne odluke, u kojoj se navodi 13. listopada 2006.).

<sup>26</sup> Točka 23. pobijane presude te uvodne izjave 156., 898. do 904., 909. i 1689. sporne odluke

odobreno pustiti u prodaju ili komercijalizirati generičku verziju perindoprila kojom se povređuje patent 947 tijekom trajanja valjanosti potonjeg patenta i u zemlji u kojoj je već bio valjan, osim uz izričito odobrenje Serviera. Jednako tako, Krka nije smjela nijednoj trećoj osobi isporučiti generičku verziju perindoprila kojom se povređuje patent 947, osim uz izričito odobrenje Serviera. Zauzvrat, Servier je bio dužan odustati od postupaka koji su se u svijetu vodili protiv Krke na temelju povreda patenata 947 i 340, uključujući njegove zahtjeve za izdavanje privremenog sudskog naloga<sup>27</sup>.

33. Na temelju sporazuma o licencijski Krka, sklopljenog na trajanje koje odgovara valjanosti patenta 947, Servier je Krki ustupio „isključivu” i neopozivu licencijsku za patent 947 u svrhu upotrebe, proizvodnje, prodaje, ponude na prodaju, oglašavanja i uvoza vlastitih proizvoda koji sadržavaju alfa-kristalni oblik erbumina u Češkoj Republici, Latviji, Litvi, Mađarskoj, Poljskoj, Sloveniji i Slovačkoj.

34. U zamjenu za licencijsku, Krka je bila dužna Servieru isplatiti naknadu od 3 % neto iznosa njezine prodaje na svim tim državnim područjima. Servieru je bilo odobreno da u tim istim državama izravno ili neizravno (odnosno za jedno od svojih društava kćeri ili za samo jednu treću osobu po zemlji) upotrebljava patent 947<sup>28</sup>.

35. U trenutku sklapanja sporazumâ, Servieru još nisu bili odobreni nacionalni ekvivalenti patenta 947 na nekim od tih sedam tržišta dok je Krka na njima već komercijalizirala svoj proizvod<sup>29</sup>.

36. Na temelju sporazuma o ustupanju i licencijski Krka, Krka je prenijela dvije patentne prijave na Servier, jednu za postupak sinteze perindoprila (WO 2005 113500) i drugu za pripremu pripravaka na bazi perindoprila (WO 2005 094793). Tehnologija zaštićena tim patentnim prijavama upotrebljavala se u proizvodnji perindoprila Krke. Krka se obvezala da neće osporavati valjanost patenata priznatih na temelju predmetnih prijava. U zamjenu za to ustupanje, Servier je Krki isplatio iznos od 15 milijuna eura za svaku od predmetnih prijava. Servier je Krki također ustupio neisključivu, neopozivu, neustupivu licencijsku oslobođenu naknada, bez prava na ustupanje podlicencijski (osim svojim društvima kćerima), za prijave ili patente koji iz njih proizlaze, pri čemu ta licencijska nije ograničena vremenski, prostorno ili u pogledu mogućih upotreba<sup>30</sup>.

## B. Sporna odluka

37. Komisija je u spornoj odluci, donesenoj 9. srpnja 2014.<sup>31</sup>, smatrala da je Servier povrijedio, s jedne strane, članak 101. UFEU-a time što je sudjelovao u četiri sporazuma o nagodbi u pogledu patenata u zamjenu za plaćanje za odgodu ulaska na tržište s društvima Niche/Unichem, Matrix, Teva i Lupin te u tri sporazuma s Krkom, koji predstavljaju jedinstvenu i trajnu povredu.

38. S druge strane, Komisija je smatrala da je Servier povrijedio članak 102. UFEU-a time što je osobito na temelju stjecanja tehnologije i tih sporazuma o nagodbi osmislio i provodio strategiju isključenja koja obuhvaća tržište pripravaka na bazi perindoprila u Francuskoj, Nizozemskoj, Poljskoj i Ujedinjenoj Kraljevini te tržište tehnologije AFS-a perindoprila<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Točka 45. pobijane presude i uvodna izjava 908. sporne odluke

<sup>28</sup> Točka 46. pobijane presude i uvodna izjava 910. sporne odluke

<sup>29</sup> Uvodne izjave 843., 886., 1248. i 1755. sporne odluke

<sup>30</sup> Točke 47. do 51. pobijane presude te uvodne izjave 400. i 923. do 928. sporne odluke

<sup>31</sup> Vidjeti bilješku 5. ovog mišljenja.

<sup>32</sup> Vidjeti članke 1. do 6. sporne odluke i točku 71. pobijane presude.

39. Komisija je smatrala da su Servier i Krka povrijedili članak 101. UFEU-a u 18 do 20 država članica<sup>33</sup> u kojima se Krka, na temelju sporazuma o nagodbi Krka, obvezala da više neće konkurirati Servieru svojim postojećim proizvodima u zamjenu za licenciju u ostalih sedam država članica. Stoga je cilj tih sporazuma bila podjela i dodjela tržišta Unije između tih dvaju subjekata. Komisija je utvrdila i da su sporazumi Krka predstavljali ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak te je u tom pogledu ispitala učinke navedenih sporazuma na tržišta u Francuskoj, Nizozemskoj i Ujedinjenoj Kraljevini<sup>34</sup>. Komisija nije utvrdila povredu u sedam država članica za koje je dodijeljena licencija<sup>35</sup>.

40. Štoviše, Komisija je smatrala da su Servier i Krka povrijedili članak 101. UFEU-a zbog toga što je Krka prestala konkurirati kao postojeći izvor tehnologije perindoprila jer je svoju tehnologiju prenijela Servieru u zamjenu za plaćanje ukupnog iznosa od 30 milijuna eura<sup>36</sup>.

41. Komisija je Servieru izrekla novčane kazne za te povrede članaka 101. i 102. UFEU-a<sup>37</sup>.

### C. Pobijana presuda

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

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

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

### III. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka

45. Podneskom od 22. veljače 2019. Komisija je podnijela žalbu protiv pobijane presude.

46. Usporedo s time, Komisija je podnijela i žalbu protiv presude Općeg suda u predmetu Krka/Komisija, dok su Servier i ostali adresati sporne odluke koji nisu uspjeli u postupku pred Općim sudom podnijeli žalbe protiv odbijanja njihovih tužbi protiv navedene odluke<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> To uključuje sve države članice Unije (između 2004. i 2009., dakle izuzevši Hrvatsku, vidjeti uvodnu izjavu 3134., bilješku 1. i članak 4. sporne odluke) osim sedam država članica obuhvaćenih sporazumom o licenciji Krka. U spornoj odluci upućuje se na „18 do 20 država članica” zbog toga što su Rumunjska i Bugarska pristupile Europskoj uniji 1. siječnja 2007., dva mjeseca nakon sklapanja sporazuma o nagodbi Krka, čime se broj tržišta koja nisu obuhvaćena licencijom povećao s 18 na 20 (uvodna izjava 1677. i bilješka 2243. sporne odluke).

<sup>34</sup> Uvodne izjave 1816. i 1858. sporne odluke

<sup>35</sup> Vidjeti točku 1004. pobijane presude, bilješku 2451. i članak 4. sporne odluke.

<sup>36</sup> Uvodna izjava 1670. sporne odluke

<sup>37</sup> Vidjeti članak 7. sporne odluke te točke 72. i 73. pobijane presude.

<sup>38</sup> Vidjeti bilješku 4. ovog mišljenja.

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

48. Komisija od Suda zahtijeva da:

- ukine točke 1., 2. i 3. pobijane presude kojima se poništavaju i. članak 4. sporne odluke u dijelu u kojem se njime utvrđuje Servierovo sudjelovanje u sporazumima koje je Servier sklopio s društvom Krka, ii. članak 7. stavak 4. točka (b) sporne odluke kojim se određuje novčana kazna izrečena Servieru zbog sklapanja tih sporazuma, iii. članak 6. sporne odluke, kojim se utvrđuje Servierova povreda članka 102. UFEU-a i iv. članak 7. stavak 6. sporne odluke, kojim se određuje iznos novčane kazne izrečene Servieru s obzirom na tu povredu;
- ukine pobijanu presudu u dijelu u kojem se njome prilozi A 286 i A 287 tužbi te prilog C 29 replici proglašavaju dopuštenima (točke 1461., 1462. i 1463. te presude);
- donese konačnu odluku o tužbi za poništenje sporne odluke koju je podnio Servier, da odbije Servierov zahtjev za poništenje članka 4., članka 7. stavka 4. točke (b), članka 6. i članka 7. stavka 6. sporne odluke te da prihvati Komisijin zahtjev da priloge A 286 i A 287 tužbi pred Općim sudom i prilog C 29 replici pred Sudom proglasi nedopuštenima (točke 1461. do 1463. pobijane presude);
- naloži Servieru snošenje svih troškova žalbenog postupka.

49. Ujedinjena Kraljevina od Suda zahtijeva da

- prihvati Komisijine zahtjeve.

50. Servier od Suda zahtijeva da

- odbije žalbu u cijelosti i
- naloži Komisiji snošenje troškova.

51. EFPIA od Suda zahtijeva da

- odbije žalbu i
- naloži Komisiji snošenje troškova žalbenog i prvostupanjskog postupka.

52. Opći sud pozvao je 13. rujna 2021. stranke da podnesu očitovanja o presudi Generics (UK) i dr. i o presudama iz skupine Lundbeck/Komisija<sup>39</sup>.

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

<sup>39</sup> Presude od 25. ožujka 2021., Lundbeck/Komisija, Sun Pharmaceutical Industries i Ranbaxy (UK)/Komisija (C-586/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:241); Generics (UK)/Komisija (C-588/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:242); Arrow Group i Arrow Generics/Komisija (C-601/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:244); Xellia Pharmaceuticals i Alpharma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245) i Merck/Komisija (C-614/16 P, neobjavljena, EU:C:2021:246)

## IV. Ocjena

### A. O žalbi

54. U potporu svojoj žalbi, Komisija iznosi 11 žalbenih razloga, od kojih se prvih sedam odnosi na razmatranja Općeg suda u pogledu ocjene sporazumâ Krka s obzirom na članak 101. UFEU-a (odjeljak 1.), dok se zadnja četiri odnose na razmatranja Općeg suda u pogledu utvrđivanja mjerodavnog tržišta za potrebe primjene članka 102. UFEU-a (odjeljak 2.)<sup>40</sup>.

#### 1. Članak 101. UFEU-a

55. Komisija u prvom, drugom, trećem, četvrtom, petom i šestom žalbenom razlogu tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava time što je smatrao da sporazumi Krka ne predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (odjeljak (a)). Komisija u sedmom žalbenom razlogu tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava i time što je smatrao da Komisija nije utvrdila ni da ti sporazumi predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak (odjeljak (b)).

#### *a) Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (prvi, drugi, treći, četvrti, peti i šesti žalbeni razlog)*

56. Prije ispitivanja Komisijinih žalbenih razloga koji se odnose na analizu Općeg suda u pogledu protutržišnog cilja sporazumâ Krka (pododjeljak 2.), korisno je sažeti način na koji je taj cilj analizirala Komisija u spornoj odluci i Opći sud u pobijanoj presudi (pododjeljak 1.).

##### *1) Analiza cilja sporazumâ Krka u spornoj odluci i pobijanoj presudi*

###### *i) Sporna odluka*

57. Komisija je u odjeljku 5.5. (uvodne izjave 1670. do 1812. sporne odluke) ispitala tri sporazuma koje su sklopili Servier i Krka te je smatrala da oni predstavljaju jedinstvenu i trajnu radnju čiji je cilj ograničiti tržišno natjecanje podjelom tržišta perindoprila u Uniji između ta dva subjekta<sup>41</sup>.

58. Prema Komisijinu mišljenju, s jedne strane, cilj sporazuma o nagodbi Krka i sporazuma o licenci Krka bio je podjela i dodjela tržišta Unije između Serviera i Krke na sljedeći način: Krki se sporazumom o licenci Krka dopustilo da nastavi komercijalizirati ili puštati u prodaju generički perindopril u okviru stvarnog duopola sa Servierom u sedam država članica u kojima su se nalazila Krkina glavna tržišta. To je odobrenje bila naknada za Krkinu obvezu, na temelju

<sup>40</sup> Servier je kao priloge svojem odgovoru na žalbu podnio prijepise diskusija tijekom rasprave pred Općim sudom. Komisija u svojoj replici osporava dopuštenost tih prijepisa uz obrazloženje da ih je Servier izradio za vlastite potrebe i da Komisija stoga ne može provjeriti njihovu pouzdanost. Servier osporava nedopuštenost tih elemenata. Međutim, nije potrebno razmotriti pitanje njihove dopuštenosti. Naime, analiza žalbenih razloga koja slijedi pokazat će da su tvrdnje u potporu kojima Servier ističe te priloge bespredmetne (vidjeti u pogledu tvrdnje prema kojoj su sporovi između Serviera i proizvođača generičkih lijekova bili stvarni točku 149. ovog mišljenja; u pogledu tvrdnje prema kojoj je Komisija prihvatila da je licencija koju je Servier dodijelio Krki bila sklopljena u normalnim tržišnim uvjetima, točku 151. ovog mišljenja i, u pogledu tvrdnje da je Komisija mogla zauzeti stajalište o argumentaciji povezanoj s posjetima liječnicima, točku 435. ovog mišljenja).

<sup>41</sup> Uvodne izjave 1811. i 1812. sporne odluke

sporazuma o nagodbi Krka, da neće konkurirati Servieru na preostalim 18 do 20 tržišta Unije<sup>42</sup>. Stoga je Komisija smatrala da sporazum o licencijski predstavlja Servierov poticaj da Krka prihvati ograničenja dogovorena u sporazumu o nagodbi<sup>43</sup>.

59. S druge strane, Komisija je utvrdila da je sporazum o ustupanju i licencijski Krka, koji je sklopljen dva mjeseca nakon sporazuma o nagodbi i licencijski Krka, omogućio jačanje Servierova i Krkina konkurentskog položaja koji proizlazi iz podjele tržišta uspostavljene svim tim sporazumima, time što se Krku spriječilo da svoju konkurentnu tehnologiju za proizvodnju perindoprila ustupi drugim proizvođačima generičkih lijekova. Budući da isplata iznosa od 30 milijuna eura u okviru tog sporazuma nije bila povezana s prihodima koje je Servier očekivao ili ostvario komercijalnim iskorištavanjem tehnologije koju mu je ustupila Krka, Komisija je to plaćanje analizirala kao podjelu rente stvorene podjelom tržišta između Serviera i Krke<sup>44</sup>.

## *ii) Pobijana presuda*

60. Kao prvo, u točkama 255. do 274. pobijane presude Opći sud naveo je uvjete u kojima je smatrao da uvođenje klauzula o neosporavanju patenta i o zabrani komercijalizacije generičkih proizvoda u sporazume o nagodbi u sporovima o patentima narušava tržišno natjecanje. Prema mišljenju Općeg suda, to je slučaj ako se uvođenje takvih klauzula u takav sporazum ne temelji na tome da strane priznaju valjanost patenta i da predmetni generički proizvodi predstavljaju povredu, nego na tome da nositelj patenta izvršava znatno i neopravdano plaćanje za odgodu ulaska na tržište u korist proizvođača generičkih lijekova, čime ga potiče da pristane da se na njega primijene navedene klauzule. Opći sud utvrdio je (točka 271. pobijane presude) da u slučaju takvog poticanja predmetne sporazume treba smatrati sporazumima o isključenju s tržišta, u kojima sudionici koji ostaju nadoknađuju štetu onima koji izlaze.

61. Kao drugo, u točkama 797. do 810. pobijane presude Opći sud objasnio je da, ako je standardni trgovački sporazum povezan sa sporazumom o nagodbi u sporu o patentima, koji sadržava klauzule o neosporavanju patenta i o zabrani komercijalizacije, takvu ugovornu konstrukciju treba kvalificirati kao protutržišnu ako vrijednost koju je nositelj patenta prenio proizvođaču generičkih lijekova na temelju trgovačkog sporazuma prelazi vrijednost robe koju je ustupio u okviru tog sporazuma. Drugim riječima, takvu ugovornu konstrukciju treba kvalificirati kao protutržišnu ako standardni trgovački sporazum povezan sa sporazumom o nagodbi zapravo služi za prikrivanje prijenosa vrijednosti s nositelja patenta na proizvođača generičkih lijekova, koji je u zamjenu samo obvezan ne konkurirati na tržištu.

62. Kao treće, u točkama 943. do 1032. pobijane presude, u okviru svojeg ispitivanja devetog tužbenog razloga koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku i koji se temeljio na nepostojanju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj u pogledu sporazuma Krka, Opći sud ocijenio je slučaj povezanosti sporazuma o nagodbi i sporazuma o licencijski, koja postoji u ovom slučaju između sporazuma o nagodbi i licencijski Krka.

63. Prema mišljenju Općeg suda, u takvom slučaju nisu valjana razmatranja sažeta u točki 61. ovog mišljenja, koja se odnose na povezanost sporazuma o nagodbi i standardnog trgovačkog sporazuma. To proizlazi iz toga što je povezanost sporazuma o nagodbi sa sporazumom o licencijski prikladno sredstvo za okončanje spora jer se time omogućuje ulazak proizvođača

<sup>42</sup> Uvodne izjave 1753., 1756., 1760. i 1763. sporne odluke

<sup>43</sup> Uvodne izjave 1738. do 1749., osobito uvodna izjava 1745. sporne odluke

<sup>44</sup> Uvodne izjave 1766. i 1803. do 1811. sporne odluke

generičkih proizvoda na tržište i prihvaćanje zahtjeva dviju stranaka. Štoviše, postojanje klauzula o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju patenta u sporazumu o nagodbi legitimno je samo ako se taj sporazum temelji na tome da strane priznaju valjanost patenta. Međutim, sporazum o licenci, koji ima smisla samo ako se licencija stvarno upotrebljava, temelji se upravo na tome da strane priznaju valjanost patenta (točke 943. do 947. pobijane presude).

64. Stoga, kako bi se utvrdilo da sporazum o licenci povezan sa sporazumom o nagodbi stvarno služi za prikrivanje plaćanja za odgodu ulaska na tržište nositelja patenta u korist proizvođača generičkih lijekova, Komisija treba dokazati da je naknada koju navedeno društvo plaća navedenom nositelju u okviru tog sporazuma o licenci neuobičajeno niska (točke 948. i 952. pobijane presude).

65. Štoviše, protutržišni cilj klauzula o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju patenta iz sporazuma o nagodbi umanjen je pozitivnim učinkom sporazuma o licenci na tržišno natjecanje, kojim se daje prednost ulasku generičkih lijekova na tržište (točke 953. do 956. pobijane presude).

66. Slijedom toga, ako postoji stvarni spor između dotičnih stranaka pred sudom i sporazum o licenci koji je izravno povezan s nagodbom u tom sporu, povezanost tog sporazuma i sporazuma o nagodbi nije ozbiljna indicija da postoji plaćanje za odgodu ulaska na tržište. U takvom slučaju Komisija na temelju drugih indicija treba dokazati da sporazum o licenci nije transakcija izvršena u normalnim tržišnim uvjetima te da se njime tako prikriva plaćanje za odgodu ulaska na tržište, tako da ugovornu cjelinu treba kvalificirati kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (točka 963. pobijane presude).

67. S obzirom na te kriterije, u točkama 964. do 1032. pobijane presude Opći sud ispitaio je sporazume o nagodbi i licenci Krka, pri čemu je naposljetku došao do zaključka da Komisija nije dokazala da su ti sporazumi imali protutržišni cilj. To je utvrđenje Opći sud u biti temeljio na sljedećim razmatranjima:

- Sporovi o patentima u tijeku bili su stvarni i nefiktivni te su sporazum o nagodbi Krka i sporazum o licenci Krka bili povezani s tim sporovima (točke 965. do 969. pobijane presude).
- U trenutku sklapanja navedenih sporazuma, stranke su bile uvjerene da je patent 947 valjan, osobito zbog EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006<sup>45</sup>. Činjenica da je Krka nastavila osporavati taj patent pred sudom i komercijalizirati svoj proizvod nakon donošenja navedene odluke ne upućuje na suprotno. Time je Krka, iako je bila uvjerena da je patent valjan, samo željela ojačati svoj položaj u pregovorima sa Servierom u svrhu sklapanja sporazuma o nagodbi. Krkin naknadni odgovor na Komisijin zahtjev za pružanje informacija potvrđuje to tumačenje (točke 970., 971., 999., 1000., 1010., 1011. i 1026. do 1028. pobijane presude).
- Iznos naknade koji Krka duguje Servieru u okviru sporazuma o licenci nije bio neuobičajeno nizak i Komisija nije dokazala da taj sporazum nije transakcija izvršena u normalnim tržišnim uvjetima Stoga Komisija nije utvrdila postojanje plaćanja za odgodu ulaska na tržište koje predstavlja poticanje (točke 975. do 984. pobijane presude).
- Uvođenje duopola između Serviera i Krke na sedam tržišta obuhvaćenih sporazumom o licenci Krka nije proizašlo iz tog sporazuma, nego iz Servierovih i Krkinih kasnijih odabira,

<sup>45</sup> Točka 21. ovog mišljenja

koji se nisu mogli predvidjeti u trenutku sklapanja navedenog sporazuma (točke 987. do 991. pobijane presude).

- Nije postojala stroga podjela tržišta između Serviera i Krke jer je Servieru bilo dopušteno da ostane aktivan na sedam tržišta obuhvaćenih licencijom (točke 1003. do 1006. pobijane presude).
- Sporazum o licenci Krka imao je povoljan učinak na tržišno natjecanje na tih sedam tržišta, iako nacionalni ekvivalenti patenta 947 još nisu bili odobreni na nekima od navedenih tržišta, tako da Krka nije trebala licenciju da bi ušla na ta tržišta ili se zadržala na njima. Međutim, licencija je imala povoljan učinak za Krku da izbjegne kasniji rizik od sudskog spora u slučaju da se Servieru u budućnosti odobre patenti na tim tržištima (točke 1007. do 1009. i 1027. pobijane presude).
- Dokazi u pisanom obliku koji su tada postojali i koje je Komisija iznijela kako bi utvrdila da Krka nije vjerovala da je patent 947 valjan te da je Servier provodio strategiju isključivanja generičkih proizvoda, nepotpuni su, nejasni i neuvjerljivi ili im proturječi Krkin naknadni odgovor na Komisijin zahtjev za pružanje informacija (točke 1010. do 1025. pobijane presude).

68. Naposljetku, kao četvrto, u točkama 1041. do 1060. pobijane presude Opći sud smatrao je da je pogrešno i to što se sporazum o ustupanju i licenci Krka kvalificirao kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj jer se ta kvalifikacija temelji na pogrešnoj pretpostavci podjele tržišta koja je uspostavljena sporazumima o nagodbi i licenci Krka.

## 2) *Žalbeni razlozi koji se odnose na cilj sporazumâ Krka*

69. Prema Komisijinu mišljenju, razmatranja Općeg suda sažeta u točkama 62. do 68. ovog mišljenja sadržavaju nekoliko pogrešaka koje se tiču prava.

70. U prvom žalbenom razlogu Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava time što se u okviru svoje analize cilja sporazumâ Krka oslonio na navodno Krkino priznanje valjanosti patenta 947, pri čemu nije ispitao tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka koji se odnosi na potencijalno tržišno natjecanje između Krke i Serviera (odjeljak i.).

71. U drugom žalbenom razlogu Komisija tvrdi da analiza Općeg suda sadržava pogreške jer je smatrao da licencija ne predstavlja poticanje Krke na to da prihvati ograničenja sporazuma o nagodbi Krka (odjeljak ii.).

72. U trećem žalbenom razlogu Komisija navodi da je Opći sud pogrešno primijenio koncept ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, osobito jer je zaključio da nije postojala podjela tržišta između Serviera i Krke zbog toga što ona nije bila „stroga”, pri čemu je iskrivio dokaze o uvjerenjima stranaka ili pak smatrao da uspostavljeni duopol proizlazi iz kasnijih odabira tih stranaka, a ne iz sporazumâ (odjeljak iii.).

73. U četvrtom žalbenom razlogu Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava prilikom svoje analize dokaza u pisanom obliku koji se odnose na namjeru stranaka (odjeljak iv.).

74. U petom žalbenom razlogu Komisija smatra da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava time što je uzeo u obzir pozitivne učinke licencije na tržišno natjecanje (odjeljak v.).



75. U šestom žalbenom razlogu Komisija smatra da je Opći sud u pobijanoj presudi počinio pogrešku koja se tiče prava time što je odbio priznati protutržišnu prirodu sporazuma o ustupanju i licenci Krka (odjeljak vi.).

*i) Konkurentski pritisak koji je Krka izvršavala na Servier (prvi žalbeni razlog)*

76. U prvom žalbenom razlogu Komisija tvrdi da je Opći sud počinio nekoliko pogrešaka koje se tiču prava i iskrivio dokaze time što je nakon nedovoljnog obrazloženja zaključio da Krka u trenutku sklapanja sporazumâ Krka više nije bila izvor konkurentskog pritiska na Servier.

*– Dopuštenost i predmetnost žalbenog razloga*

77. Uvodno valja odbiti Servierove prigovore prema kojima je taj žalbeni razlog nedopušten i bespredmetan.

78. Kao prvo, suprotno onomu što tvrdi Servier, Komisija konkretno navodi točke pobijane presude na koje se odnose njezine kritike.

79. Kao drugo, Komisija ne traži od Suda ni da, kao što to tvrdi Servier, ponovno ocijeni činjenice. Komisija tvrdi da Opći sud nije poštovao pravila kojima se uređuje teret dokazivanja i izvođenje dokaza u pravu Unije te da je iskrivio dokaze i da njegova objašnjenja u tom pogledu nisu dovoljno obrazložena. Naime, na takve se pogreške može pozvati pred Sudom u okviru žalbe. Štoviše, Komisijine kritike odnose se na pravnu kvalifikaciju činjenica koje je ispitao Opći sud i na pravne posljedice koje je on iz toga izveo, što je također obuhvaćeno nadzorom Suda u okviru žalbe<sup>46</sup>.

80. Kao treće, ne može se prihvatiti ni Servierova argumentacija prema kojoj je taj žalbeni razlog bespredmetan.

81. Prema Servierovu mišljenju, činjenica da Opći sud nije ispitao postojanje potencijalnog tržišnog natjecanja između Serviera i Krke ne može dovesti u pitanje zaključke iz pobijane presude o nepostojanju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, koji se temelje na razlozima različitim od kvalifikacije Krke kao Servierova potencijalnog konkurenta.

82. Taj se Servierov prigovor odražava u razmatranju Općeg suda navedenom u točki 1234. pobijane presude, prema kojem je zbog činjenice da se utvrdilo da sporazumi Krka, na temelju analize Općeg suda, ne predstavljaju ni ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj ni ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak, postalo suvišno to da Opći sud ispita tužbeni razlog koji se odnosi na potencijalno tržišno natjecanje između Serviera i Krke.

83. Međutim, suprotno onomu na što se čini da se upućuje u navedenoj točki i suprotno onomu što tvrdi Servier, Opći sud nije odbio kvalifikaciju sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (ni kvalifikaciju navedenih sporazuma kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na učinak<sup>47</sup>) zbog razloga koji nisu povezani s kvalifikacijom Krke kao Servierova potencijalnog konkurenta.

<sup>46</sup> Vidjeti rješenje od 29. rujna 2010., EREF/Komisija (C-74/10 P i C-75/10 P, neobjavljeno, EU:C:2010:557, t. 41. i 42. te navedena sudska praksa) i presudu od 9. lipnja 2011., Comitato „Venezia vuole vivere” i dr./Komisija (C-71/09 P, C-73/09 P i C-76/09 P, EU:C:2011:368, t. 152. i 153. te navedena sudska praksa).

<sup>47</sup> Vidjeti u tom pogledu sedmi žalbeni razlog (točka 304. ovog mišljenja).

84. Kao što to proizlazi iz sažetka rasuđivanja Općeg suda iz točaka 60., 63. i 67. ovog mišljenja, Opći sud oslonio se na navodno Krkino priznavanje valjanosti patenta 947 kako bi odbio kvalifikaciju sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. U biti, Opći sud smatrao je da, suprotno onomu što je utvrdila Komisija (točka 58. ovog mišljenja), Krka nije prihvatila da ne konkurira Servieru na 18 do 20 tržišta Unije koja su obuhvaćena sporazumom o nagodbi zbog toga što joj je Servier ponudio licenciju na drugih sedam tržišta, nego zbog toga što je vjerovala da je patent 947 valjan.

85. Prema mišljenju Općeg suda, sporazum o nagodbi u sporu o patentu koji sadržava klauzule o neosporavanju patenta i o zabrani komercijalizacije treba kvalificirati kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj samo ako se ne temelji na tome da stranke priznaju valjanost patenta, nego na poticaju koji je nositelj patenta platio proizvođaču generičkih lijekova (točke 262. do 265. pobijane presude).

86. Slijedom toga, Krkino navodno priznavanje valjanosti patenta 947, uz to da prijenos vrijednosti u korist Krke koji predstavlja sporazum o licenci Krka navodno nije bio poticanje<sup>48</sup>, predstavljalo je srž rasuđivanja Općeg suda prilikom njegove analize protutržišnog cilja sporazumâ Krka (točke 970., 971., 999., 1000., 1010. do 1012. i 1026. do 1028. pobijane presude).

87. Međutim, u okviru prvog žalbenog razloga Komisija tvrdi da Opći sud nije mogao odlučiti o Krkinu priznavanju valjanosti patenta 947 a da pritom ne ispita preliminarno pitanje postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja između Krke i Serviera. Naime, Komisija je u potporu tezi prema kojoj je Krka bila Servierov potencijalni konkurent iznijela dokaze koje Opći sud nije uzeo u obzir, a koji dokazuju upravo to da Krka *nije* bila uvjerenjena da je taj patent valjan. Štoviše, Opći sud iskrivio je dokaze koje je iznijela Komisija i koje je on selektivno odabrao, a na kojima se temeljilo njegovo uvjerenje u pogledu Krkina navodnog priznavanja valjanosti navedenog patenta te je prilikom tumačenja navedenih elemenata iznio očito pogrešna alternativna objašnjenja.

88. Iz te argumentacije proizlazi da Komisija ne tvrdi samo da je Opći sud trebao ispitati jesu li Servier i Krka bili potencijalni konkurenti u trenutku sklapanja sporazumâ Krka, nego i, prije svega, da je Opći sud svoju analizu u pogledu protutržišnog cilja tih sporazuma temeljio na djelomičnoj ili čak selektivnoj ocjeni te na iskrivljavanju elemenata spisa.

89. Nema nikakve dvojbe da je takva kritika relevantna za ispitivanje osnovanosti utvrđenja Općeg suda o nepostojanju protutržišne prirode sporazumâ Krka jer bi ona, ako se pokaže osnovanom, mogla dokazati da je to utvrđenje pogrešno i dovesti do ukidanja pobijane presude<sup>49</sup>.

90. Iz toga slijedi da treba odbiti argument o postojanju zapreke vođenju postupka koji se temelji na navodnoj bespredmetnosti prvog žalbenog razloga.

<sup>48</sup> Vidjeti u tom pogledu drugi žalbeni razlog (točke 135. do 176. ovog mišljenja).

<sup>49</sup> Vidjeti u pogledu te definicije predmetnosti žalbenog razloga presudu od 21. rujna 2000., EFMA/Vijeće (C-46/98 P, EU:C:2000:474, t. 38.), navedenu u točki 1257. pobijane presude.

– *Meritum*

91. Prema Komisijinu mišljenju, Opći sud počinio je pogreške koje se tiču prava time što je smatrao, osobito u točkama 970., 1026., 1028., 1154. i 1162. pobijane presude, da je Krka priznala valjanost patenta 947 i da mjere koje je poduzela nakon donošenja EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006.<sup>50</sup> ne dokazuju da je bila odlučna u tome da nastavi sa svojim naporima kako bi ušla na tržište unatoč toj odluci.

92. Najprije je korisno podsjetiti na to da se postojanje povrede pravila tržišnog natjecanja može pravilno ocijeniti samo ako se indicije na koje se poziva u spornoj odluci ne razmatraju odvojeno, nego zajedno, uzimajući u obzir obilježja predmetnog tržišta proizvoda<sup>51</sup>. Opseg nadzora zakonitosti predviđenog u članku 263. UFEU-a proteže se na sve elemente Komisijinih odluka u vezi s postupcima na temelju članaka 101. i 102. UFEU-a nad kojima Opći sud provodi detaljan nadzor kako prava tako i činjenica u pogledu razloga koje navedu stranke<sup>52</sup>.

93. Slijedom toga, valja podsjetiti na to da u pravu Unije vrijedi načelo slobodnog izvođenja dokaza i da je jedini relevantan kriterij ocjene podnesenih dokaza njihov kredibilitet<sup>53</sup>. Kako bi ispunila svoju obvezu u pogledu tereta dokazivanja, Komisija treba prikupiti dovoljno precizne i dosljedne dokaze na kojima će se temeljiti čvrsto uvjerenje o tome da je počinjena navodna povreda<sup>54</sup>.

94. Međutim, svaki od dokaza koje je podnijela Komisija ne mora nužno ispunjavati te kriterije u odnosu na svaki element povrede. Dovoljno je da skup indicija na koje se poziva institucija, ocijenjenih zajedno, ispunjava taj zahtjev<sup>55</sup>. Dokazi kojima Komisija raspolaže moraju biti takvi da ih se može dopuniti zaključcima, a postojanje prakse ili protutržišnog sporazuma mora se moći zaključiti iz određenog broja podudarnosti i indicija koje, razmatrane kao cjelina i u nedostatku drugog dosljednog objašnjenja, mogu biti dokaz povrede pravila tržišnog natjecanja<sup>56</sup>.

95. Ako se Komisija oslanja na pretpostavku da se utvrđene činjenice ne mogu objasniti drukčije nego protutržišnim ponašanjem, utvrđenje povrede ne može se prihvatiti ako predmetni poduzetnici iznesu argumentaciju koja daju drukčije značenje činjenicama koje je utvrdila Komisija i koje time omogućuju da se utvrdi drugo objašnjenje činjenica od onog koje je utvrdila Komisija<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> Točka 21. ovog mišljenja

<sup>51</sup> Presuda od 14. srpnja 1972., Imperial Chemical Industries/Komisija (48/69, EU:C:1972:70, t. 68.)

<sup>52</sup> Presude od 11. rujna 2014., CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 44.) i od 21. siječnja 2016., Galp Energía España i dr./Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, t. 72.)

<sup>53</sup> Presude od 25. siječnja 2007., Dalmine/Komisija (C-407/04 P, EU:C:2007:53, t. 49. i 63.); od 19. prosinca 2013., Siemens i dr./Komisija (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, neobjavljena, EU:C:2013:866, t. 128.) i od 27. travnja 2017., FSL i dr./Komisija (C-469/15 P, EU:C:2017:308, t. 38.)

<sup>54</sup> Presude od 28. ožujka 1984., Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink/Komisija (29/83 i 30/83, EU:C:1984:130, t. 20.) i od 31. ožujka 1993., Ahlström Osakeyhtiö i dr./Komisija (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85, EU:C:1993:120, t. 127.); vidjeti i presudu od 16. lipnja 2015., FSL i dr./Komisija (T-655/11, EU:T:2015:383, t. 176.)

<sup>55</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 15. listopada 2002., Limburgse Vinyl Maatschappij i dr./Komisija (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, EU:C:2002:582, t. 513. do 523.); vidjeti i presudu od 27. rujna 2006., Dresdner Bank i dr./Komisija (T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP i T-61/02 OP, EU:T:2006:271, t. 63.)

<sup>56</sup> Vidjeti u tom smislu presude od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 55. do 57.) i od 27. rujna 2006., Dresdner Bank i dr./Komisija (T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP i T-61/02 OP, EU:T:2006:271, t. 64. i 65.)

<sup>57</sup> Presude od 28. ožujka 1984., Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink/Komisija (29/83 i 30/83, EU:C:1984:130, t. 16.); od 31. ožujka 1993., Ahlström Osakeyhtiö i dr./Komisija (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85, EU:C:1993:120, t. 126 i 127.) i od 22. studenoga 2012., E.ON Energie/Komisija (C-89/11 P, EU:C:2012:738, t. 74.)

96. Naposljetku, iskrivljavanje dokaza postoji kada je bez izvođenja novih dokaza ocjena postojećih dokaza očito pogrešna<sup>58</sup> jer je Opći sud očito prekoračio granice razumne ocjene tih dokaza<sup>59</sup>.

97. Suprotno onomu što je Opći sud smatrao u točki 1016. pobijane presude, sva ta načela, a osobito ona sažeta u točki 94. ovog mišljenja, ne primjenjuju se samo kada Komisija na temelju nepotpunih i nepovezanih dokaza treba utvrditi samo postojanje zabranjenog sporazuma ili protutržišnih kontakata. Ta su načela relevantna i u situaciji kao što je ona u ovom slučaju, u kojoj je Komisija mogla raspolagati sadržajem predmetnih sporazuma<sup>60</sup>.

98. Točno je da u takvoj situaciji nije potrebno zaključivanjem rekonstruirati sâm sadržaj tih sporazuma. Međutim, odgovor na pitanje je li cilj tog sadržaja bila nezakonita podjela tržišta ne treba izvesti samo iz navedenog sadržaja, nego i iz konteksta sporazuma te, ovisno o slučaju, iz namjere stranaka<sup>61</sup>. Doista, prethodno navedena načela i dalje su u potpunosti važna za tumačenje tih elemenata konteksta.

99. Komisija je u ovom slučaju ispitala takve elemente konteksta kako bi utvrdila je li Krka bila Servierov potencijalni konkurent prije sklapanja sporazuma Krka. Komisija je u tom pogledu u uvodnim izjavama 1680. do 1700. sporne odluke navela da je Krka uvjerljivo prvi konkurent proizvođač generičkih lijekova koji je dovodio u pitanje Servierov konkurentski položaj za isporuku perindoprila, da su Servier i Krka već bili postojeći konkurenti za isporuku perindoprila u Češkoj Republici, Mađarskoj, Litvi, Poljskoj i Sloveniji te da je Krka bila potencijalni konkurent na drugim tržištima Unije jer je, kao prvo, njezin proizvod bio spreman za puštanje u prodaju na tim tržištima, kao drugo, prepreke u području patenta nisu bile nepremostive, kao treće, imala je određen broj partnera za suradnju za nekoliko tržišta i, kao četvrto, nastojala je ući na ta tržišta.

100. Konkretnije, kad je riječ o Krkinjoj ocjeni valjanosti Servierovih patenata, Komisija je utvrdila, s jedne strane, da mnogobrojni dokazi u pisanom obliku koji su prethodili EPO-ovoj odluci od 27. srpnja 2006. potvrđuju činjenicu da je Krka bila uvjerena da će njezina tužba za proglašenje ništavosti biti prihvaćena (uvodna izjava 1685. sporne odluke).

101. S druge strane, Komisija je smatrala da se ne može prihvatiti Krkina tvrdnja prema kojoj je zbog EPO-ove odluka od 27. srpnja 2006. odustala od napora za komercijalizaciju perindoprila erbumina u obliku alfa i da elementi koje je Krka iznijela u tom pogledu nisu uvjerljivi s obzirom na određen broj dokaza koji pokazuju da Krka nije prihvatila navedenu odluku te da je i dalje bila odlučna u tome da uđe na tržište sa svojim proizvodom (uvodne izjave 1686. do 1691. sporne odluke).

102. Da je Opći sud uzeo u obzir dokaze i rasuđivanje iz uvodnih izjava sporne odluke koje su sažete u točkama 99. do 101. ovog mišljenja, Komisija tvrdi da u točkama 971., 1010., 1011. i 1017. pobijane presude ne bi mogao zaključiti da je Krka priznala valjanost patenta 947 i da je se

<sup>58</sup> Presude od 18. siječnja 2007., PKK i KNK/Vijeće (C-229/05 P, EU:C:2007:32, t. 37.); od 22. studenoga 2007., Sniace/Komisija (C-260/05 P, EU:C:2007:700, t. 37.) i od 17. lipnja 2010., Lafarge/Komisija (C-413/08 P, EU:C:2010:346, t. 17.)

<sup>59</sup> Presude od 4. srpnja 2013., Komisija/Aalberts Industries i dr. (C-287/11 P, EU:C:2013:445, t. 52.) i od 17. listopada 2019., Alcodis i Alcodis/Komisija (C-403/18 P, EU:C:2019:870, t. 64.)

<sup>60</sup> U uvodnoj izjavi 56. sporne odluke navodi se da je tekst sporazuma koje su sklopili Servier i proizvođači generičkih lijekova bio jedan od dokaza koje je upotrijebila Komisija.

<sup>61</sup> Presuda od 11. rujna 2014., CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 53. i 54.)

odvratilo od njezinih napora za povratak na tržište nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006. i privremenog sudskog naloga od 3. listopada 2006. koji je protiv Krke izdan u Ujedinjenoj Kraljevini<sup>62</sup>.

103. U točkama 970. i 1154. pobijane presude Opći sud samo je naveo da su „u trenutku sklapanja sporazumâ o nagodbi i licenci postojale [...] podudarajuće indicije na temelju kojih su stranke mogle smatrati da je patent 947 bio valjan” te je u tom pogledu uputio na točke 967. i 968. navedene presude. U tim je točkama sažeo određene činjenice koje se odnose na postupak povodom prigovora protiv patenta 947 pred EPO-om i na spor između Krke i Serviera pred engleskim sudovima<sup>63</sup>.

104. Međutim, od tih činjenica, Opći sud uzeo je u obzir samo EPO-ovu odluku od 27. srpnja 2006. i privremeni sudski nalog koji je 3. listopada 2006. protiv Krke izdao High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (Visoki Sud, Engleska i Wales, Odjel *Chancery*, Patentni sud). Time Opći sud nije uzeo u obzir sljedeće elemente, koje je Komisija istaknula u okviru ove žalbe i koji su relevantni za Krkinu ocjenu valjanosti patenta 947 dan prije nego što su 27. listopada 2006. potpisani sporazumi o nagodbi i licenci Krka:

- Dokazi u pisanom obliku u pogledu Krkine ocjene EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006. pokazuju da je Krka tu odluku smatrala „šokantnom”, „užasnom” i pristranom, da nije priznala njezino rasuđivanje i da je bila odlučna u tome da je ne prihvati (uvodna izjava 1688. sporne odluke).
- Krka nije samo nastavila osporavati valjanost patenta 947 pred EPO-om nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006.<sup>64</sup>, nego je u rujnu 2006. podnijela protutužbe za proglašenje patenata 947 i 340 ništavima te zahtjev za skraćeni postupak (*application for summary judgment*) pred High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents Court) (Visoki Sud, Engleska i Wales, Odjel *Chancery*, Patentni sud)<sup>65</sup> (uvodne izjave 1687. i 1688. sporne odluke).
- U rješenju tog Visokog Suda donesenom 3. listopada 2006. u tom sporu, kojim se Servieru odobrava privremeni sudski nalog protiv Krke i kojim se nalaže da se provede postupak o meritumu<sup>66</sup>, navodi se da je Krka imala čvrstu osnovu za pobijanje valjanosti patenta 947 (uvodne izjave 904. i 1689. sporne odluke).
- Krka je 13. listopada 2006. u Mađarskoj uspjela u sudskom postupku protiv Servierova zahtjeva za izdavanje privremenog sudskog naloga, koji je odbijen<sup>67</sup> (uvodna izjava 1687. sporne odluke).
- Svi dokazi pokazuju da Servier moguće proglašenje patenta 947 nevaljanim nije smatrao marginalnim rizikom, nego stvarnom i konkretnom mogućnosti (uvodna izjava 1691. sporne odluke).
- Krka je navela Komisiji da je Servier smatrao da posjeduje jedan od najboljih i najpotpunijih dokaza u okviru postupka povodom prigovora pred EPO-om i opoziva u Ujedinjenoj Kraljevini (uvodne izjave 912., 1688. i 1690. sporne odluke).

<sup>62</sup> Točka 30. ovog mišljenja

<sup>63</sup> Točke 20., 21., 29. i 30. ovog mišljenja

<sup>64</sup> Točka 21. ovog mišljenja

<sup>65</sup> Točka 29. ovog mišljenja

<sup>66</sup> Točka 30. ovog mišljenja

<sup>67</sup> Točka 28. ovog mišljenja

105. Opći sud nije objasnio razloge zbog kojih nije uzeo u obzir te elemente niti *a fortiori* na koji su način, prema njegovu mišljenju, navedeni elementi u skladu s utvrđenjem navodna Krkinog priznavanja valjanosti patenta nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006. i privremenog sudskog naloga koji je britanski sud izdao 3. listopada 2006.

106. Kao prvo, Opći sud nije iznio nijedan element kojim se pobija Komisijina tvrdnja prema kojoj ne postoji nijedan dokument sastavljen u vrijeme sklapanja sporazuma koji upućuje na to da su navedene odluke i privremeni sudski nalog izmijenili način na koji Krka shvaća patent 947.

107. Komisija je u uvodnim izjavama 1688. i 1690. sporne odluke priznala da je točno da Krka više nije bila u potpunosti uvjerena u svoj položaj u sporu nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006. te da su ta odluka i sudski nalozi izdani u Ujedinjenoj Kraljevini protiv Krke i Apotexa<sup>68</sup> sigurno utjecali na Krkinu procjenu situacije povezane s patentom. Međutim, u skladu s Komisijinom analizom, Krka ni izdaleka nije odustala od ustrajanja na nevaljanosti patenta 947, u čemu su je podupirali njezini partneri. Ništa nije sprečavalo stvarnu i konkretnu mogućnost da Krka ishodi proglašenje patenta 947 nevaljanim u postupku o meritumu.

108. Kao što to tvrdi Komisija, elementi navedeni u točki 104. ovog mišljenja potvrđuju tu analizu, dok suprotno stajalište Općeg suda nije potkrijepljeno elementima spisa.

109. Kao drugo, u točkama 1010. i 1011. pobijane presude Opći sud oslonio se na Krkin odgovor na Komisijin zahtjev za pružanje informacija iz uvodne izjave 913. sporne odluke, u kojem je Krka tvrdila, među ostalim, da su se „dobivanje licencije i povlačenje prigovorâ u tom trenutku smatrali najboljom opcijom za Krku” i da bi „u svim drugim slučajevima, puštanje u prodaju bilo moguće tek najmanje dvije godine nakon srpnja 2006., a čak i nakon tog razdoblja puštanje u prodaju nije bilo zajamčeno (rizik od toga da će se patent 947 zadržati, rizik od razvijanja oblika koji nije alfa)”. Opći sud utvrdio je da taj ulomak „potvrđuje utvrđenje prema kojem je Krka smatrala da je svako zadržavanje ili neposredan ulazak u sedam država članica obuhvaćenih sporazumom o licenciji nemoguć bez tog sporazuma zbog patenta 947”.

110. Doista, time što je izjavi koju je Krka dala tijekom postupka pred Komisijom pridao veću važnost nego dokazima koji potvrđuju Krkina uvjerenja prije sklapanja sporazumâ Krka, Opći sud povrijedio je načela kojima se uređuje izvođenje dokaza pred sudom Unije. U skladu s tim načelima, naknadne izjave dane za potrebe postupka pred Komisijom imaju manju dokaznu vrijednost od dokaza i dokumenata iz vremena predmetnog protutržišnog ponašanja, koji su sastavljeni *in tempore non suspecto* i koji su neposredno povezani s predmetnim činjenicama<sup>69</sup>.

111. Kao treće, u istom smislu, teško je razumjeti na koji je način Krkina tvrdnja, iznesena tijekom Komisijine istrage i navedena u uvodnoj izjavi 1738. sporne odluke, prema kojoj bi „oportunitetni trošak nesklapanja sporazuma o nagodbi Krka bio jednak „na više od deset milijuna eura” izgubljene dobiti „u tri godine”, mogla biti, kao što je to Opći sud naveo u točki 1000. pobijane presude, „dodatna indicija činjenice da je Krka smatrala da je patent 947 bio valjan”. Ta je dobit odgovarala očekivanoj dobiti za ulazak na sedam tržišta ili zadržavanje na tim tržištima, koja su obuhvaćena sporazumom o licenciji Krka i, slijedom toga, procjeni tržišne vrijednosti licencije.

112. Međutim, Komisija valjano tvrdi da se iz činjenice da je Krka na taj način procijenila vrijednost licencije tijekom postupka pred Komisijom ne može zaključiti, kao što je to učinio Opći sud, da je ona u trenutku sklapanja sporazumâ Krka smatrala da je patent 947 valjan. Opći sud

<sup>68</sup> Točka 24. ovog mišljenja

<sup>69</sup> Vidjeti presudu od 16. lipnja 2015., FSL i dr./Komisija (T-655/11, EU:T:2015:383, t. 183., 380. i 381. te navedena sudska praksa).

izvodi to tumačenje iz ideje da je ta Krkina izjava značila da je u trenutku sklapanja sporazumâ bila uvjerena da će izgubiti taj iznos ako joj Servier ne dodijeli licenciju jer bez takve licencije ne bi mogla ući na navedena tržišta ili se zadržati na njima.

113. Međutim, kao što to navodi Komisija, ne postoji nikakva indicija koja potvrđuje takvo tumačenje te naprotiv postoje ozbiljne indicije koje pokazuju da bi Krka ostala na tržištima obuhvaćenima licencijom i da nije sklopila sporazume sa Servierom, koje osobito uključuju činjenicu da je Krka nastavila prodavati svoj proizvod u Mađarskoj nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006. i da je bila uspješna u postupku povodom Servierova zahtjeva za izdavanje privremenog sudskog naloga u Mađarskoj (uvodna izjava 1675. sporne odluke).

114. Kao četvrto, nije razumljiv ni razlog zbog kojeg je Opći sud pridao iznimnu važnost nalogu koji je Servier ishodio protiv Krke pred britanskim sudom 3. listopada 2006., ali u predmetnom dijelu pobijane presude, koji se odnosi na cilj sporazumâ Krka, nije ni naveo da je sličan Servierov zahtjev za izdavanje sudskog naloga protiv Krke odbijen u Mađarskoj 13. listopada 2006.<sup>70</sup>

115. U točki 1155. pobijane presude, u dijelu koji se odnosi na učinke sporazumâ Krka, Opći sud odbio je taj element zbog toga što je bila riječ o postupku koji se nije odnosio na neku od zemalja u kojima je Komisija utvrdila ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak (Francuska, Nizozemska i Ujedinjena Kraljevina (vidjeti točku 39. ovog mišljenja)). Međutim, taj argument nije relevantan za objašnjenje razloga zbog kojeg takav Krkin uspjeh u sporu nije utjecao na način na koji je shvaćala valjanost patenta 947 i svoj položaj u sporu o tom patentu, dok je, prema mišljenju Općeg suda, nalog koji je Servier ishodio u Ujedinjenoj Kraljevini imao odlučujući učinak na to Krkino shvaćanje. Kao što je to Komisija objasnila primjerima u uvodnim izjavama 1690. i 1697. sporne odluke, uspješno osporavanje u jednoj jurisdikciji može dovesti do niza osporavanja u drugim jurisdikcijama. To potvrđuju postupci koje su pokrenuli Apotex i njegovo nizozemsko društvo kći, opisani u točkama 23. do 25. ovog mišljenja.

116. Osim toga, zavaravajuća je napomena Općeg suda iz točke 968. pobijane presude, u njezinoj vjerodostojnoj verziji na francuskom jeziku, prema kojoj je britanski sud rješenjem od 3. listopada 2006. „prihvatio [...] zahtjev za izdavanje privremenog sudskog naloga Serviera te je odbio zahtjev koji je Krka podnijela 1. rujna 2006.“. Opći sud u toj točki navodi samo činjenicu da je Krka 1. rujna 2006. podnijela protutužbu za poništenje patenta 947, što upućuje na to da je 3. listopada 2006. odbijen taj zahtjev. Međutim, to ne odgovara stvarnoj situaciji. Opći sud u navedenoj točki nije pojasnio da je Krka 1. rujna 2006. podnijela i zahtjev za skraćeni postupak. Međutim, britanski sud odbio je samo taj zahtjev za skraćeni postupak u svojem rješenju od 3. listopada 2006. jer je smatrao da je za ispitivanje patenta potreban postupak o meritumu. Suprotno tomu, sud u toj fazi uopće nije odbio Krkinu protutužbu za poništenje patenta 947, koja je ostala u tijeku sve do obustavljanja postupka nakon sklapanja sporazuma o nagodbi Krka (točka 23. pobijane presude i uvodne izjave 904. i 1689. sporne odluke). Kao što je to Komisija navela u svojim podnescima i na raspravi u ovom žalbenom postupku, sud je preporučio da se meritorno ispitivanje patenta provede brzo te je naložio da se provede ubrzani postupak koji je trebao započeti 21. veljače 2007.

117. Kao peto, kao što to pojašnjava Komisija, tumačenje Općeg suda prema kojem su EPO-ova odluka od 27. srpnja 2006. i privremeni sudski nalog koji je britanski sud izdao Servieru protiv Krke 3. listopada 2006. bili odlučujući elementi koji su uvjerali Krku da je patent 947 valjan i da odustane od svojih napora da neovisno uđe na tržište, proturječi ostalim tvrdnjama Općeg suda.

<sup>70</sup> Točka 28. ovog mišljenja

118. Stoga je Opći sud u točkama 366. do 370. pobijane presude objasnio da takvi sudski nalozi zbog svoje privremenosti ne sprečavaju odvijanje potencijalnog tržišnog natjecanja, da su čak i presude o meritumu privremene dok se ne iskoriste svi pravni lijekovi i da se odlukom kojom se potvrđuje valjanost patenta, kao što je EPO-ova odluka od 27. srpnja 2006. (uz činjenicu da se protiv nje i dalje mogla podnijeti žalba i da je uostalom naknadno poništena<sup>71</sup>), ni na koji način ne utvrđuje predstavljaju li povredu generički proizvodi za koje nositelj tvrdi da su povrijedili navedeni patent.

119. Kao šesto, alternativna objašnjenja koja je Opći sud iznio kako bi opravdao da elementi koje je uzeo u obzir u svojoj analizi ne pobijaju utvrđenje o Krkinu navodnom priznavanju valjanosti patenta 947 nisu uvjerljiva.

120. U točkama 1026. i 1162. pobijane presude Opći sud smatrao je da „okolnost da je Krka nastavila osporavati Servierove patente te komercijalizirati svoj proizvod iako je EPO-ov odjel za prigovore potvrdio valjanost patenta 947 nije odlučujući element kako bi se moglo zaključiti da postoji ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, uzimajući u obzir da se takvo Krkino daljnje izvršavanje konkurentskog pritiska na Servier može objasniti Krkinom željom da, unatoč rizicima od pokretanja sudskog postupka koje je očekivala, ojača svoje stajalište u pregovorima koje je mogla voditi sa Servierom kako bi se došlo do sporazuma o nagodbi”.

121. Doista, Komisija valjano tvrdi da je Opći sud, time što je donio takav zaključak, očito pogrešno ocijenio činjenicu da je Krka nastavila osporavati patent 947 nakon EPO-ove odluke od 27. srpnja 2006., a da pritom nije uzeo u obzir sve prethodno navedene skupove indicija koje je prikupila Komisija niti ih je ispitao u odnosu na vjerodostojnost svojeg alternativnog objašnjenja.

122. Međutim, s obzirom na dokaze koje je prikupila Komisija, sažete u točki 104. ovog mišljenja, ni na koji se način ne može opravdati stajalište Općeg suda prema kojem je Krka bila uvjeren da je patent 947 valjan i da je nastavila osporavati valjanost tog patenta samo kako bi poboljšala svoj položaj u pregovorima sa Servierom, a Opći sud ne navodi nijednu indiciju na temelju koje je mogao izvesti to tumačenje.

123. Usto, kao što to pravilno ističe Komisija, Opći sud proturječio je sâm sebi kad je, s jedne strane, u točkama 963. i 965. do 968. pobijane presude objasnio da su sporovi između Serviera i Krke bili stvarni, pri čemu je, s druge strane, u točki 1026. pobijane presude smatrao da je Krkino pokretanje tih sporova bio samo strateški potez kojim je nastojala poboljšati svoj položaj u pregovorima sa Servierom kako bi se došlo do sporazuma o nagodbi.

124. Kao sedmo, Opći sud odbio je, također na temelju neuvjerljivog objašnjenja, Komisijin prigovor iz uvodnih izjava 1747. do 1756. sporne odluke, na koji Komisija podsjeća u okviru ove žalbe, da sadržaji sporazumâ o nagodbi i licencijski Krka nisu odražavali stajališta i rizike povezane s patentima u zemljama obuhvaćenima tim sporazumima. Nacionalni ekvivalent patenta 947 nije bio odobren u Poljskoj, Češkoj Republici i Slovačkoj<sup>72</sup>, ali je Servier ustrajao na tome da se dodijeli licencija za te zemlje. Prema Komisijinu mišljenju, to pokazuje da cilj tih sporazuma nije bio postići kompromis koji se temelji na koristima tog patenta, nego podijeliti i međusobno raspodijeliti tržišta isključivo u gospodarskom interesu stranaka. Stoga se sporazumi nisu temeljili „na razlikama u riziku povezanom s patentima za Krku, nego na područjima gospodarskog interesa, pri čemu su Latvija i Slovačka dio Krkinih ključnih tržišta”.

<sup>71</sup> Točka 21. ovog mišljenja

<sup>72</sup> Vidjeti točku 35. ovog mišljenja.



125. Opći sud nije uzeo u obzir taj prigovor te je samo razmotrio tu tematiku u točkama 1007. do 1009. i 1027. pobijane presude, u kojima je smatrao da je sporazum o licencijski Krka imao povoljan učinak na tržišno natjecanje na tih sedam tržišta, iako nacionalni ekvivalenti patenta 947 još nisu bili odobreni na nekima od navedenih tržišta, tako da Krka nije trebala licenciju da bi ušla na ta tržišta. Prema mišljenju Općeg suda, licencija je ipak imala povoljan učinak za Krku da izbjegne kasniji rizik od sudskog spora u slučaju da se Servieru u budućnosti odobre patenti na tim tržištima. Međutim, ta je argumentacija nedovoljna ne samo u svrhu utvrđivanja navodnih pozitivnih učinaka licencije na tržišno natjecanje<sup>73</sup>, nego i u svrhu pobijanja Komisijina tumačenja prema kojem se sporazumi Krka nisu temeljili na načinu na koji stranke shvaćaju rizike povezane s patentima na različitim predmetnim tržištima.

126. Naposljetku, kao osmo, ne može se prihvatiti razmatranje Općeg suda, koje se u biti navodi u točkama 943. do 947., 963., 965. do 972., 1030. i 1157. pobijane presude, prema kojem samo sklapanje sporazuma o licencijski Krka potvrđuje da je Krka priznala valjanost patenta 947.

127. U točkama 947., 1030. i 1157. pobijane presude Opći sud obrazložio je taj zaključak time što je naveo da se sklapanje sporazuma o licencijski, koje ima smisla za stjecatelja licencije samo ako se licencija stvarno upotrebljava, također temelji na tome da strane priznaju valjanost patenta. Međutim, kad bi se iz činjenice da se sporazum o licencijski u načelu ili u pravilu temelji na priznavanju temeljnog patenta zaključilo da u konkretnom slučaju strane takvog sporazuma nužno priznaju valjanost predmetnog patenta, to bi bilo kružno rasuđivanje. Štoviše, provedba prava tržišnog natjecanja Unije bila bi ozbiljno ugrožena kad bi strane protutržišnih sporazuma mogle izbjeći primjenu članka 101. UFEU-a samo time da sastave sporazume u određenom obliku<sup>74</sup>.

128. Budući da oblik sporazuma ne može biti odlučujući, stoga je, kao što to proizlazi iz sudske prakse navedene u točkama 92. do 96. ovog mišljenja, na temelju relevantnih pravila koja se odnose na izvođenje dokaza na Komisiji i sudu Unije da se oslone na skup relevantnih, usklađenih i uvjerljivih dokaza kako bi dokazali da u konkretnom slučaju predmetni sporazum treba kvalificirati kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

129. Međutim, u ovom slučaju, suprotno onomu što je Opći sud naveo u točkama 1018., 1019. i 1025. pobijane presude, iz prethodnog ispitivanja proizlazi da je Komisija stvarno prikupila takav skup indicija kako bi dokazala da Krka na dan sklapanja sporazuma o nagodbi i licencijski Krka nije bila uvjerena da je patent 947 valjan te je naprotiv bila odlučna u tome da ga nastavi osporavati i da pokuša ući na tržište ili se zadržati na njemu unatoč tom patentu. U navedenim točkama Opći sud pogrešno je tvrdio da su dokazi koje je prikupila Komisija nepotpuni i nejasni a da pritom nije ispitao sve navedene dokaze te je očito pogrešno ocijenio selektivno odabrane dokaze koje je ispitao.

<sup>73</sup> Vidjeti u tom pogledu peti žalbeni razlog (točke 229. do 242. i osobito točka 239. ovog mišljenja).

<sup>74</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 30. lipnja 1966., LTM (56/65, EU:C:1966:38, str. 358.) i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 133. i navedena sudska praksa).

– *Međuzaključak*

130. U tim uvjetima, Komisija opravdano tvrdi da je Opći sud povrijedio načela kojima se uređuje izvođenje dokaza i njegov nadzor koji provodi sud na temelju prava Unije. Kao što se navodi, u skladu s tim načelima, ocjena dokaza treba biti sveobuhvatna i dosljedna te njezin nadzor treba obuhvatiti sve elemente Komisijinih odluka koje se odnose na postupke primjene članaka 101. i 102. UFEU-a<sup>75</sup>.

131. U ovom je slučaju Opći sud očito selektivno ocijenio elemente spisa a da pritom nije uzeo u obzir velik broj relevantnih dokaza te je predložio neuvjerljiva tumačenja dokaza koje je uzeo u obzir, a koja se ne temelje na spisu. Drukčije objašnjenje koje je Opći sud nastojao iznijeti u pogledu činjenica koje je utvrdila Komisija stoga ne omogućuje da se Komisijino objašnjenje zamijeni drugim vjerodostojnim objašnjenjem tih činjenica.

132. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da prvi žalbeni razlog treba prihvatiti.

133. S obzirom na važnost koju je Opći sud pridao utvrđenju, koje se pokazalo neutemeljenim, u pogledu toga da je Krka navodno priznala valjanost patenta 947 prilikom analize protutržišnog cilja sporazumâ Krka, osnovanost prvog žalbenog razloga sama po sebi dovodi do ukidanja pobijane presude u dijelu u kojem se zaključuje da nije utvrđeno da navedeni sporazumi predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

134. Međutim, korisno je ispitati i druge žalbene razloge koje je istaknula Komisija i koji se odnose na analizu Općeg suda u pogledu protutržišnog cilja sporazumâ Krka, osobito u svrhu toga da Sud odluči o predmetu nakon ukidanja pobijane presude.

*ii) Licencija kao poticaj za Krku da prihvati ograničenja nagodbe (drugi žalbeni razlog)*

135. U okviru drugog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio nekoliko pogrešaka koje se tiču prava, da je iskrivio dokaze te da je iznio nedostatno i proturječno obrazloženje kad je proveo analizu sadržaja i ciljeva sporazuma o licencijski Krka kao poticaj Krki da prihvati ograničenja sadržana u sporazumu o nagodbi Krka.

136. Komisija je u uvodnoj izjavi 1738. i sljedećima sporne odluke smatrala da je licencija koju je Servier dodijelio Krki na sedam tržišta središnje i istočne Europe predstavljala znatan poticaj za Krku da u sporazumu o nagodbi pristane da neće konkurirati Servieru na preostalim 18 do 20 tržišta Unije.

137. Prema Komisijinu mišljenju, licencija je predstavljala znatan poticaj za Krku da prihvati ta ograničenja jer se, kao prvo, odnosila na Krkina povijesna tržišta u Uniji, na kojima je ostvarivala svoje najveće marže, kao drugo, pružala joj je jamstvo da joj Servier više neće prijetiti provedbom patenta 947 i, kao treće, bila je riječ o jedinstvenoj licencijski kojom se uspostavio stvarni duopol između Serviera i Krke na sedam predmetnih tržišta. Krka je na taj način osigurala svoju prodaju zahvaljujući licencijski i ostvarivanje visoke dobiti zahvaljujući ograničenom konkurentskom pritisku na navedenim tržištima. Krka je smatrala da novčana vrijednost dodijeljenih prednosti premašuje 10 milijuna eura (uvodne izjave 1738. do 1742. sporne odluke).

<sup>75</sup> Vidjeti točke 92. do 96. ovog mišljenja.

138. U točkama 948. do 952. pobijane presude Opći sud smatrao je da, s obzirom na to da je u načelu opravdano povezati sporazum o licencijski, koji se temelji na priznavanju valjanosti patenta, sa sporazumom o nagodbi koji sadržava klauzule o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju patenta, takvo povezivanje ne predstavlja „ozbiljnu indiciju” plaćanja za odgodu ulaska na tržište. Stoga je na Komisiji da dokaže, kako bi pokazala da sporazum o licencijski povezan sa sporazumom o nagodbi stvarno prikriva plaćanje za odgodu ulaska na tržište nositelja patenta u korist proizvođača generičkih lijekova, da je naknada koju navedeno društvo plaća navedenom nositelju u okviru tog sporazuma o licencijski neuobičajeno niska i da stoga taj sporazum nije sklopljen u normalnim tržišnim uvjetima.

139. U točkama 975. do 984. pobijane presude Opći sud utvrdio je da u ovom slučaju iznos naknade koju je Krka dugovala Servieru u okviru sporazuma o licencijski Krka nije bio neuobičajeno nizak i da Komisija nije dokazala da taj sporazum ne predstavlja transakciju izvršenu u normalnim tržišnim uvjetima. Prema mišljenju Općeg suda, Komisija stoga nije utvrdila postojanje plaćanja za odgodu ulaska na tržište koje predstavlja poticanje u okviru sporazumâ o nagodbi i licencijski Krka.

140. Uvodno valja pojasniti da se, suprotno onomu na što upućuje Servier, pitanje je li Opći sud valjano zaključio da ugovorna cjelina koju čine sporazumi o nagodbi i licencijski Krka ne obuhvaća prijenos vrijednosti sa Serviera na Krku, koja se u zamjenu samo obvezala da mu neće konkurirati, ne odnosi na činjenične ocjene koje su, osim u slučaju iskrivljavanja, u isključivoj nadležnosti Općeg suda. To se pitanje naprotiv odnosi na pravnu kvalifikaciju Općeg suda u pogledu relevantnih činjenica i na pravne posljedice koje je on iz toga izveo, što je obuhvaćeno nadzorom Suda u okviru žalbe<sup>76</sup>.

141. Kao što je to utvrdio Sud<sup>77</sup>, sporazumi o nagodbi kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju predstavljaju ograničenje tržišnoga natjecanja s obzirom na cilj ako iz svih dostupnih elemenata proizlazi da se pozitivan saldo novčanih ili nenovčanih prijenosa vrijednosti proizvođača izvornih lijekova u korist proizvođača generičkih lijekova objašnjava samo poslovnim interesom tih strana da se ne upuste u tržišno natjecanje prema zaslugama. Kako bi se ispitalo je li to slučaj, valja ocijeniti može li se pozitivan saldo prijenosâ vrijednosti proizvođača izvornih lijekova u korist proizvođača generičkih lijekova opravdati postojanjem mogućih protučinidbi različitih od suzdržavanja od konkuriranja. U slučaju niječnog odgovora, valja utvrditi je li taj pozitivan saldo dovoljno velik da doista potakne dotičnog proizvođača generičkih lijekova na odustanak od ulaska ili pokušaja ulaska na relevantno tržište.

142. Međutim, suprotno onomu što je Opći sud odlučio u pobijanoj presudi, Komisija je u spornoj odluci dokazala da je to doista bio slučaj u ugovornoj cjelini koju čine sporazumi o nagodbi i licencijski Krka.

143. Kao što to u biti ističe Komisija, analiza Općeg suda u tom pogledu sadržava tri pogreške. Prije svega, Opći sud nije izveo nužan zaključak s obzirom na činjenicu da je licencija koju je Servier ponudio Krki na sedam tržišta središnje i istočne Europe predstavljala protučinidbu za Krkinu obvezu da neće konkurirati Servieru na preostalim 18 do 20 tržišta Unije. Nadalje, Opći sud usredotočio se na stopu naknade za licencijski i činjenicu da je ona sklopljena u normalnim

<sup>76</sup> Vidjeti rješenje od 29. rujna 2010., EREF/Komisija (C-74/10 P i C-75/10 P, neobjavljeno, EU:C:2010:557, t. 41. i navedena sudska praksa).

<sup>77</sup> Presude Generics (UK) i dr. (t. 87. do 94. i 111.) i Lundbeck/Komisija (t. 114. i 115.)

tržišnim uvjetima a da pritom nije uzeo u obzir ugovornu konstrukciju koju čine sporazumi o nagodbi i licencijski Krka u cijelosti, njezine ciljeve i njezin kontekst. Naposljetku, Opći sud time nije priznao da licencija podrazumijeva Servierov znatan prijenos vrijednosti u korist Krke.

144. Kao što to navodi Komisija, te pogreške osobito proizlaze iz činjenice da se analiza Općeg suda temelji na fikciji nagodbe koja se temelji na koristima temeljnog patenta i zasebne licencije sklopljene u tržišnim uvjetima. Doista, time što se implicitno oslonio na takvu fikciju, Opći sud povrijedio je načela koja se ipak potvrđuju u pobijanoj presudi, prema kojima kako bi se utvrdilo ima li sporazum protutržišni cilj valja uzeti u obzir sadržaj njegovih odredbi, ciljeve koje želi postići te ekonomski i pravni kontekst u koji je smješten<sup>78</sup>.

– *Licencija kao protučinidba za obvezu nenatjecanja*

145. Kao prvo, analiza Općeg suda sadržava proturječnost u točki 1029. pobijane presude. Opći sud u toj je točki smatrao da se na temelju neosporavane činjenice da je licencija bila uvjet za to da Krka prihvati klauzule o zabrani komercijalizacije i o neosporavanju iz sporazuma o nagodbi, [s obzirom na to da je Krka navela da je „žrtvovala” tržišta zapadne Europe u korist tržišta središnje i istočne Europe (uvodna izjava 1748. sporne odluke)] „ne može [...] utvrditi da sporazum o licencijski nije transakcija izvršena u normalnim tržišnim uvjetima”.

146. Međutim, sporazum u skladu s kojim nositelj patenta proizvođaču generičkih lijekova dodjeljuje licenciju na određenim tržištima, ali za koji protučinidba nije (ili nije samo) naknada koju je taj proizvođač generičkih lijekova platio za taj sporazum, nego obveza tog društva da ne konkurira nositelju patenta na drugim tržištima, ne može se kvalificirati kao transakcija izvršena u normalnim tržišnim uvjetima. Činjenica da protučinidba za licenciju na određenim tržištima uključuje obvezu nenatjecanja na drugim tržištima, osobito ako takav dogovor nije opravdan razlikama u pogledu temeljne situacije povezane s patentom, ne odgovara normalnim tržišnim uvjetima.

147. Takav ugovorni dogovor, koji podrazumijeva prijenos vrijednosti s nositelja patenta u korist proizvođača generičkih lijekova i koji uključuje licenciranje na određenim tržištima, s jedne strane, i obvezu navedenog društva da ne konkurira navedenom nositelju na drugim tržištima, s druge strane, treba analizirati u analitičkom okviru koji je utvrdio Sud i koji se navodi u točki 141. ovog mišljenja kako bi se utvrdilo uključuje li prijenos vrijednosti nositelja patenta u korist proizvođača generičkih lijekova drugu protučinidbu uz njegovu obvezu nenatjecanja.

148. Kao što to pravilno tvrdi Komisija, suprotno onomu na što se osobito upućuje u točkama 943., 956., 963. i 974. pobijane presude, u ovom slučaju ne postoji nikakav razlog za odstupanje od tog analitičkog okvira zbog toga što je sporazum sklopljen u obliku licencije, a prijenos vrijednosti nenovčane je prirode, odnosno Servier ustupa Krki dio svojih tržišnih udjela na tržištima obuhvaćenima licencijom. Kao što je već navedeno u točkama 127. i 128. ove presude, provedba prava tržišnog natjecanja Unije bila bi ozbiljno ugrožena kad bi strane protutržišnih sporazuma mogle izbjeći primjenu članka 101. UFEU-a samim time što ti sporazumi imaju određeni oblik. Nije odlučujući oblik sporazuma, nego to pokazuju li sadržaj, ciljevi i kontekst sporazuma da se njime nastoji ograničiti tržišno natjecanje.

<sup>78</sup> Vidjeti presudu od 11. rujna 2014., CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 53. i navedena sudska praksa); vidjeti i sudska praksu navedenu u točki 193. pobijane presude.

149. Stoga okolnosti, navedene u točkama 943. do 948, 953. i 963. do 969. pobijane presude, da su postojali stvarni sporovi o patentima koji su bili u tijeku između Serviera i Krke te da je licencija bila povezana s tim sporovima, nisu sprečavale to da takav sporazum bude protutržišni, kao što je to Komisija pravilno objasnila u uvodnoj izjavi 1709. sporne odluke. To tim više vrijedi što se u točkama 124. i 125. ovog mišljenja već pokazalo da sadržaji sporazuma o nagodbi i licencijski Krka ne odražavaju stajališta i rizike povezane s patentima u zemljama obuhvaćenima tim sporazumima. Stoga ti sporazumi o nagodbi i licencijski nisu odražavali kompromis koji se odnosi na temeljnu situaciju povezanu s patentom<sup>79</sup>.

– *Poticajna priroda licencije*

150. Kao drugo, usporedbom analize Općeg suda u pogledu sporazumâ o nagodbi i licencijski Krka s analitičkim okvirom i načelima navedenima u točkama 141. i 144. ovog mišljenja, očito je da Komisija opravdano tvrdi da je Opći sud u točkama 963., 973. do 984. i 1029. pobijane presude pridao preveliku važnost pitanju je li sama licencija, neovisno o sporazumu o nagodbi, odgovarala normalnim tržišnim uvjetima i je li stopa naknade bila neuobičajeno niska.

151. Kao što to pravilno ističe Komisija, nije primjereno zasebno analizirati to pitanje. Razlog tomu jest to što je, na temelju ukupne analize sporazuma o nagodbi i licencijski, očito da je *sâmo* licenciranje (neovisno o stopi naknade i pitanju je li odgovaralo normalnim tržišnim uvjetima) predstavljalo protučinidbu koju je Servier ponudio Krki za njezinu obvezu da ne konkurira na 18 do 20 tržišta zapadne Europe obuhvaćenih nagodbom. U sporazumu o nagodbi Krka ne navode se drugi troškovi ili davanja Krke u korist Serviera kojima bi se moglo objasniti zbog čega je Servier dodijelio licencijski Krki (uvodne izjave 1706. i 1735. i bilješka 2354. sporne odluke).

152. Kontekst sporazumâ o nagodbi i licencijski Krka, koji su bili bitno povezani (uvodne izjave 1701. do 1704., 1710., 1745. i 1746. sporne odluke), ciljevi tih sporazuma i namjere stranaka, koje je Komisija istaknula u uvodnim izjavama 1670. do 1763. sporne odluke, pokazuju stvarne razloge i funkciju podjele tržišta Unije između Serviera i Krke te duopola uspostavljenog između tih dvaju subjekata na sedam tržišta obuhvaćenih licencijski. Ti elementi, koje Opći sud nije uzeo u obzir u dovoljnoj mjeri, pokazuju da je licencija dodijeljena Krki bila protučinidba za obvezu nenatjecanja sadržanu u nagodbi.

153. Krka je bila Servierov najnapredniji potencijalni konkurent za isporuku perindoprila u Uniji, osobito na Servierovim najvećim tržištima na svjetskoj razini, kao što su Francuska i Ujedinjena Kraljevina. Usto, Krka je već bila postojeći konkurent na nekima od sedam tržišta obuhvaćenih licencijski koja su predstavljala njezina povijesna tržišta i na kojima je imala značajnu komercijalnu prisutnost (uvodne izjave 1673., 1674., 1676., 1681., 1716., 1721., 1738. i 1740. sporne odluke). Stoga nije izgledno da je Krka odustala od svoje prisutnosti na tim tržištima, kao i od svojeg ustrajanja na tome da se vrati na druga tržišta Unije u zamjenu za novčano plaćanje, kao što su to učinili drugi proizvođači generičkih lijekova s kojima je Servier sklopio sporazume o nagodbi.

154. Kao što sam već imala prilike pokazati, prijenos vrijednosti u obliku dopuštene prisutnosti na tržištu nositelja patenta donosi dodanu vrijednost proizvođaču generičkih lijekova u odnosu na jednostavan novčani prijenos. Ta dodana vrijednost sastoji se u mogućnosti distribucije vlastitog proizvoda i stjecanja ili zadržavanja kupaca, distribucijskih mreža i ugleda<sup>80</sup>. To je tim važnije na

<sup>79</sup> Vidjeti u tom smislu moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 134. do 139.).

<sup>80</sup> Vidjeti u tom smislu moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 171. i 172.).

tržištu „generičkih lijekova sa žigom”, na kojem se liječničkim receptima ne upućuje na međunarodno nezaštićeno ime lijeka, odnosno na njegovu molekulu ili aktivni sastojak, nego na žig lijekova, tako da proizvođači generičkih lijekova trebaju promovirati vlastite žigove. Međutim, to je bio slučaj na tržištima na koja se odnosi sporazum o licencijski Krka (uvodna izjava 1726. sporne odluke).

155. Budući da nije mogao u potpunosti ukloniti Krku s tržišta, kao što je to učinio s drugim proizvođačima generičkih lijekova s kojima je sklopio sporazume, Servier joj je ponudio dio monopolne rente koja je stvorena upravo uklanjanjem drugih potencijalnih konkurentskih proizvođača generičkih lijekova i rizika od otvaranja tržišta generičkim lijekovima, koje bi dovelo do znatnog pada cijena. Zahvaljujući uklanjanju tog rizika i kontroliranom ulasku Krke na samo dio tržišta, Servier i Krka mogli su zadržati više cijene i znatno veće marže nego u slučaju otvaranja tržišta generičkim lijekovima (uvodne izjave 1721., 1724., 1728. do 1730. i 1819. sporne odluke). Kao što to tvrdi Komisija, bez protučinidbe za obvezu nenatjecanja na tržištima koja nisu obuhvaćena licencijom, Servier nije imao razloga dodijeliti Krki licenciju koju je ona odbila u prošlosti.

156. Ulazak samo na dio tržišta u dogovoru sa Servierom, zajedno sa sigurnošću da će Krka i Servier ostati jedini subjekti na tržištu i da na njega neće ući drugi proizvođači generičkih lijekova<sup>81</sup>, u konačnici je bio poželjniji za Krku od nastavka osporavanja Servierova položaja u cijeloj Uniji. Razlog tome bio je, među ostalim, taj što bi uspjeh u sporu o patentu i neovisan ulazak na tržište otvorili tržište svim proizvođačima generičkih lijekova, što bi dovelo do drastičnog pada cijena i do tržišnog natjecanja između tih različitih proizvođača. Zbog toga se u Krkinim internim razmjenama informacija od kolovoza/rujna 2005. i od travnja 2006., na koje upućuje Komisija u ovom žalbenom postupku i koje Opći sud nije uzeo u obzir, navodi da bi poništenje patenta 947 „nažalost svima [otvorilo] tržište” te da „uspješan postupak povodom prigovora stvarno svima otvara tržište” (uvodne izjave 844., 874., 914., 1759. i 1763. sporne odluke).

157. Naposljetku, mogućnost koju je ponudio Servier da bude prvi i jedini proizvođač generičkih lijekova koji se zadržava na dijelu tržišta ili ulazi na njega stoga je bila povoljnija za Krku, tim više što je zahvaljujući sporazumima sa Servierom taj ulazak bio siguran, dok je nastavak spora i projekt neovisnog ulaska na tržišta na kojima još nije bila prisutna uključivao rizike i zahtijevao ulaganja i sredstva<sup>82</sup>. Činjenica da je dobit koju je Krka mogla ostvariti od licencije odgovarala dobiti koju je mogla očekivati na tri najveća tržišta zapadne Europe, od kojih je odustala, potvrđuje to tumačenje (uvodne izjave 1733., 1739. do 1744., 1748., 1753. do 1756. i 1760. te bilješke 2348. i 2368. sporne odluke).

158. Stoga ukupna analiza sporazumâ o nagodbi i licencijski Krka te njihova konteksta, koji među ostalim uključuje sporazume koje je Servier sklopio s drugim proizvođačima generičkih lijekova i Servierovu sveobuhvatnu strategiju borbe protiv generičkih lijekova (vidjeti osobito uvodne izjave 4. do 9., 1819., 2774., 2919., 2929. i 2932. sporne odluke), potvrđuje da su sporazumi Krka bili „[Servierova i Krkina] zajednička aktivnost kojom su nastojali kontrolirati tržište”, u skladu s Krkinom porukom elektroničke pošte od 29. rujna 2005. Uostalom, Krka je predvidjela sklapanje sporazuma sa Servierom koji se odnosi na patent 947 u internim razmjenama informacija od travnja 2006., na koje upućuje Komisija u ovom žalbenom postupku (uvodne izjave 849., 853., 873., 874., 1759., 1760. i 1763. sporne odluke). Opći sud nije uzeo u obzir ni te elemente.

<sup>81</sup> Vidjeti u pogledu isključivosti licencije i uspostave stvarnog duopola između Serviera i Krke tom licencijom točke 195. do 204. ovog mišljenja.

<sup>82</sup> Vidjeti u tom smislu moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 118. do 120.).

159. Iz toga slijedi da je Komisija u uvodnoj izjavi 1745. sporne odluke mogla valjano zaključiti da, iako licencija može biti legitimno sredstvo za nositelja patenta da drugim sudionicima tržišta dodijeli pravo korištenja znanja i iskustva zaštićeno patentom, sporazum o licencijski Krka bio je problematičan jer je služio kao poticanje na ostvarivanje ograničenja tržišnog natjecanja na 18 do 20 tržišta koja nisu obuhvaćena licencijom kao dio dogovora o podjeli tržišta. Ispitivanje elemenata koje je iznijela Komisija provedeno u točkama 145. do 158. ovog mišljenja pokazalo je da je Komisija utvrdila da je postojao prijenos vrijednosti sa Serviera na Krku u okviru sporazuma o licencijski Krka, koji uključuje tržišne udjele koje je Servier ustupio Krki, i da se Krka, kao protučinidbu za taj prijenos vrijednosti, Krka obvezala da neće konkurirati Servieru na preostalim tržištima Unije koja nisu obuhvaćena tim sporazumom o licencijski.

– *Izračun vrijednosti koja je licencijom prenesena na Krku*

160. Kao treće, Komisija i u tom pogledu opravdano tvrdi da Opći sud, time što se u točkama 963., 973. do 984. i 1029. pobijane presude usredotočio na to je li naknada dugovana u okviru sporazuma o licencijski Krka bila neuobičajeno niska, nije analizirao je li neto iznos prijenosa vrijednosti koji je Servier izvršio u korist Krke u okviru navedenog sporazuma bio dovoljno velik da je stvarno potaknuo Krku na to da odustane od ulaska ili pokušaja ulaska na tržišta koja nisu obuhvaćena licencijom.

161. Valja podsjetiti na to da je Krka procijenila tržišnu vrijednost licencije, odnosno vrijednost svoje prisutnosti na tržištima na kojima je postojao duopol i koja su obuhvaćena licencijom, na više od 10 milijuna eura u tri godine (uvodne izjave 1738. i 3162. te bilješka 4112. sporne odluke). Komisija je smatrala da je operativna marža koju je Servier žrtvovao u korist Krke u okviru licencije bila još veća (uvodna izjava 1739. sporne odluke).

162. Iznos naknade koju je Krka dugovala Servieru za korištenje licencijom bio je utvrđen na 3 % neto iznosa Krkine prodaje na tržištima obuhvaćenima licencijom (uvodna izjava 910. sporne odluke). Naknade su iznosile oko 1,1 milijuna eura u razdoblju od četiri godine za prihod od oko 30 milijuna eura (uvodna izjava 1739. i bilješka 2350. sporne odluke).

163. Iz tih brojki proizlazi da je neto iznos vrijednosti koju je Servier prenio na Krku u okviru sporazuma o licencijski Krka bio otprilike barem devet milijuna eura u smislu vrijednosti licencije za Krku, ako se pretpostavi da se u 10 milijuna eura dobiti koju je procijenila Krka još nije uračunao trošak naknada. Kad je riječ o marži koju je prepustio Servier, koja je bila veća od Krkine dobiti zbog Servierovih viših cijena (uvodna izjava 1739. sporne odluke), neto iznos vrijednosti koju je Servier prenio na Krku u okviru licencije bio je još veći.

164. U točkama 977. do 981. pobijane presude Opći sud smatrao je da nije nužno neuobičajeno da stopa neto poslovnog viška uvelike premašuje stopu naknade za licenciju, da naknada predstavlja samo mali dio marži stjecatelja licencije i da se ta stopa računa na temelju prodajne cijene proizvoda tog stjecatelja. Usto, licencija nije bila isključiva, čime se ograničila njezina povoljna priroda za Krku.

165. Međutim, na temelju tih općih razmatranja ne može se odbiti utvrđenje da se, konkretno u ovom slučaju, gotovo devet milijuna eura (u smislu vrijednosti licencije za Krku (vidjeti točku 163. ovog mišljenja)) koje je Servier prenio na Krku ne može objasniti nijednom drugom Krkinom protučinidbom osim njezinom obvezom da ne konkurira Servieru na 18 do 20 tržišta Unije koja nisu obuhvaćena sporazumom o licencijski Krka. Iako je Opći sud u različitim dijelovima pobijane presude naveo stopu naknade od 3 % (točke 975., 977., 983. i 1029. pobijane

presude), s jedne strane, i Krkinu procjenu dobiti na temelju licencije na 10 milijuna eura (točka 1000. pobijane presude), s druge strane, očito nije usporedio te brojke kako bi utvrdio neto iznos vrijednosti koju je Servier prenio na Krku i kako bi analizirao može li se taj iznos objasniti na drukčiji način osim Krkinom obvezom nenatjecanja u okviru sporazuma o nagodbi Krka.

166. Suprotno onomu što je Opći sud smatrao u točki 983. pobijane presude, stoga se nije dovelo u pitanje utvrđenje da se prijenos vrijednosti koji je Servier izvršio u korist Krke u skladu sa sporazumom o licenciji ne može objasniti razmatranjima koja se odnose samo na gospodarsku vrijednost patenta na koji se odnosi licencija. Opći sud nije dovodio u pitanje Komisijino utvrđenje iz uvodne izjave 1739. sporne odluke, prema kojem, da se o sporazumu o licenciji Krka pregovaralo bez dodatnih razmatranja povezanih s tržištima koja nisu obuhvaćena licencijom, za licenciju koju razumno dodjeljuje nositelj patenta koji je etabliran na tržištu barem bi se osigurala naknada slična profitnim maržama koje su izgubljene na prodajama koje je ostvario korisnik licencije.

167. Kao što to pravilno ističe Komisija, u razmatranjima Općeg suda ne uzima se u obzir da je gubitak marže koji je pretrpio Servier predstavljao prijenos Servierove neto vrijednosti na Krku, da činjenica da je naknada predstavljala mali dio Krkine dobiti u zemljama obuhvaćenima licencijom pokazuje da je licencija imala dovoljno veliku vrijednost kako bi uvjerila Krku da napusti 18 do 20 ostalih tržišta Unije i da se činjenicom da licencija nije bila pravno isključiva nije onemogućilo da se njome Krki ponudi stvarni duopol sa Servierom, čime se jamči znatna konkurentska prednost i podjela dobiti<sup>83</sup> (uvodne izjave 913. i 1738. do 1742. sporne odluke).

168. Budući da nije valjano uzeo u obzir ciljeve sporazumâ o nagodbi i licenciji Krka u cijelosti, koje otkriva kontekst tih sporazuma iznesen u točkama 145. do 158. ovog mišljenja, Opći sud nije samo odbio priznati da vrijednost koju je Servier prenio na Krku na temelju licencije uključuje marže koje je Servier prepustio Krki na tržištima obuhvaćenima tom licencijom. Štoviše, Opći sud odbio je priznati da i ta vrijednost proizlazi iz činjenice da je Servier zajamčio Krki da može zadržati visoke cijene zahvaljujući duopolu uspostavljenom između tih dvaju subjekata i zatvaranju tržišta za druge konkurentske proizvođače generičkih lijekova. Vrijednost koju je Servier prenio na Krku stoga je uključivala i očuvanje te situacije. U skladu s ugovornim dogovorom između Serviera i Krke, Krka je Servieru omogućila da zadrži svoj monopol na tržištima koja nisu obuhvaćena licencijom, a Servier je u zamjenu podijelio svoju monopolnu rentu s Krkom na tržištima obuhvaćenima tom licencijom.

169. Iz toga slijedi da treba prihvatiti i prigovore koje Komisija ističe protiv razmatranjâ Općeg suda, navedene u točkama 992. do 997. pobijane presude.

170. U navedenim je točkama Opći sud objasnio da se ne može prihvatiti Komisijina analiza prema kojoj je licencija dodijeljena Krki na sedam tržišta središnje i istočne Europe predstavljala poticaj za njezinu obvezu da neće konkurirati Servieru na preostalim 18 do 20 tržišta Unije. Prema mišljenju Općeg suda, kad bi se prihvatila ta teza, to bi značilo da, što je šire područje primjene sporazuma o licenciji, to je veći poticaj te je time lakše utvrditi ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. Međutim, to je proturječno činjenici da licencija po svojoj prirodi ima pozitivne učinke za tržišno natjecanje. Štoviše, kad bi se prihvatila Komisijina analiza, to bi značilo da je nositelj patenta prilikom povezivanja sporazuma o nagodbi sa sporazumom o licenciji obvezan dodijeliti licenciju na cijelom području obuhvaćenom sporazumom o nagodbi. Međutim, time se ne bi poštovala njegova patentna prava.

<sup>83</sup> Vidjeti u pogledu isključivosti licencije i uspostave stvarnog duopola između Serviera i Krke tom licencijom točke 195. do 204. ovog mišljenja.



171. Ta opća razmatranja ne mogu otkriti pogrešku koju je Komisija počinila prilikom analize sporazumâ Krka. Ta se analiza odnosi na ciljeve te na posebne i konkretne uvjete navedenih sporazuma, koji otkrivaju da je u predmetnim okolnostima sporazum o licenci Krka predstavljao protučinidbu za obvezu nenatjecanja na temelju sporazuma o nagodbi Krka. To utvrđenje samo znači da će budući sporazumi biti protutržišni ako njihova analiza otkrije da postoji znatan prijenos vrijednosti s nositelja patenta na potencijalnog konkurentskog proizvođača generičkih lijekova, koji se ne može objasniti ni na koji drugi način nego obvezom drugonavedenog da ne konkurira prvonavedenom.

172. Naposljetku, u tom pogledu treba prihvatiti i posljednji Komisijin prigovor u okviru ovog žalbenog razloga koji se iznosi protiv utvrđenâ Općeg suda iz točke 998. pobijane presude. U toj je točki Opći sud smatrao da „asimetrični” sporazum o licenci kao što je onaj o kojem je riječ u ovom slučaju, koji ne obuhvaća cijelo područje obuhvaćeno sporazumom o nagodbi, ne predstavlja dovoljan poticaj da proizvođač generičkih lijekova pristane na to da se na njega primijene ograničenja iz tog sporazuma o nagodbi. Prema mišljenju Općeg suda, kako bi se takav sporazum mogao smatrati poticajem, „potrebno je tom proizvođaču ponuditi naknadu za siguran gubitak očekivane dobiti, koji proizlazi iz prihvaćanja nagodbe koja sadržava klauzule kojima mu se zabranjuje ulazak na određene zemljopisne dijelove tržišta”.

173. Opći sud tom tvrdnjom nije samo počinio istu pogrešku kao što je ona navedena u točki 168. ovog mišljenja, nego je i zanemario patentni kontekst sporazuma o kojima je riječ u ovom slučaju, u kojem situaciju potencijalnog tržišnog natjecanja između nositelja patenta koji je prisutan na tržištu i njegovih potencijalnih konkurenata koji proizvode generičke lijekove i koji se pripremaju ući na to tržište obilježava upravo nesigurnost u pogledu valjanosti patenta i u pogledu toga povređuju li generički lijekovi taj patent<sup>84</sup>.

174. U takvom se kontekstu ne zahtijeva da tijelo nadležno za tržišno natjecanje dokaže da bi potencijalni konkurentski proizvođači generičkih lijekova sigurno ušli na tržište da nisu sklopljeni sporazumi i da su sklapanjem sporazumâ odustali od sigurnih dobiti. Dovoljno je da dokaže da bi ti konkurenti, da nisu sklopljeni sporazumi, imali stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište i ostvarivanja dobiti na njemu<sup>85</sup>. Međutim, kako bi se ostvarile takve stvarne i konkretne mogućnosti, potrebno je da proizvođači generičkih lijekova provedu ulaganja, ulože napore i preuzmu rizike. Stoga za njih može biti komercijalno povoljnije da odustanu od svojih napora u tom pogledu u zamjenu za to da im nositelj patenta dodijeli dio monopolne rente<sup>86</sup>.

175. Slijedom toga, Sud je priznao da, kako bi se utvrdilo da postoji dovoljno poticajan prijenos vrijednosti u zamjenu za obvezu nenatjecanja u slučaju kao što je ovaj, uopće nije potrebno da prijenosi vrijednosti budu nužno viši od dobiti koju bi taj proizvođač generičkih lijekova ostvario da je uspio u patentnom sporu. Važna je jedino činjenica da ti prijenosi vrijednosti budu dovoljno povoljni da potaknu tog proizvođača na to da odustane od ulaska na relevantno tržište i da na temelju vlastitih zasluga ne konkurira dotičnom proizvođaču izvornih lijekova<sup>87</sup>. Doista, iz ispitivanja ovog žalbenog razloga proizlazi da je Komisija dokazala da je to upravo bio slučaj u ovom predmetu.

<sup>84</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 66. do 70.).

<sup>85</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 38.) i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 82. do 84., 122. do 127. i 176. do 178.)

<sup>86</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 119.).

<sup>87</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 94.) i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 120.)

– *Međuzaključak*

176. Iz prethodno navedenih razmatranja proizlazi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava kada je odbio priznati da je sporazum o licenci Krka uključivao prijenos vrijednosti sa Serviera na Krku, koji je predstavljao protučinidbu za Krkinu obvezu da neće konkurirati Servieru na tržištima na koja se odnosi sporazum o nagodbi Krka.

177. Stoga treba prihvatiti i drugi žalbeni razlog.

178. Kao što se to utvrđuje u točkama 133. i 134. ovog mišljenja, s obzirom na prvi žalbeni razlog, u pogledu drugog žalbenog razloga također valja pojasniti da je, iako njegova osnovanost sama po sebi opravdava ukidanje pobijane presude u dijelu u kojem se odnosi na kvalifikaciju sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, korisno ispitati druge Komisijine žalbene razloge u tom pogledu, osobito u svrhu naknadnog odlučivanja Suda u predmetu.

*iii) Primjena koncepta ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (treći žalbeni razlog)*

179. Komisijin treći žalbeni razlog temelji se na nekoliko pogrešaka koje se tiču prava i koje je Opći sud počinio prilikom primjene koncepta ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

180. Kao i u slučaju prvih dvaju žalbenih razloga, i u ovom slučaju najprije valja pojasniti, suprotno onomu što tvrdi Servier, da se prigovori koje je Komisija istaknula u okviru ovog žalbenog razloga ne odnose na ocjenu činjenica koju provodi Opći sud, nego na njihovu pravnu kvalifikaciju i na primjenu pravila koja se odnose na izvođenje dokaza. Naime, nadzor osnovanosti te pravne kvalifikacije i poštovanja tih pravila proizlazi iz nadležnosti Suda u okviru žalbe<sup>88</sup>.

– *Nepostojanje „stroge” podjele tržišta*

181. Kao prvo, Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava jer je u točkama 1003. do 1006. pobijane presude zaključio da se sporazumi Krka ne mogu kvalificirati kao sporazumi o podjeli tržišta jer njima nije uspostavljena „stroga” podjela tržišta između Serviera i Krke. Opći sud tako je zaključio jer Servier nije bio isključen sa sedam tržišta koja su obuhvaćena sporazumom o licenci Krka, na kojima su on i Krka međusobno konkurirali.

182. Međutim, kao što to pravilno tvrdi Komisija, ta okolnost uopće nije prepreka tomu da se sporazumi Krka kvalificiraju kao sporazumi o podjeli tržišta. Kao što je to analizirano u točkama 141. do 176. ovog mišljenja, u okviru ispitivanja drugog žalbenog razloga, Komisija je dokazala da je cilj sporazumâ o nagodbi i licenci Krka bio potaknuti Krku, znatnim prijenosom vrijednosti koji predstavlja sporazum o licenci Krka i koji joj je omogućio prisutnost bez rizika i dijeljenje monopolne rente sa Servierom na sedam tržišta Unije, da ne konkurira Servieru na preostalih 18 do 20 tržišta Unije.

<sup>88</sup> Vidjeti u tom smislu rješenje od 29. rujna 2010., EREF/Komisija (C-74/10 P i C-75/10 P, neobjavljeno, EU:C:2010:557, t. 41. i navedena sudska praksa).

183. Takav dogovor treba kvalificirati kao sporazum o podjeli tržišta iako Servier nije bio isključen sa sedam tržišta koja su sporazumom o licenci dodijeljena Krki, na kojima je sporazumima Krka uspostavljen stvarni duopol između tih dvaju subjekata. To je tim više točno jer je analiza pokazala da podjela tržišta Unije između Serviera i Krke nije bila u skladu s razlikama s obzirom na situaciju povezanu s patentom, nego je odgovarala podjeli različitih područja gospodarskog interesa<sup>89</sup>.

184. Sudska praksa koja se odnosi na sporazume o podjeli tržišta ne zahtijeva „strogu” podjelu tržišta kako bi se sporazum mogao kvalificirati kao takav. Ovaj predmet konkretno prikazuje da sporazumi o podjeli tržišta mogu imati različite oblike. Stoga, kao što to pravilno ističe Komisija, kad bi trebalo prihvatiti tumačenje Općeg suda u točkama 1003. do 1006. pobijane presude, sporazumi o podjeli tržišta kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju mogli bi izbjeći da ih se kvalificira kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, čime bi se neopravdano umanjio opseg članka 101. UFEU-a i nanijela ozbiljna šteta provedbi prava tržišnog natjecanja Unije<sup>90</sup>.

– *Namjere stranaka i njihova uvjerenja u pogledu valjanosti patenta 947*

185. Kao drugo, Komisija dovodi u pitanje točku 1012. pobijane presude jer se u njoj smatralo da se „[t]akvu ugovornu cjelinu, koja se temelji na priznavanju valjanosti patenta, [...] ne može kvalificirati kao sporazum o isključenju s tržišta”. Komisija tvrdi da je Opći sud iskrivio smisao dokaza o uvjerenjima stranaka u pogledu valjanosti patenta. Ta je argumentacija već ispitana i priznata kao osnovana u pogledu Krke u okviru ispitivanja prvog žalbenog razloga, u točkama 100. do 130. ovog mišljenja.

186. Komisija u pogledu Serviera ne navodi dokaze koje je iskrivio Opći sud, tako da nije na Sudu da po službenoj dužnosti ispita takva iskrivljavanja<sup>91</sup>. U svakom slučaju, Komisija pravilno ističe da, iako su se sporazumi Krka temeljili na tome da stranke priznaju patent 947, takvi sporazumi ipak nisu isključeni iz područja primjene članka 101. UFEU-a ako je njihov cilj podijeliti tržište. To je tim više točno jer je Opći sud svoja utvrđenja navedena u točki 1012. pobijane presude temeljio na nedostatku dokaza o poticanju. Međutim, u okviru ispitivanja drugog žalbenog razloga, u točkama 141. do 176. ovog mišljenja navodi se da je Opći sud pogrešno zaključio da Servier nije poticao Krku u zamjenu za obvezu nenatjecanja.

187. Nadalje, radi korisnosti može se istaknuti da je u točkama 1020. do 1022. i 1024. Opći sud iskrivio dva dokaza koji se odnose na Servierove namjere, što proizlazi iz samog čitanja tih točaka, čak i bez toga da Komisija posebno istakne iskrivljavanje u tom pogledu. Kao što se to navodi u točki 96. ovog mišljenja, iskrivljavanje postoji kad je bez izvođenja novih dokaza ocjena postojećih dokaza očito pogrešna<sup>92</sup> jer je Opći sud očito prekoračio granice razumne ocjene navedenih dokaza<sup>93</sup>.

188. S jedne strane, u točkama 1020. do 1022. pobijane presude Opći sud ocijenio je napomenu „dobivene su četiri godine = velik uspjeh”, koja se navodi u zapisniku sa sastanka Servierova višeg rukovodstva u kojem se upućuje na britansku presudu od 6. srpnja 2007. kojom je patent 947

<sup>89</sup> Vidjeti točke 124., 125. i 149. ovog mišljenja.

<sup>90</sup> Vidjeti po analogiji presudu od 22. listopada 2015., AC-Treuhand/Komisija (C-194/14 P, EU:C:2015:717, t. 36.).

<sup>91</sup> Presude od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 50.) i od 25. listopada 2007., Komninou i dr./Komisija (C-167/06 P, neobjavljena, EU:C:2007:633, t. 41.)

<sup>92</sup> Presuda od 18. siječnja 2007., PKK i KNK/Vijeće (C-229/05 P, EU:C:2007:32, t. 37.); od 22. studenoga 2007., Sniace/Komisija (C-260/05 P, EU:C:2007:700, t. 37.) i od 17. lipnja 2010., Lafarge/Komisija (C-413/08 P, EU:C:2010:346, t. 17.)

<sup>93</sup> Presuda od 4. srpnja 2013., Komisija/Aalberts Industries i dr. (C-287/11 P, EU:C:2013:445, t. 52.) i od 17. listopada 2019., Alcogroup i Alcodis/Komisija (C-403/18 P, EU:C:2019:870, t. 64.)

proglašen nevaljanim<sup>94</sup>. Prema mišljenju Općeg suda, čak i pod pretpostavkom da se iz tog dokumenta, koji se navodi u uvodnim izjavama 4., 112., 184., 244., 804., 1762. i 2984., može zaključiti da je Servierova uprava nakon te presude smatrala da se patentom 947 nastojalo omogućiti mu još četiri dodatne godine zaštite, na temelju toga ne može se zaključiti da je 27. listopada 2006., odnosno u trenutku potpisivanja sporazumâ o nagodbi i licenci Krka, Servier namjeravao sklopiti sporazume o podjeli tržišta ili isključenju s tržišta.

189. Opći sud time nije uzeo u obzir druge elemente koje Komisija navodi u uvodnim izjavama 4., 112., 184., 244., 804., 1762. i 2984. sporne odluke, prema kojima je patent 947 (podnesen 2001.<sup>95</sup>) Servieru 2007. mogao pružiti još 14 dodatnih godina patentne zaštite (do 2021.). Stoga se moglo očekivati da će Servier biti nezadovoljan zbog presude o nevaljanosti tog patenta 2007. u Ujedinjenoj Kraljevini. Prema Komisijinu mišljenju, činjenica da Servier naprotiv pozdravlja „četiri dobivene godine” nakon isteka svjedodžbe o dodatnoj zaštiti koja se odnosi na patent za molekulu perindopрила u Ujedinjenoj Kraljevini 2003.<sup>96</sup> upućuje na to da Servier zapravo pozdravlja uspjeh svoje strategije odgode dolaska generičkih lijekova nakon isteka zaštite koju pruža patent za molekulu, koja, među ostalim, podrazumijeva podnošenje patenta za postupak 947 i sklapanje sporazuma s konkurentskim proizvođačima generičkih lijekova, među kojima je Krka.

190. S obzirom na sve elemente spisa, osobito one koji se već navode u točki 158. ovog mišljenja i koji potvrđuju to tumačenje, stoga je očito da je Opći sud iskrivio Servierovu napomenu „dobivene su četiri godine = velik uspjeh” kad je smatrao da taj element ne može potvrditi Servierovu želju da odgodi dolazak generičkih verzija perindopрила na tržište, među ostalim, sklapanjem sporazumâ s Krkom.

191. S druge strane, u točki 1024. pobijane presude Opći sud iskrivio je Servierov dokument naslovljen „Coversyl: obrana od generičkih lijekova” od 19. lipnja 2006., koji se navodi u uvodnim izjavama 7., 111., 141., 605., 803., 886., 1007., 1183., 1250., 1368., 1474., 1621., 1761., 1991., 2768., 2779., 2962. i 2981. te u bilješkama 2386. i 2430. sporne odluke. Prema mišljenju Općeg suda, činjenica da taj dokument prethodi EPO-ovoj odluci od 27. srpnja 2006. znatno ograničava njegovu relevantnost jer je ta odluka znatno izmijenila kontekst, osobito u pogledu načina na koji su Krka i Servier shvaćali valjanost patenta 947 (točka 1017. pobijane presude).

192. Međutim, u točkama 102. do 130. ovog mišljenja, u okviru ispitivanja prvog žalbenog razloga već se analiziralo da nije osnovano utvrđenje Općeg suda prema kojem je navedena odluka znatno izmijenila način na koji je Krka shvaćala valjanost patenta 947. Opći sud nije objasnio razloge zbog kojih je, s jedne strane, EPO-ova odluka od 27. srpnja 2006. znatno izmijenila način na koji je Servier shvaćao tu valjanost i, s druge strane, zašto sklapanje sporazumâ Krka nakon donošenja te odluke 27. listopada 2006. nije element provedbe Servierove strategije protiv generičkih lijekova, koja je osmišljena netom prije.

193. Štoviše, nije jasan ni razlog zbog kojeg sporazumi Krka nisu dio navedene sveobuhvatne strategije jer se u dokumentu iz točke 191. ovog mišljenja izričito ne navodi strategija u pogledu Krke, kao što je to Opći sud naveo u točki 1024. pobijane presude. Očito je da su sporazumi Krka, kao i sporazumi sklopljeni s ostalim proizvođačima generičkih lijekova čiju je protutržišnu prirodu

<sup>94</sup> Točka 24. ovog mišljenja

<sup>95</sup> Točka 15. ovog mišljenja

<sup>96</sup> Točka 14. i bilješka 10. ovog mišljenja

priznao Opći sud<sup>97</sup>, dio Servierove strategije protiv generičkih lijekova. Opći sud uostalom nije naveo da predmetni dokument sadržava i napomenu „Je li djelovalo?” i da se u njemu navode svi sporazumi sklopljeni do datuma njegove izrade, dok se Krka spominje među izvorima tržišnog natjecanja generičkim lijekovima koji i dalje postoje u toj fazi.

194. Stoga je očito da je Opći sud iskrivio taj dokument jer je smatrao da ne potvrđuje Servierovu namjeru da s Krkom sklopi protutržišne sporazume.

– *Stvarni duopol uspostavljen licencijom*

195. Kao treće i četvrto, Komisija tvrdi da je Opći sud u točkama 987. do 991. pobijane presude počinio pogrešku koja se tiče prava kad je smatrao da se za stvarni duopol između Serviera i Krke, uspostavljen na sedam tržišta koja su obuhvaćena sporazumom o licenci Krka, u najboljem slučaju može smatrati da proizlazi iz Servierovih i Krkinih kasnijih odabira koji se nisu mogli predvidjeti u trenutku sklapanja navedenog sporazuma. Prema mišljenju Općeg suda, uzimanje u obzir takvih kasnijih odabira slično je uzimanju u obzir učinaka sporazuma, što nije potrebno za analizu cilja potonjeg sporazuma. Štoviše, navodni potencijalni učinak sporazuma o licenci Krka koji je doveo do duopola između Serviera i Krke na predmetnim tržištima temeljio se na hipotetskim okolnostima koje nisu bile objektivno predvidljive u trenutku sklapanja sporazuma.

196. Takav zaključak Općeg suda očito je pogrešan. Iz analize teksta sporazumâ Krka i konteksta njihova sklapanja, provedene u točkama 145. do 147., 150. do 159. i 168. ovog mišljenja, nedvojbeno proizlazi da je Servieru i Krki bilo očito da su ti sporazumi namijenjeni organizaciji strukture tržišta Unije na način da se Servieru predaju 18 do 20 tržišta koja nisu obuhvaćena sporazumom o licenci Krka, a Servieru i Krki sedam tržišta obuhvaćenih licencijom. Na temelju relevantnih dokaza razmatranih kao cjelina jasno se može doći do tog zaključka, dok alternativno objašnjenje Općeg suda, prema kojem uspostavljanje duopola proizlazi iz kasnijih odabira koji nisu bili predvidljivi u trenutku sklapanja sporazumâ, nije uvjerljivo ni vjerodostojno.

197. Točno je da je u skladu sa sporazumom o licenci Krka Servieru u teoriji bilo odobreno da ustupi drugu licenciju jednoj trećoj osobi po zemlji (točka 46. pobijane presude i uvodne izjave 910. i 1744. sporne odluke). Međutim, s obzirom na skup istaknutih kontekstualnih elemenata, Komisija je uvjerljivo potkrijepila da je u praksi Krki bilo očito da Servier neće upotrijebiti tu mogućnost, tako da će tržišta obuhvaćena licencijom ostati rezervirana za Servier i Krku.

198. Stoga, s jedne strane, u trenutku sklapanja sporazumâ Krka nije postojao drugi proizvođač generičkih lijekova koji bi ušao na ta tržišta (uvodne izjave 1739., 1742. i 1744. sporne odluke). S druge strane, kao što je analizirano u točkama 155. do 158. i 168. ovog mišljenja, ugovorni dogovor između Serviera i Krke bio je povoljan upravo za ta dva subjekta jer im je omogućio da zadrže visoke cijene čime su izbjegli pad cijena nastao zbog otvaranja tržišta generičkim lijekovima te da ostvare dobit od tih cijena i od visokih tržišnih udjela (uvodne izjave 1744. i 1755. sporne odluke). Stoga je taj dogovor mogao funkcionirati samo ako na tržište ne uđu drugi proizvođači generičkih lijekova.

<sup>97</sup> Vidjeti osobito točke 564. (o sporazumima sklopljenima s Nicheom i Matrixom), 707. (o sporazumu sklopljenom s Tevom) te 869. i 879. (o sporazumu sklopljenom s Lupinom) pobijane presude.

199. Suprotno onomu što je smatrao Opći sud, uspostavljanje stvarnog duopola između Serviera i Krke na tržištima obuhvaćenima licencijom nije stoga potencijalni hipotetski učinak sporazumâ Krka, koji nije bio predvidljiv u trenutku sklapanja tih sporazuma, nego predvidljiv scenarij koji se provodi samim sporazumima. Uzimanje u obzir uspostavljanja tog duopola za potrebe analize cilja navedenih sporazuma stoga uopće ne zahtijeva analizu njihovih učinaka.

200. Nadalje, Komisiji nije zabranjeno da se pozove na činjenične okolnosti nakon protutržišnog ponašanja ako su namijenjene tome da potvrde sadržaj objektivnog dokaza<sup>98</sup>. Činjenica da je Komisija, kako bi potkrijepila utvrđenje da je cilj sporazuma o licenci Krka bilo uspostavljanje duopola između Serviera i Krke na tržištima obuhvaćenima licencijom, uzela u obzir okolnost da Servier zapravo nije dodijelio licenciju trećoj osobi nakon sklapanja sporazumâ Krka ne znači da je Komisija u tom pogledu analizirala učinke tih sporazuma.

201. Suprotno onomu što je Opći sud smatrao u točki 991. pobijane presude, neprijateljsko stajalište i nedostatak suradnje između Serviera i Krke na tržištima obuhvaćenima licencijom, koje je Komisija istaknula u uvodnoj izjavi 1725. sporne odluke, ne dovode do zaključka da između Serviera i Krke ne postoji duopol uspostavljen na tim tržištima. Komisija je dokazala, u uvodnim izjavama 1728. i 1744. sporne odluke, neovisno o činjenici da situacija uspostavljena licencijom ne isključuje određenu razinu tržišnog natjecanja između Serviera i Krke, da ta licencija koju je Servier dodijelio Krki nije dovela do situacije u kojoj bi stvarno tržišno natjecanje znatno utjecalo na Servierove i Krkine prihode, nego do stvarnog duopola s Krkom koji je sâm Servier pokušao održati kako bi očuvao svoje izvore prihoda.

202. Naime, to odgovara utvrđenjima iz točke 155. ovog mišljenja prema kojima je licencija cijena koju Servier treba platiti kako bi Krka prihvatila da mu neće konkurirati na 18 do 20 tržišta koja nisu obuhvaćena licencijom i kako bi mu prestala prijetiti sporom koji bi mogao dovesti do potpunog otvaranja tržišta generičkim lijekovima.

203. To je utvrđenje također u skladu s Komisijinim objašnjenjima navedenima u uvodnoj izjavi 1725. sporne odluke prema kojima se sporazumom o licenci Krka nije predvidjelo trgovinsko partnerstvo Serviera i Krke koje prekoračuje plaćanje naknada. Servier je naprotiv izradio i uspostavio mjere kako bi se suočio s prodorom Krkinih generičkih lijekova na tržišta, primjerice u Poljskoj, kako bi podržao Servierovo prebacivanje na perindopril arginin, koji nije zamjenjiv Krkinim perindoprilom erbuminom. Naime, to je prebacivanje bilo dio Servierove strategije protiv generičkih lijekova koja je uključivala „trajno zadržavanje” (eng. *evergreening*) perindoprila (uvodna izjava 239. sporne odluke)<sup>99</sup>.

204. Iz svih razmatranja navedenih u točkama 195. do 203. ovog mišljenja proizlazi da utvrđenja Općeg suda, iznesena u točkama 987. do 991. pobijane presude, prema kojima cilj sporazumâ Krka nije bilo uspostavljanje stvarnog duopola između Serviera i Krke na tržištima obuhvaćenima licencijom, sadržavaju pogrešku i ne mogu se prihvatiti.

<sup>98</sup> Presuda od 27. rujna 2012., Guardian Industries i Guardian Europe/Komisija (T-82/08, EU:T:2012:494, t. 55.) (u tom se pogledu nije dovodila u pitanje u žalbi, vidjeti presudu od 12. studenoga 2014., Guardian Industries i Guardian Europe/Komisija, C-580/12 P, EU:C:2014:2363); vidjeti u tom smislu i presude od 2. veljače 2012., Denki Kagaku Kogyo i Denka Chemicals/Komisija (T-83/08, neobjavljena, EU:T:2012:48, t. 193.) i od 16. lipnja 2015., FSL i dr./Komisija (T-655/11, EU:T:2015:383, t. 178. i 217.).

<sup>99</sup> Vidjeti o Servierovoj strategiji prebacivanja na perindopril arginin zbog generičkih verzija s perindoprilom erbuminom, među ostalim, i uvodne izjave 8., 58., 89., 100., 217., 220., 222., 225., 233. do 242., 1183., 1924., 2089., 2156., 2530., 2532., 2533., 2912. i 2971. sporne odluke.

– *Lupinova izjava*

205. Kao peto, Komisija prigovara Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava jer je u točki 1023. pobijane presude odbio priznati da je Lupinova izjava u trenutku sklapanja sporazumâ Krka, navedena u uvodnoj izjavi 1730. sporne odluke, mogla potkrijepiti Krkinu izjavu prema kojoj je „prepuštena” tržišta zapadne Europe na kojima se obvezala da neće konkurirati Servieru u korist sedam tržišta središnje i istočne Europe za koja joj je Servier dodijelio licenciju.

206. U skladu s predmetnom Lupinovom izjavom „[č]inilo se da je sa Servierova gledišta opravdanje te nagodbe bila zaštita glavnih tržišta na kojima je utvrđena visoka razina zamjene i/ili izdavanja recepata za [međunarodno nezaštićeno ime] (RU/Francuska) [...]. Time što Krki omogućuje da uđe na tržišta generičkih lijekova pod zaštićenom robnom markom središnje i istočne Europe, Servier stvara tržišno natjecanje ‚pod zaštićenom robnom markom’ i kontroliranije smanjenje, ali ne dovodi do radikalnog prebacivanja na generičke lijekove”.

207. Opći sud, koji je u točki 1023. pobijane presude naveo samo prvi dio te izjave, smatrao je da se na temelju te izjave ne može zaključiti da je Servier namjeravao s Krkom sklopiti sporazume o podjeli tržišta ili isključenju s tržišta. Međutim, Komisija nije iskoristila Lupinovu izjavu kako bi dokazala Servierovu namjeru, nego kako bi tvrdila da percepcija tog vanjskog promatrača potkrepljuje utvrđenje prema kojem je cilj sporazumâ Krka bio uspostaviti podjelu tržišta između tih dvaju subjekata. Naime, suprotno onomu što je smatrao Opći sud, taj je zaključak očit, kao što je to Komisija utvrdila u uvodnoj izjavi 1755. i u bilješci 2379. sporne odluke, u kojoj je navela da je „predmet transakcije toliko očit da ga je konkurent mogao uočiti bez poznavanja detalja sporazuma”.

208. Prema tome, ocjena Općeg suda predmetne Lupinove izjave očito sadržava iskrivljavanje jer je Opći sud očito prekoračio granice razumne ocjene navedenog dokaza<sup>100</sup>.

– *Smjernice iz 2004. o sporazumima o transferu tehnologije i Uredba br. 772/2004 o primjeni članka [101. stavka 3. UFEU-a] na kategorije sporazuma o prijenosu tehnologije*

209. Kao šesto, Komisija tvrdi da je u točkama 248. i 958. pobijane presude Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava jer je pogrešno tumačio Smjernice iz 2004. o sporazumima o transferu tehnologije<sup>101</sup> i Uredbu (EZ) br. 772/2004 od 27. travnja 2004. o primjeni članka [101. stavka 3. UFEU-a] na kategorije sporazuma o prijenosu tehnologije<sup>102</sup>, kao da opravdavaju povezivanje sporazumâ o nagodbi i licencije Krka. U navedenim točkama pobijane presude Opći sud u biti je objasnio da iz tih odredbi proizlazi da sporazumi o nagodbi i licenciji mogu u načelu biti zakoniti i ne moraju nužno predstavljati povrede članka 101. UFEU-a. Međutim, iako se to ne osporava, točno je, kao što se to već utvrdilo u točkama 126. do 128., 148. i 149. ovog mišljenja, da opća razmatranja o obliku sporazuma o kojima je riječ u ovom slučaju nisu relevantna kako bi se utvrdilo predstavljaju li ti sporazumi, konkretno i u predmetnim okolnostima, ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

<sup>100</sup> Vidjeti za tu definiciju iskrivljavanja točke 96. i 187. ovog mišljenja.

<sup>101</sup> Obavijest Komisije, Smjernice za primjenu članka [101. UFEU-a] na sporazume o transferu tehnologije (SL 2004., C 101, str. 2.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 190.)

<sup>102</sup> SL 2004., L 123, str. 11. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 291.)

– *Međuzaključak*

210. Iz prethodnih razmatranja proizlazi, kao i iz prvog i drugog žalbenog razloga, da je i treći žalbeni razlog osnovan. Pogreške koje se tiču prava koje je počinio Opći sud, utvrđene u okviru ispitivanja tog žalbenog razloga, zajedno s pogreškama utvrđenima tijekom ispitivanja prvog i drugog žalbenog razloga, dovoljne su kako bi se opravdalo ukidanje dijela pobijane presude koji se odnosi na cilj sporazumâ Krka. Međutim, kao što se to napomenulo nakon ispitivanja prvog i drugog žalbenog razloga, u točkama 133., 134. i 178. ovog mišljenja, radi potpunosti i s obzirom na konačno odlučivanje Suda o predmetu, valja ispitati i ostale žalbene razloge koje je Komisija istaknula protiv navedenog dijela pobijane presude koji se odnosi na kvalifikaciju sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

*iv) Namjera stranaka (četvrti žalbeni razlog)*

211. U okviru četvrtog žalbenog razloga Komisija prigovara Općem sudu da je prilikom primjene načela koja se odnose na izvođenje dokaza i ocjenu dokaza koje je prikupila Komisija i koji se odnose na namjere stranaka, počinio pogreške koje se tiču prava, propuste i iskrivljavanja. Prigovori koje je Komisija istaknula u okviru ovog žalbenog razloga uvelike se preklapaju s kritikama koje su već ispitane i za koje je prilikom ispitivanja prvog i trećeg žalbenog razloga priznato da su osnovane.

212. Uvodno, korisno je navesti da je točno, kao što je na to Opći sud podsjetio u točki 222. pobijane presude, da je namjera stranaka samo podredni element koji treba uzeti u obzir prilikom utvrđivanja ograničava li priroda određene vrste koordinacije među poduzetnicima tržišno natjecanje<sup>103</sup>. Međutim, suprotno onomu što smatra Servier, to ne može dovesti do toga da se ovaj žalbeni razlog kvalificira kao bespredmetan. Kao što se to već objasnilo prilikom ispitivanja predmetnosti prvog žalbenog razloga u točkama 80. do 90. ovog mišljenja, elementi koji se odnose na namjere i percepciju stranaka, osobito na navodno Krkino priznanje valjanosti patenta 947, u ovom slučaju predstavljaju jednu od osnova analize Općeg suda u pogledu toga ograničava li priroda sporazumâ Krka tržišno natjecanje.

– *Uzimanje u obzir namjere stranaka*

213. U okviru ovog žalbenog razloga Komisija kritizira Opći sud, kao prvo, jer joj je u točki 1015. pobijane presude prigovorio da nije analizirala namjeru stranaka iako u pogledu ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj to nije bilo potrebno.

214. Međutim, pomnijim ispitivanjem očito je da je Opći sud, umjesto da prigovori Komisiji da nije analizirala namjeru stranaka, u točkama 1015. do 1026. pobijane presude smatrao da se na temelju dokaza koje je iznijela Komisija ne može zaključiti da je Komisija dokazala da su Servier i Krka namjeravali sklopiti sporazum o podjeli tržišta ili isključenju s tržišta.

215. Međutim, analiza ovog žalbenog razloga, provedena u točkama koje slijede, pokazat će da se to razmatranje temelji na nepotpunoj analizi dokaza i nepoštovanju načela koja se odnose na izvođenje i ocjenu dokaza u pravu tržišnog natjecanja Unije.

<sup>103</sup> Presuda od 19. ožujka 2015., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 118.)



– *Primjena načela koja se odnose na izvođenje dokazâ*

216. U tom pogledu, kao drugo, Komisija kritizira Opći sud jer je pogrešno tumačio pravna načela kojima se trebao voditi u analizi dokaza i prema kojima takva analiza treba biti sveobuhvatna. Ta su načela navedena u točkama 92. do 96. ovog mišljenja.

217. S jedne strane, Komisija prigovara Općem sudu da nije ispitao sve činjenične dokaze na kojima se temelji sporna odluka i da je u točkama 1017. do 1024. pobijane presude samo sažeto uputio na određene dokumente koji se navode u dijelu navedene odluke i koji se odnose na namjeru stranaka. Opći sud osobito nije naveo ili razmotrio dokaze iznesene u uvodnim izjavama 873., 847., 1687. do 1690. i 1758. do 1760. sporne odluke, ni Servierovu strategiju protiv generičkih lijekova. Isto tako, Opći sud nije uzeo u obzir Krkinu poruku elektroničke pošte od 29. rujna 2005., navedenu u uvodnim izjavama 849. do 854. i 1760. sporne odluke, kao ni Lupinovu izjavu, navedenu u uvodnim izjavama 1730. i 1748. te odluke, koje se međusobno potkrepljuju i podupiru.

218. Ti prigovori i dokazi već su ispitani, a kritike u tom pogledu priznate su kao osnovane u točkama 102. do 130., 156., 158., 187. do 194. i 205. do 207. ovog mišljenja u okviru ispitivanja prvog, drugog i trećeg žalbenog razloga. Kao što se to već istaknulo u točki 129. ovog mišljenja, u točkama 1018., 1019. i 1025. pobijane presude Opći sud tvrdio je da su dokazi koje je prikupila Komisija nepotpuni i nejasni a da pritom nije ispitao sve relevantne dokaze te je očito pogrešno ocijenio selektivno odabrane dokaze koje je ispitao.

219. S druge strane, Komisija tvrdi da je Opći sud u točki 1016. pobijane presude pogrešno primijenio sudsku praksu koja se odnosi na zaključke u okviru ocjene dokaza jer je smatrao da je manje očito da se ona primjenjuje u ovom slučaju u kojem je Komisija mogla raspolagati sadržajem predmetnih sporazuma. Komisija u tom pogledu tvrdi da ti sporazumi nisu bili objavljeni u trenutku njihova sklapanja.

220. Međutim, u uvodnoj izjavi 56. sporne odluke navodi se da se tekst sporazumâ nalazi među dokazima koje je upotrijebila Komisija i da ona ne osporava da je mogla imati pristup navedenim sporazumima. Međutim, kao što se to već navelo u točkama 97. i 98. ovog mišljenja, neovisno o tome je li Komisija lako mogla raspolagati cijelim sadržajem sporazumâ, sudska praksa koja se odnosi na zaključke i utvrđenja svakako je relevantna u ovom slučaju. Naime, odgovor na pitanje je li cilj tog sadržaja bila nezakonita podjela tržišta ne treba izvesti samo iz navedenog sadržaja, nego i iz konteksta sporazumâ i namjere stranaka za čiju je analizu Komisija ispitala velik broj dokaza u pisanom obliku.

221. U istom smislu, Komisija prigovara Općem sudu jer je u točki 1016. pobijane presude smatrao da „utvrđenja koja proizlaze iz djelomičnih ulomaka poruka elektroničke pošte ili drugih dokumenata na temelju kojih su se mogle utvrditi namjere stranaka” ne mogu dovesti u pitanje zaključak koji se temelji na samom sadržaju sporazumâ.

222. U tom pogledu valja podsjetiti na to da je u točkama 126. do 129., 148. i 149. ovog mišljenja već utvrđeno da je Opći sud izveo pogrešne zaključke o obliku sporazumâ Krka, osobito o činjenici da je jedan od tih sporazuma sporazum o licenci. Isto tako, utvrđeno je da je Opći sud pogriješio jer je sporazume o nagodbi i licenci Krka analizirao neovisno jedan o drugome i izvan njihova konteksta (točka 144. ovog mišljenja).

223. Naposljetku treba istaknuti da se čini da Opći sud u točki 1016. pobijane presude Komisiji prigovara da je utvrđenja izvela „iz djelomičnih ulomaka poruka elektroničke pošte ili drugih dokumenata na temelju kojih su se mogle utvrditi namjere stranaka” iako je bilo utvrđeno, osobito u točkama 116., 188. do 190., 193. i 205. do 207. ovog mišljenja, da je sâm Opći sud temeljio svoju analizu na djelomičnom navođenju dokumenata i okolnosti koji su u spornoj odluci navedeni *in extenso*. Isto tako, u okviru ispitivanja prvih triju žalbenih razloga više je puta utvrđeno da se analiza sporazumâ Krka koju je proveo Opći sud temelji na nepotpunom i djelomičnom uzimanju u obzir dokaze i okolnosti koji se odnose na kontekst sporazumâ (vidjeti osobito točke 102. do 105., 114., 115., 152., 156., 158., 165. i 168. ovog mišljenja). Suprotno tomu, analiza ovog žalbenog razloga pokazala je, suprotno onomu što Opći sud navodi u točki 1025. pobijane presude, da je Komisija prikupila sve relevantne i dosljedne indicije u korist svojem utvrđenju prema kojem sporazumi Krka predstavljaju sporazume o podjeli tržišta.

224. Komisija stoga osnovano tvrdi da Opći sud ne bi mogao doći do tog zaključka da je pravilno primijenio načela koja se odnose na izvođenje dokazâ navedena u točkama 92. do 96. i 110. ovog mišljenja. Prigovor koji se temelji na pogreškama koje se tiču prava i koje je Opći sud počinio prilikom primjene tih načela stoga je također osnovan.

– *Vjerodostojnost dokaza s obzirom na datum njihova izvođenja*

225. Kao treće, Komisija tvrdi da točke 1017. i 1024. sadržavaju pogreške koje se tiču prava jer se u njima smatra da su EPO-ova odluka od 27. srpnja 2006.<sup>104</sup> i privremeni sudski nalog od 3. listopada 2006. koji je u Ujedinjenoj Kraljevini izdan protiv Krke<sup>105</sup> znatno izmijenili kontekst u kojem su sklopljeni sporazumi Krka, konkretno u pogledu načina na koji su Krka i Servier shvaćali valjanost patenta 947. Stoga je Opći sud smatrao, osobito u točkama 1017., 1018. i 1024. pobijane presude, da su dokumenti utvrđeni nakon tih događaja relevantniji za ocjenu namjera tih stranaka od dokumenata izrađenih prije navedenih događaja.

226. Naime, već se utvrdilo u točkama 101. do 108. i 114. do 123. ovog mišljenja, u okviru ispitivanja prvog žalbenog razloga, da se ti zaključci Općeg suda temelje na djelomičnoj, pa čak i selektivnoj analizi dokaza koje je iznijela Komisija i očito pogrešnoj ocjeni, odnosno iskrivljavanju dokaza koje je Opći sud uzeo u obzir.

– *Dokazna vrijednost naknadnih izjava*

227. Kao četvrto, Komisija tvrdi da je Opći sud povrijedio načela koja se odnose na izvođenje dokaza time što je u točkama 999., 1000. i 1010. pobijane presude pridao veću važnost izjavama koje je Krka podnijela nakon sklapanja sporazumâ Krka nego dokazima iz razdoblja sklapanja tih sporazuma koji se navode u točkama 1015. do 1024. pobijane presude. Utemeljenost te kritike već se priznala u točkama 109. do 113. ovog mišljenja.

– *Međuzaključak*

228. Iz prethodnih razmatranja proizlazi da je i četvrti žalbeni razlog osnovan. Na temelju razmatranja koja su već iznesena u točkama 133., 134., 178. i 210. ovog mišljenja, nakon ispitivanja prvog, drugog i trećeg žalbenog razloga valja ispitati ostale žalbene razloge koji se odnose na protutržišni cilj sporazumâ Krka.

<sup>104</sup> Točka 21. ovog mišljenja

<sup>105</sup> Točka 30. ovog mišljenja

v) *Uzimanje u obzir pozitivnih učinaka licencije na tržišno natjecanje (peti žalbeni razlog)*

229. U okviru petog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud u točkama 1007. do 1009. i 1031. pobijane presude počinio pogrešku koja se tiče prava kad je uzeo u obzir pozitivne učinke licencije u sedam država članica središnje i istočne Europe u kojima se ona primjenjivala.

230. Suprotno onomu što tvrdi Servier, Komisija jasno utvrđuje pogreške koje prigovara Općem sudu u tom pogledu, tako da je ovaj žalbeni razlog dopušten.

231. U točkama pobijane presude koje se kritiziraju u okviru tog žalbenog razloga Opći sud naveo je da je sporazum o licenci Krka pridonio Krkinu ulasku i zadržavanju na sedam tržišta obuhvaćenih licencijom. Stoga je taj sporazum imao povoljan učinak na tržišno natjecanje u odnosu na prethodnu situaciju u kojoj se Krka mogla zadržati na tržištu ili ući na njega samo uz rizik, i to tim više jer su nadležna tijela upravo bila potvrdila valjanost patenta 947 i jer je postojao rizik, koji je Krka smatrala ozbiljnim, da njezin proizvod predstavlja povredu.

232. Međutim, taj navodni povoljan učinak sporazuma o licenci Krka na tržišno natjecanje ne može dovesti u pitanje utvrđenje prema kojem su sporazumi o nagodbi i licenci Krka predstavljali sporazume o podjeli tržišta i stoga ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

233. S jedne strane, kao što na to podsjeća Komisija, u članku 4. sporne odluke ograničilo se utvrđenje Servierove i Krkine povrede na 18 do 20 tržišta Unije obuhvaćenih sporazumom o nagodbi Krka te se nije utvrdila povreda na sedam tržišta obuhvaćenih sporazumom o licenci Krka (vidjeti točku 39. ovog mišljenja). Međutim, kao što to Komisija pravilno tvrdi u okviru ove žalbe i kao što je navela u uvodnoj izjavi 1755. sporne odluke, Krkin ulazak ili njezina stalna prisutnost u tih sedam država članica, na koje se upućuje u točki 1007. pobijane presude, ne mijenja niti opravdava činjenicu da je Krka bila isključena kao izvor potencijalnog tržišnog natjecanja na 18 do 20 tržišta obuhvaćenih sporazumom o nagodbi Krka.

234. U tom kontekstu, suprotno onomu što tvrdi Servier, presude u predmetima Consten i Grundig/Komisija<sup>106</sup> i MasterCard i dr./Komisija<sup>107</sup>, koje navodi Komisija, relevantne su *mutatis mutandis* u okviru ovog predmeta. Sud je u tim presudama u biti smatrao da pozitivni učinci sporazuma na određeno tržište ne mogu „nadoknaditi” učinke kojima se ograničava tržišno natjecanje i koje ima takav sporazum na drugo tržište.

235. S druge strane, čak i pod pretpostavkom da treba uzeti u obzir učinke sporazuma o licenci Krka na tržištima na koja se odnosi taj sporazum za potrebe sveobuhvatne procjene sporazuma o nagodbi i licenci Krka u cjelini, ti učinci ne mogu dovesti u pitanje utvrđenje prema kojem su ti sporazumi predstavljali ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

236. Stoga je točno da je Sud u presudi Generics (UK) i dr.<sup>108</sup> utvrdio da, kada se strane sporazuma kao što su one u ovom slučaju pozivaju na njegove učinke koji pospješuju tržišno natjecanje, njih se mora, kao elemente konteksta tog sporazuma, uzeti u obzir na odgovarajući način u svrhu kvalifikacije kao „ograničenj[a] s obzirom na cilj” jer oni mogu dovesti u pitanje opću ocjenu dovoljno štetnog stupnja dotičnog tajnog sporazuma za tržišno natjecanje i posljedično kvalifikaciju istoga kao „ograničenja s obzirom na cilj”.

<sup>106</sup> Presuda od 13. srpnja 1966., Consten i Grundig/Komisija (56/64 i 58/64, EU:C:1966:41, Zb., str. 496.)

<sup>107</sup> Presuda od 11. rujna 2014., MasterCard i dr./Komisija (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, t. 242.)

<sup>108</sup> Točka 103. te presude; vidjeti i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 158. do 166.).

237. Međutim, Sud je u navedenoj presudi utvrdio i da takvi učinci koji navodno pospješuju tržišno natjecanje mogu dovesti u pitanje utvrđenje ograničenja s obzirom na cilj samo ako su dokazani, relevantni i povezani s predmetnim sporazumom te dovoljno veliki kako bi se na temelju njih moglo razumno posumnjati u dovoljnu štetnost predmetnog sporazuma o nagodbi za tržišno natjecanje i, time, u njegov protutržišni cilj. Sud je nastavio da to nije slučaj sporazuma kojim se omogućuje kontrolirani ulazak proizvođača generičkih lijekova na tržište, u dogovoru s nositeljem patenta u svrhu reorganizacije predmetnog tržišta koja ne dovodi do izvršavanja konkurentskog pritiska na navedenog nositelja i potrošačima donosi minimalne, odnosno neizvjesne koristi<sup>109</sup>.

238. Međutim, u ovom slučaju, ulazak Krke na sedam tržišta obuhvaćenih licencijom nije doveo ni do znatnog konkurentskog pritiska na Servier (točka 201. ovog mišljenja). Štoviše, taj ulazak izvršen je u okviru stvarnog duopola između Serviera i Krke čiji je cilj bio izbjeći pad cijena koji bi uzrokovalo otvaranje tržišta prilikom neovisnog ulaska generičkih lijekova. Stoga je ta kontrolirana reorganizacija tržišta omogućila Servieru i Krki da zadrže znatno više cijene i tržišne udjele nego u slučaju neovisnog otvaranja tržišta generičkim lijekovima (točke 155. do 158. ovog mišljenja). Stoga su koristi koje je potrošačima donio Krkin ulazak na tržišta obuhvaćena licencijom ili njezina stalna prisutnost na njima bile ograničene u odnosu na koristi koje bi proizlazile iz neovisnog otvaranja tih tržišta generičkim lijekovima.

239. Štoviše, nacionalni ekvivalenti patenta 947 još nisu bili odobreni na nekima od navedenih tržišta, tako da Krka nije trebala licenciju da bi ušla na ta tržišta ili se zadržala na njima. Međutim, Opći sud smatrao je da je licencija imala povoljan učinak za Krku da izbjegne kasniji rizik od sudskog spora u slučaju da se Servieru u budućnosti odobre patenti na tim tržištima (točke 1008. i 1027. pobijane presude). Iz tih razmatranja proizlazi da navodni pozitivni učinci sporazuma o licenciji Krka na tržišno natjecanje nisu bili samo ograničeni, nego i hipotetski te neizvjesni.

240. Naposljetku, u ovom slučaju, kao i u predmetu Generics (UK) i dr., kontrolirani ulazak proizvođača generičkih lijekova na tržište, u dogovoru s nositeljem patenta, izvršen je u zamjenu za to da taj proizvođač odustane od svojih napora za neovisni ulazak na navedeno tržište. Međutim, kao što sam to naglasila u svojem mišljenju u navedenom predmetu, donošenje minimalnih koristi za potrošače zahvaljujući malom smanjenju cijene ne može dovesti u pitanje protutržišni cilj sporazuma koji inače ima za cilj poništiti tržišno natjecanje u odnosu na određeni proizvod ili na određenom tržištu<sup>110</sup>.

241. U tom kontekstu, „tržišni” scenarij s kojim treba usporediti situaciju usklađenog djelovanja koju su uspostavili sporazumi zapravo nije situacija sigurnog neovisnog ulaska proizvođača generičkih proizvoda na tržište, već situacija u kojoj oni nastavljaju svoje napore s tom svrhom, ovisno o njihovoj neovisnoj ocjeni rizika i šansi u tom pogledu. Stoga činjenica da je ulazak dogovoren između nositelja patenta i proizvođača generičkih lijekova siguran dok scenarij neovisnog ulaska ovisi o nepredvidljivim sporovima o patentu ne može značiti da je s gledišta tržišnog natjecanja kontrolirani ulazak nužno i „najbolji scenarij”. Naime, ono što se računa nije ulazak generičkih proizvoda na tržište pod svaku cijenu, već činjenica da se taj ulazak ostvario ili nije ostvario zbog slobodnog tržišnog natjecanja, a ne zbog usklađenog djelovanja stranaka koje je nadomjestilo to tržišno natjecanje<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 105. do 111.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 168. do 172., 175. i 179.).

<sup>110</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 175.).

<sup>111</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 176. do 178.).

242. Iz tih razmatranja proizlazi da treba prihvatiti i peti žalbeni razlog, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava i koju je počinio Opći sud prilikom ocjene posljedica pozitivnih učinaka sporazuma o licenci Krka na tržišno natjecanje za potrebe kvalifikacije sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

*vi) Sporazum o ustupanju i licenci Krka (šesti žalbeni razlog)*

243. U okviru šestog žalbenog razloga, koji se odnosi na kvalifikaciju sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, Komisija prigovara Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava jer je odbio priznati protutržišnu prirodu sporazuma o ustupanju i licenci Krka, sklopljenog 5. siječnja 2007., odnosno otprilike dva mjeseca nakon sklapanja sporazuma o nagodbi i licenci Krka, sklopljenih 27. listopada 2006.

244. Kao što se to navodi u točki 59. ovog mišljenja, Komisija je utvrdila da je sporazum o ustupanju i licenci Krka omogućio ojačavanje Servierova i Krkina konkurentskog položaja koji proizlazi iz podjele tržišta uspostavljene svim sporazumima Krka, time što se Krku spriječilo da svoju konkurentnu tehnologiju za proizvodnju perindoprila ustupi drugim proizvođačima generičkih lijekova. Budući da isplata iznosa od 30 milijuna eura u okviru tog sporazuma nije bila povezana s prihodima koje je Servier očekivao ili ostvario komercijalnim iskorištavanjem tehnologije koju mu je ustupila Krka, Komisija je to plaćanje analizirala kao podjelu rente stvorene podjelom tržištâ između Serviera i Krke<sup>112</sup>.

245. S obzirom na to da je Komisija utvrdila da sporazum o ustupanju i licenci Krka predstavlja ograničenje s obzirom na cilj temeljila na utvrđenju da sporazumi o nagodbi i licenci Krka predstavljaju ograničenje s obzirom na cilj i da je Opći sud potonje utvrđenje proglasio nevaljanim, Opći sud smatrao je, osobito u točkama 1053., 1054. i 1059. pobijane presude, da utvrđenje koje se odnosi na ograničavajući cilj navedenog sporazuma o ustupanju i licenci Krka također treba poništiti.

246. Međutim, u okviru prethodno provedenog ispitivanja prvih pet žalbenih razloga priznaje se da su utvrđenja Općeg suda koja se odnose na protutržišni cilj sporazumâ o nagodbi i licenci Krka pogrešna i da je Komisija valjano mogla zaključiti da ti sporazumi predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

247. Stoga, kao što to pravilno tvrdi Komisija, zaključci koje je Opći sud izveo iz tih utvrđenja u pogledu sporazuma o ustupanju i licenci Krka temelje se na pogrešnoj pretpostavci.

248. Osim toga, Komisija opravdano tvrdi i da zaključci Općeg suda koji se odnose na sporazum o ustupanju i licenci Krka, navedeni u točkama 1041. do 1060. pobijane presude, nisu dostatno obrazloženi jer se njima ne objašnjava zašto su pogrešne uvodne izjave 1764. do 1810. sporne odluke koje se odnose na taj sporazum i koje Opći sud čak nije ni analizirao.

249. Iz toga slijedi da treba prihvatiti i šesti žalbeni razlog, koji se temelji na pogreškama koje je Opći sud počinio prilikom analize cilja sporazuma o ustupanju i licenci Krka.

<sup>112</sup> Uvodne izjave 1766. i 1803. do 1811. sporne odluke

### 3) Zaključak o cilju sporazumâ Krka

250. Iz svih prethodnih razmatranja navedenih u okviru ispitivanja prvog, drugog, trećeg, četvrtog, petog i šestog Komisijina žalbenog razloga (točke 69. do 249. ovog mišljenja) proizlazi da se utvrđenje Općeg suda prema kojem sporazume Krka ne treba kvalificirati kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj (točke 1032., 1060. i 1233. pobijane presude) temelji na analizi koja sadržava pogreške koje se tiču prava i da ga treba ukinuti.

251. Na temelju članka 61. prvog stavka Statuta Suda Europske unije, Sud može, u slučaju ukidanja odluke Općeg suda, sam konačno odlučiti o sporu ako stanje postupka to dopušta.

252. Iz ispitivanja prvog, drugog, trećeg, četvrtog, petog i šestog žalbenog razloga proizlazi da je to slučaj u ovom predmetu u pogledu utvrđenja protutržišnog cilja sporazumâ Krka. To je ispitivanje pokazalo da deveti tužbeni razlog koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku, a na kojem se temelji analiza Općeg suda (vidjeti točke 910. do 942. i 1033. do 1040. pobijane presude) ne omogućuje da se pobije Komisijino utvrđenje u biti navedeno, među ostalim, u uvodnim izjavama 1756., 1810. i 1812. sporne odluke, prema kojem ti sporazumi predstavljaju jedinstvenu i trajnu radnju čiji je cilj podjela i dodjela tržištâ perindoprila u Uniji između Serviera i Krke, pri čemu se Krki dopušta da nastavi komercijalizirati ili puštati u prodaju generički perindopril u okviru stvarnog duopola sa Servierom u sedam država članica kao naknada za Krkinu obvezu da neće konkurirati Servieru na preostalim 18 do 20 tržištâ Unije.

253. Sud stoga može konačno odlučiti o predmetu i odbiti deveti tužbeni razlog koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku u pogledu cilja sporazumâ Krka, što će dovesti do potvrde sporne odluke u tom pogledu.

#### **b) Ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak (sedmi žalbeni razlog)**

254. Na temelju sedmog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio niz pogreška koje se tiču prava prilikom ispitivanja protutržišnih učinaka sporazumâ Krka.

255. Najprije valja podsjetiti na to da protutržišni cilj i protutržišni učinak nisu kumulativni, nego alternativni uvjeti za primjenu zabrane iz članka 101. stavka 1. UFEU-a. Sporazum je stoga zabranjen neovisno o njegovim učincima, ako je njegov cilj protivan tržišnom natjecanju. Iz toga slijedi da je razmatranje učinaka sporazuma suviše kad se utvrdi da taj sporazum ima za cilj sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu<sup>113</sup>.

256. Prema tome, ako Sud u ovom slučaju, u skladu s prethodnim razmatranjima i zaključcima navedenima u točkama 252. i 253. ovog mišljenja, prizna da su pogrešna utvrđenja Općeg suda koja se odnose na nepostojanje protutržišnog cilja sporazumâ Krka i da je Komisija stoga pravilno utvrdila da postoji protutržišni cilj tih sporazuma, nije potrebno ispitati ovaj žalbeni razlog koji se odnosi na protutržišne učinke navedenih sporazuma.

257. Radi iscrpnosti ipak ću ispitati taj žalbeni razlog.

<sup>113</sup> Presuda od 30. lipnja 1966., LTM (56/65, EU:C:1966:38, Zb. str. 359.); od 4. lipnja 2009., T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 28.) i od 16. srpnja 2015., ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:484, t. 29. i 30.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:110, t. 42.).

258. Prije tog ispitivanja (odjeljak 2.) korisno je kratko sažeti kako je Komisija analizirala te učinke u spornoj odluci, a kako Opći sud u pobijanoj presudi (odjeljak 1.).

*1) Analiza učinaka sporazumâ Krka u spornoj odluci i pobijanoj presudi*

*i) Sporna odluka*

259. U uvodnim izjavama 1214. do 1218. sporne odluke Komisija je navela da, kako bi se procijenili ograničavajući učinci sporazuma, valja uzeti u obzir konkretne uvjete u kojima proizvodi učinke i da ispitivanje uvjetâ tržišnog natjecanja na određenom tržištu treba temeljiti ne samo na postojećem tržišnom natjecanju među poduzetnicima koji su već prisutni na mjerodavnom tržištu, nego i na potencijalnom tržišnom natjecanju. Prema Komisijinu mišljenju, u ovom slučaju treba ispitati učinke sporazumâ o nagodbi, uključujući sporazume Krka, na potencijalno tržišno natjecanje jer su utjecali na poticaje Servierovih konkurentskih proizvođača generičkih lijekova da se pripreme za ulazak na jedno ili više tržišta Unije.

260. U uvodnim izjavama 1219. i 1220. sporne odluke Komisija je u biti pojasnila da procjenu konkretnih ograničavajućih učinaka sporazumâ o nagodbi na potencijalno tržišno natjecanje, koji su se sastojali u uklanjanju proizvođača generičkih lijekova kao potencijalnih konkurenata, i na strukturu tržišnog natjecanja na predmetnim tržištima, treba provesti na temelju činjenica u trenutku sklapanja tih nagodbi, pri čemu treba uzeti u obzir način na koji su sporazumi stvarno provedeni. Naime, kvalifikacija povrede ne može, u načelu, ovisiti o naknadnim činjeničnim zbivanjima. Prema Komisijinu mišljenju, kad je riječ o isključenju potencijalnog tržišnog natjecanja, „ono što se stvarno dogodilo može biti potpuno drukčije od onog što bi se vjerojatno dogodilo da nije sklopljen sporazum”. To tim više vrijedi ako sporazum znatno mijenja poticaje jedne ili objiju strana da nastave međusobno konkurirati.

261. U uvodnim izjavama 1221. i 1226. sporne odluke Komisija je navela da ograničavajuće učinke sporazuma treba procijeniti u odnosu na stvarni ekonomski i pravni kontekst u kojem bi došlo do tržišnog natjecanja da nije sklopljen sporazum, što bi zahtijevalo da se ispita stupanj tržišnog natjecanja među stranama i tržišnog natjecanja trećih osoba, konkretno stvarno i potencijalno tržišno natjecanje koje bi postojalo da nisu sklopljeni sporazumi i konkurentsko ponašanje koje bi proizvođači generičkih lijekova mogli primijeniti u takvoj situaciji.

262. Kad je riječ o stvarnim i potencijalnim mogućnostima da proizvođači generičkih lijekova uđu na relevantna tržišta i konkuriraju Servieru, Komisija je uputila na svoje ispitivanje potencijalnog tržišnog natjecanja između Serviera i proizvođača generičkih lijekova koje je provela u okviru ispitivanja cilja sporazumâ (uvodna izjava 1222. sporne odluke).

263. Naposljetku, Komisija je objasnila da će ispitati i ograničavajuće učinke tih sporazuma na strukturu tržišnog natjecanja provođenjem analize osobito u pogledu tržišne snage strana i pitanje postojanja drugih izvora tržišnog natjecanja za Servier, koje je relevantno ako na tržište ne ulazi novi proizvođač (uvodne izjave 1223. do 1227. sporne odluke).

264. U tom pogledu Komisija je u uvodnim izjavama 1228. do 1240. sporne odluke smatrala, među ostalim, da su konkurentski pritisci koje su ostali lijekovi izvršavali na perindopril bili ograničene učinkovitosti, što je u suprotnosti s razinom pritiska koji se očekivao od generički verzija perindoprila (koje su ga u konačnici uvele). Prema Komisijinu mišljenju, taj konkurentski pritisak koje su izvršavale generičke verzije perindoprila bio je ključan jer je cilj osporavanih

praksi bio neutralizirati sâm taj pritisak. U usporedbi s konkurentskim pritiskom generičkih lijekova ostali pritisci na perindopril nisu bili dovoljni kako bi izvršavali učinkovit konkurentski pritisak.

265. Stoga je uklanjanje konkurentskog pritiska generičkih lijekova imalo znatne učinke u smislu ukupnih troškova potrošača za perindopril. Budući da generički lijekovi nisu ušli na tržište, Servier se nije suočio s učinkovitim tržišnim natjecanjem jer, osim generičkih verzija perindoprila, nije bilo drugog znatnog pritiska za njega. Budući da je Servierova mogućnost da zadrži cijene iznad razine konkurentnosti bila povezana sa sporazumima o nagodbi koje je sklopio s proizvođačima generičkih lijekova, moguće je pokazati i izravne protutržišne učinke tih sporazuma (uvodne izjave 1240. do 1243. sporne odluke).

266. U uvodnim izjavama 1244. do 1269. sporne odluke Komisija je objasnila da je u trenutku sklapanja sporazuma između Serviera i proizvođača generičkih lijekova strukturu tržišta obilježavao ograničen broj proizvođača generičkih lijekova koji su se pripremali ući na tržište. Osim stranaka koje su sklopile te sporazume sa Servierom ostala su samo dva velika proizvođača generičkih lijekova koja su predstavljala prijetnju za Servier. Komisija je zaključila da u takvim uvjetima uklanjanje jedinog konkurenta znatno smanjuje vjerojatnost stvarnog i pravodobnog ulaska generičkih lijekova na tržište.

267. Komisija je zatim u uvodnim izjavama 1813. do 1850. (nakon odjeljka 5.5.) sporne odluke ispitala predstavljaju li sporazumi Krka ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak, a ispitivanje je ograničila na tržišta u Francuskoj, Nizozemskoj i Ujedinjenoj Kraljevini (uvodna izjava 1816. sporne odluke).

268. Prema Komisijinu mišljenju, Krka je na tim trima tržištima bila Servierov potencijalni konkurent i imala je stvarne i konkretne mogućnosti da na njih uđe u kratkom roku. Krka je bila stvarni dobavljač perindoprila na pet zemljopisnih tržišta i spremala se ući na nekoliko drugih tržišta, čime je pokazala svoje namjere u tom pogledu. Štoviše, Krka je u kratkom roku mogla ući na tržišta na kojima nije bila stvarni dobavljač jer je dovršila razvoj svojeg proizvoda. Krka je također aktivno pripremala teren za svoj proizvod sporovima u Ujedinjenoj Kraljevini i bila je uvjerena u nevaljanost patenta 947 (uvodna izjava 1820. sporne odluke).

269. Time što su poticali Krku da se obveže da neće ući na navedena tržišta sporazumi Krka imali su za učinak uklanjanje tih mogućnosti ulaska na tržište u Francuskoj, Nizozemskoj i Ujedinjenoj Kraljevini. Da sporazumi Krka nisu sklopljeni, Krka bi nastavila predstavljati konkurentsku prijetnju kao proizvođač generičkih lijekova koji s perindoprilom može ući na ta tržišta (uvodna izjava 1824. do 1834. sporne odluke).

270. Komisija je smatrala i to da je Krka u trenutku sklapanja sporazuma Krka predstavljala Servieru najneposredniju prijetnju (uvodne izjave 1843. i 1849. sporne odluke) i da, s obzirom na strukturu tržišta, uklanjanje jedinog konkurenta znatno ograničava vjerojatnost stvarnog i pravodobnog ulaska generičkih lijekova na tržište (uvodna izjava 1844. sporne odluke) i to tim više jer je i Krka bila potencijalni dobavljač proizvoda na bazi perindoprila za druge proizvođače generičkih lijekova (uvodna izjava 1848. sporne odluke).

271. Komisija je stoga zaključila da su sporazumi Krka imali za učinak znatno ograničavanje potencijalnog tržišnog natjecanja između Serviera i proizvođača generičkih lijekova (uvodna izjava 1850. sporne odluke).



*ii) Pobijana presuda*

272. Opći sud ispitao je u točkama 1075. do 1232. pobijane presude drugi tužbeni razlog koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku i koji se temelji na pogrešnoj kvalifikaciji sporazumâ Krka kao ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na učinak.

273. Kao prvo, Opći sud kvalificirao je pristup koji je primijenila Komisija u pogledu ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na učinak i koji se sažeto opisuje u točkama 259. do 263. ovog mišljenja kao „hipotetski” jer se temeljio na pretpostavkama ili „mogućnostima”, umjesto na stvarnim događajima (točke 1078. do 1104. pobijane presude).

274. S druge strane, Opći sud smatrao je da sudska praksa prema kojoj analiza učinaka sporazuma sadržava i potencijalne učinke nije primjenjiva ako je riječ o provedenom sporazumu koji je sankcionirala Komisija (točke 1107. do 1133. pobijane presude).

275. Kao drugo, u točkama 1140. do 1217. pobijane presude Opći sud utvrdio je da je Komisija počinila pogrešku u ocjeni kad je zaključila da sporazumi Krka predstavljaju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na učinak.

276. Kao prvo, u točkama 1142. do 1187. pobijane presude Opći sud smatrao je da Komisija nije utvrdila ograničavajuće učinke klauzule o zabrani komercijalizacije iz sporazuma o nagodbi Krka na tržišno natjecanje. Komisija nije dokazala, među ostalim, da bi Krka vjerojatno ušla na tržišta u Francuskoj, Nizozemskoj i Ujedinjenoj Kraljevini da nije sklopljen navedeni sporazum. U tom pogledu Komisija nije uzela u obzir činjenicu da je Krka priznala valjanost patenta 947. S obzirom na to priznavanje, u točkama 1148. do 1169. pobijane presude Opći sud u biti je istaknuo ista razmatranja kao ona na koja se oslonio prilikom ispitivanja cilja sporazumâ Krka, koja su se već analizirala u okviru ispitivanja prvog žalbenog razloga<sup>114</sup>.

277. Prema mišljenju Općeg suda, time što je navela samo „konkurentsku prijetnju” koju bi Krka nastavila predstavljati, Komisija nije utvrdila da bi tržišno natjecanje kakvo bi postojalo da nije sklopljen sporazum o nagodbi vjerojatno bilo otvorenije. Štoviše, Komisija je trebala pojasniti vjerojatne učinke, konkretno na cijene, proizvodnju, kvalitetu ili raznolikost proizvoda ili pak inovaciju, „konkurentske prijetnje” koju bi Krka nastavila predstavljati za Servier da nisu sklopljeni sporazumi Krka (točke 1174. do 1179. pobijane presude).

278. Kao drugo, u točkama 1192. do 1213. pobijane presude Opći sud smatrao je da Komisija nije utvrdila ograničavajuće učinke klauzule o neosporavanju patenta iz sporazuma o nagodbi. Komisija osobito nije dokazala da bi, da nije sklopljen navedeni sporazum, nastavak sporova između Krke i Serviera vjerojatno, ili čak izgledno, omogućio da se patent 947 brže ili potpunije proglasi nevaljanim. U tom pogledu, Opći sud smatrao je da Krkino povlačenje iz postupaka koje je pokrenula, odnosno iz postupka pred engleskim sudom<sup>115</sup> i postupka pred EPO-om<sup>116</sup>, nije imalo učinak u pogledu ukidanja patenta 947. Događaji koji su uslijedili nakon sklapanja sporazuma, odnosno proglašenje patenta 947 nevaljanim u Ujedinjenoj Kraljevini u postupku između Serviera i Apotexa<sup>117</sup> te opoziv patenta 947 koji je proglasilo tehničko vijeće za pritužbe

<sup>114</sup> Vidjeti točke 102. do 129. ovog mišljenja.

<sup>115</sup> Vidjeti točke 29. i 30. ovog mišljenja.

<sup>116</sup> Vidjeti točke 20. i 21. ovog mišljenja.

<sup>117</sup> Vidjeti točku 24. ovog mišljenja.

EPO-a<sup>118</sup>, pokazuju da bi taj patent u svakom slučaju bio poništen, neovisno o tužbama koje je podnijela Krka. Međutim, Komisija nije dokazala da bi nastavak tih tužbi imao za učinak da se navedeni patent ranije ili potpunije proglasi nevaljanim (točke 1194. do 1207. pobijane presude).

279. Naposljetku, kao treće, u točkama 1214. do 1215. pobijane presude Opći sud smatrao je da Komisija nije utvrdila ni ograničavajuće učinke sporazuma o ustupanju i licenci Krka na tržišno natjecanje.

280. Kao treće, u točkama 1219. do 1232. pobijane presude Opći sud utvrdio je da je Komisija počinila pogrešku koja se tiče prava jer nije uzela u obzir stvarne događaje koje je mogla uočiti u trenutku u kojem je donijela odluku i jer je svoj opis tržišnog natjecanja u slučaju da nije sklopljen sporazum temeljila na pretpostavkama ili mogućnostima.

281. Stoga je Opći sud zaključio da Komisija nije utvrdila da sporazumi Krka predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak i prihvatio je drugi tužbeni razlog koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku (točke 1217. i 1232. pobijane presude).

## *2) Žalbeni razlog koji se odnosi na učinke sporazumâ Krka*

282. U okviru svojeg sedmog žalbenog razloga Komisija tvrdi da razmatranja Općeg suda, navedena u točkama 272. do 281. ovog mišljenja, sadržavaju niz pogrešaka koje se tiču prava.

283. Komisija tvrdi da je Opći sud u točkama 1128., 1178., 1179. i 1227. do 1231. pobijane presude počinio pogrešku jer je smatrao da stvarni učinak ograničavanja potencijalnog tržišnog natjecanja između Serviera i Krke nije dovoljan kako bi se dokazalo da sporazumi Krka predstavljaju ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak. Komisija je pokazala da je Krka u trenutku sklapanja tih sporazuma imala stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište, koje su otklonili navedeni sporazumi, a što je u skladu s analizom hipotetske situacije koju zahtijeva sudska praksa. Nije potrebno promijeniti taj standard dokazivanja zato što je riječ o patentima i zato što je ishod sporova o patentima nepredvidljiv.

284. Opći sud stoga je pogrešno smatrao, u točkama 1123., 1160., 1161., 1165., 1168., 1169., 1173., 1174., 1178., 1179., 1183., 1204., 1206., 1207., 1209., 1221., 1226. i 1231. pobijane presude, da je Komisija trebala dokazati da bi Krka, da nisu sklopljeni sporazumi Krka, vjerojatno ušla na tri predmetna tržišta „uz rizik” i da je trebala navesti vjerojatne učinke „konkurentne prijetnje” koju bi Krka nastavila predstavljati za cijene i druge parametre tržišnog natjecanja. Isto tako, u točkama 1198. do 1207. pobijane presude Opći sud pogrešno je zahtijevao da Komisija dokaže da bi nastavak sporova koji su u tijeku i koje je Krka pokrenula i napustila zbog sporazumâ Krka, omogućio da se patent 947 brže ili potpunije proglasi nevaljanim.

285. Komisija smatra i da je Opći sud u točkama 1107. do 1128. i 1225. pobijane presude počinio pogrešku koja se tiče prava jer je za potrebe analize protutržišnih učinaka razlikovao provedene i neprovedene sporazume, pri čemu je smatrao da sudska praksa koja se odnosi na uzimanje u obzir potencijalnih učinaka nije relevantna ako su sporazumi provedeni.

<sup>118</sup> Vidjeti točku 21. ovog mišljenja.

286. Usto, Komisija tvrdi da je Opći sud u točkama 1130., 1151., 1170., 1181., 1210. i 1219. pobijane presude počinio pogrešku koja se tiče prava jer je zahtijevao da ona za potrebe procjene učinaka sporazuma uzme u obzir sva relevantna činjenična zbivanja koja su se dogodila prije nego što je donijela odluku. Protutržišnu prirodu sporazuma naprotiv treba procijeniti u trenutku njegova sklapanja.

287. Naposljetku, Komisija smatra da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava i iskrivio dokaze jer je u točkama 1148. do 1170. pobijane presude smatrao da Krka vjerojatno ne bi ušla na predmetna tržišta da nisu sklopljeni sporazumi Krka jer je priznala valjanost patenta 947.

*i) Analiza hipotetske situacije*

288. Kako bi se ispitala te kritike, najprije treba podsjetiti na to da, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, učinci koji ograničavaju tržišno natjecanje mogu biti kako *stvarni* tako i *potencijalni*<sup>119</sup>.

289. Za potrebe ocjene takvih učinaka valja ispitati tržišno natjecanje u stvarnom okviru u kojem bi se odvijalo da sporni sporazum ne postoji<sup>120</sup>.

290. U tu svrhu valja osobito uzeti u obzir narav i ograničenu ili neograničenu količinu proizvoda obuhvaćenih sporazumom, položaj i važnost stranaka na tržištu predmetnih proizvoda, izoliran karakter tog sporazuma ili, naprotiv, njegovo mjesto u skupu sporazuma. U tom pogledu, postojanje sličnih sporazuma, iako nije nužno odlučujuće, jest okolnost koja, zajedno s drugima, može činiti pravni i ekonomski kontekst u kojem treba ocijeniti navedeni sporazum<sup>121</sup>.

291. Scenarij koji se temelji na hipotezi nepostojanja predmetnog sporazuma mora biti realističan. U tom je kontekstu moguće, ako je to potrebno, voditi računa o vjerojatnom razvoju situacije na tržištu u slučaju nepostojanja sporazuma<sup>122</sup>.

292. Prilikom ocjene ograničavajućih učinaka sporazuma može se, među ostalim, osloniti na potencijalno tržišno natjecanje koje bi predstavljao potencijalni proizvođač koji ulazi na tržište i koji je uklonjen tim sporazumom i na strukturu predmetnog tržišta<sup>123</sup>.

293. U situaciji kao što je ona o kojoj je riječ u ovom slučaju, to je tim više točno jer, kao što je to Sud odlučio u presudi Generics (UK) i dr., utvrđivanje hipotetskog scenarija ne pretpostavlja nikakav konačan zaključak o izgledima za uspjeh proizvođača generičkih lijekova u patentnom postupku ili o vjerojatnosti sklapanja manje ograničavajućeg sporazuma<sup>124</sup>.

294. Naime, jedini je cilj hipotetskog scenarija utvrditi stvarne mogućnosti ponašanja tog proizvođača u slučaju nepostojanja predmetnog sporazuma i na taj način utvrditi vjerojatno funkcioniranje tržišta i njegovu strukturu u slučaju da taj sporazum nije sklopljen<sup>125</sup>. Iako na

<sup>119</sup> Vidjeti osobito presude od 28. svibnja 1998., Deere/Komisija (C-7/95 P, EU:C:1998:256, t. 77) i New Holland Ford/Komisija (C-8/95 P, EU:C:1998:257, t. 91.); od 23. studenoga 2006., Asnef-Equifax i Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, t. 50.); Generics (UK) i dr. (t. 117.) i od 18. studenoga 2021., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, t. 73.). Moje isticanje

<sup>120</sup> Presude od 11. rujna 2014., MasterCard i dr./Komisija (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, t. 161.); Generics (UK) i dr. (t. 118.) i od 18. studenoga 2021., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, t. 74.)

<sup>121</sup> Vidjeti presudu od 18. studenoga 2021., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, t. 75. i navedena sudska praksa).

<sup>122</sup> Presuda od 11. rujna 2014., MasterCard i dr./Komisija (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, t. 166.)

<sup>123</sup> Presuda od 14. travnja 2011., Visa Europe i Visa International Service/Komisija (T-461/07, EU:T:2011:181, t. 127.)

<sup>124</sup> Točka 119. te presude

<sup>125</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 120.) i presuda od 18. studenoga 2021., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, t. 76.)

navedeni hipotetski scenarij ne mogu ne utjecati izgledi za uspjeh proizvođača generičkih lijekova u patentnom postupku ili pak u odnosu na vjerojatnost sklapanja manje ograničavajućeg sporazuma, ti su elementi, međutim, tek neki elementi među ostalima koje treba uzeti u obzir kako bi se utvrdilo vjerojatno funkcioniranje tržišta kao i njegova struktura u slučaju da dotični sporazum nije sklopljen<sup>126</sup>.

295. Slijedom navedenog, kako bi se utvrdilo postojanje osjetnih potencijalnih ili stvarnih učinaka sporazuma o mirnom rješavanju spora na tržišno natjecanje, poput onih o kojima je riječ u ovom slučaju, nije na tijelu nadležnom za tržišno natjecanje da utvrdi ili da bi proizvođač generičkih lijekova koji je strana tog sporazuma vjerojatno uspio u sporu u vezi s patentnom, ili da bi strane navedenog sporazuma vjerojatno sklopile manje ograničavajući sporazum o mirnom rješavanju spora<sup>127</sup>.

296. Valja utvrditi da je Komisijino ispitivanje učinaka sporazuma Krka, sažeto u točkama 259. do 271. ovog mišljenja, u skladu s metodologijom utvrđenom u sudskoj praksi za analizu vjerojatnog hipotetskog scenarija u slučaju da nisu sklopljeni ti sporazumi.

297. Najprije, Komisija je točno postavila okvir svoje analize kad je navela da će ispitati učinke spornih sporazuma u odnosu na stvarni ekonomski i pravni kontekst u kojem bi došlo do tržišnog natjecanja da ti sporazumi nisu sklopljeni te da će stoga ispitati stupanj tržišnog natjecanja između stranaka koji bi postojao i konkurentsko ponašanje koje bi proizvođači generičkih lijekova primijenili da nije sklopljen sporazum (točka 261. ovog mišljenja).

298. Osim toga, kao što to ističe Komisija, u dovoljnoj je mjeri uzela u obzir, na temelju pravnog i gospodarskog konteksta sporazuma Krka, činjenični okvir tih sporazuma u smislu patenata i sporova o patentima, osobito u uvodnim izjavama 1826., 1829. i 1835. do 1846., kao i u bilješci 2445. sporne odluke.

299. S obzirom na sudsku praksu navedenu u točki 290. ovog mišljenja, Komisija je pravilno uzela u obzir i mjesto tih sporazuma s obzirom na sve sporazume koje je Servier sklopio s proizvođačima generičkih lijekova i strategiju koju je primijenio Servier, kao i položaj stranaka na tržištu (točke 263. do 266. ovog mišljenja).

300. Kad je riječ o Krki, Komisija je pravilno uzela u obzir činjenicu da je Krka bila velik potencijalni konkurent, odnosno najneposrednija prijetnja Servieru na trima tržištima koja su se razmatrala za potrebe analize učinaka sporazuma Krka, koji je imao stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na ta tržišta i da su sporazumi Krka uklonili te mogućnosti poticanjem Krke da prestane pokušavati ući na navedena tržišta i osporavati Servierove patente (točke 268. do 270. ovog mišljenja).

301. Suprotno onomu što smatra Opći sud osobito u točkama 1174. do 1178., 1183. i 1226. pobijane presude, time što je Komisija dokazala da bi Krka, da nisu sklopljeni sporazumi Krka, nastavila sa svojim nastojanjima da uđe na predmetna tržišta i da su ti sporazumi imali za učinak ukloniti Krku kao Servierova potencijalnog konkurenta, a time i mogućnost da se ostvare stvarne i potencijalne mogućnosti da Krka uđe na ta tržišta, u dovoljnoj je mjeri potkrijepila ograničavajuće učinke navedenih sporazuma na tržišno natjecanje.

<sup>126</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 120.)

<sup>127</sup> Vidjeti u tom smislu presudu Generics (UK) i dr. (t. 121. i 122.); vidjeti i moje mišljenje u presudi Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 189. do 202.).

302. U tom pogledu, suprotno onomu što je Opći sud smatrao u točkama 1183. i 1226. pobijane presude, razmatranja iznesena u presudi u predmetu *Visa Europe i Visa International Service/Komisija*<sup>128</sup>, prema kojima se analiza učinaka sporazuma može temeljiti na potencijalnom tržišnom natjecanju koje bi predstavljao potencijalni proizvođač koji ulazi na tržište i koji je uklonjen tim sporazumom, u ovom slučaju nisu nerelevantna jer je kontekst sporazuma koje je Servier sklopio s proizvođačima generičkih lijekova obilježen postojanjem patenta 947. Naime, iz sudske prakse navedene u točki 294. ovog mišljenja proizlazi da patentni kontekst sporazumâ, kao što su oni u ovom slučaju, treba uzeti u obzir među ostalim elementima samo kao dio konteksta tih sporazuma. Međutim, iz toga ne proizlazi da načela iz sudske prakse kojima se uređuje analiza učinaka sporazuma u hipotetskoj situaciji više nisu relevantna.

303. Prema tome, Komisija osnovano tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava, osobito u točkama 1160., 1168., 1169., 1173. i 1182. pobijane presude (točka 276. ovog mišljenja) jer je zahtijevao da ona dokaže da bi Krka, da nisu sklopljeni sporazumi Krka, „vjerojatno” ušla na predmetna tržišta uz rizik ili da bi strane, da nisu sklopljeni ti sporazumi, sklopile manje ograničavajući sporazum.

304. Osim toga, kao što to ističe Komisija, analiza Općeg suda navedena u točkama 1148. do 1169. pobijane presude (točka 276. ovog mišljenja), prema kojoj Krka vjerojatno ne bi ušla na ta tržišta da nisu sklopljeni sporazumi Krka jer je bila uvjerena da je patent 947 valjan, sadržava iste pogreške kao što su one već utvrđene u okviru ispitivanja prvog žalbenog razloga<sup>129</sup>.

305. Isto tako, Opći sud pogrešno je smatrao, osobito u točkama 1192. do 1213. pobijane presude (točka 278. ovog mišljenja), da je Komisija, kako bi utvrdila učinke klauzule o neosporavanju sadržane u sporazumu o nagodbi, trebala dokazati da bi nastavak sudskih postupaka od kojih je Krka odustala na temelju tog sporazuma vjerojatno omogućio da se patent 947 brže ili potpunije proglasi nevaljanim.

306. Kao što se to navodi u točkama 293. i 295. ovog mišljenja, Sud je u presudi *Generics (UK)* i dr. pojasnio da u situaciji kao što je ona o kojoj je riječ u ovom slučaju, utvrđivanje hipotetskog scenarija ne pretpostavlja da se dokaže bi strane navedenog sporazuma vjerojatno sklopile manje ograničavajući sporazum o nagodbi ili da bi proizvođač generičkih lijekova koji je strana predmetnog sporazuma vjerojatno uspio u sporu o patentnu.

307. Zapravo je riječ o tome da prilikom takve analize hipotetske situacije tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne prikaže situaciju koja bi postojala u području patenta da sporazum nije sklopljen, nego situaciju koja bi postojala u području tržišnog natjecanja. Međutim, u pogledu tržišnog natjecanja, hipotetski scenarij bila bi situacija u kojoj bi proizvođač generičkih lijekova nastavio samostalno, na temelju vlastite procjene situacije povezane s patentom, provoditi svoju trgovačku strategiju i strategiju vođenja spora kako bi što više iskoristio svoje stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište. Stoga bi situacija koja bi postojala da nisu sklopljeni sporazumi bila situacija u kojoj bi se te stvarne i konkretne mogućnosti imale priliku ostvariti<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Presuda od 14. travnja 2011., *Visa Europe i Visa International Service/Komisija* (T-461/07, EU:T:2011:181, t. 127., 187. i 191.)

<sup>129</sup> Vidjeti točke 102. do 129. ovog mišljenja. Naime, u točkama 1148. do 1169. pobijane presude, u okviru ispitivanja učinaka sporazumâ Krka, Opći sud u biti je ponovio ista razmatranja kao što su ona koja su već iznesena, među ostalim, u točkama 970., 971., 1011., 1017., 1026. i 1027. pobijane presude, prilikom analize cilja tih sporazuma.

<sup>130</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu *Generics (UK)* i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 117., 118. i 122. do 129.).

308. Međutim, u ovom slučaju, ograničavajući učinci sporazumâ Krka na tržišno natjecanje konkretno uključuju uklanjanje te prilike da se ostvare Krkine stvarne i konkretne mogućnosti da uđe na predmetna tržišta.

309. Činjenica da u okviru analize hipotetske situacije nije moguće sa sigurnošću utvrditi bi li se te mogućnosti stvarno ostvarile ne umanjuje stvarnost učinka njihova uklanjanja. Kad je riječ o utjecaju na tržišno natjecanje, nije važna činjenica da Krka pod svaku cijenu uđe na predmetna tržišta ili da ishodi da se patent proglašeni nevaljanim, nego činjenica da je imala mogućnost i čvrstu namjeru ući na tržište i ishoditi da se patent proglašeni nevaljanim kako bi mogla sudjelovati u slobodnom tržišnom natjecanju umjesto da se obveže na usklađeno djelovanje sa Servierom<sup>131</sup>.

310. Suprotno onomu što smatra Opći sud, takva analiza hipotetske situacije nije ni po čemu „hipotetska”. Učinak uklanjanja potencijalnog tržišnog natjecanja nije manje stvaran od učinka uklanjanja stvarnog ili postojećeg tržišnog natjecanja s obzirom na to da se sporazum o neupuštanju u tržišno natjecanje može sklopiti s potencijalnim i s postojećim konkurentom.

311. Pristupom Općeg suda zanemaruje se činjenica da članak 101. UFEU ne štiti samo stvarno tržišno natjecanje već i potencijalno tržišno natjecanje bez kojeg se ulazak novih poduzetnika na tržište ne bi mogao nikada ostvariti<sup>132</sup>.

312. Štoviše, kao što to tvrdi Komisija, time što u točki 1179. pobijane presude zahtijeva da ona pojasni vjerojatne učinke sporazuma na cijene i druge parametre tržišnog natjecanja, Opći sud povrijedio je načelo prema kojem članak 101. UFEU-a, kao i druga pravila UFEU-a o tržišnom natjecanju, nije namijenjen samo zaštiti neposrednih interesa konkurenata ili potrošača, nego i zaštiti strukture tržišta te time samog tržišnog natjecanja. Sud je stoga presudio da utvrđenje postojanja protutržišnog cilja usklađenog djelovanja među poduzetnicima ne treba biti uvjetovano utvrđenjem postojanja neposredne veze između tog djelovanja i potrošačkih cijena<sup>133</sup>. Međutim, ne može vrijediti drukčije kad je riječ o utvrđivanju protutržišnih učinaka koordinacije između poduzetnika.

313. Usto, Komisija također pravilno tvrdi da je Opći sud u točkama 1180. i 1210. pobijane presude pogrešno odbio pretpostavku da uklanjanje velikog izvora potencijalnog tržišnog natjecanja samo po sebi može dovesti do učinaka na cijene ili druge parametre tržišnog natjecanja uz razuman stupanj vjerojatnosti.

#### *ii) Trenutak u kojem se provodi analiza hipotetske situacije*

314. Komisija tvrdi i da je Opći sud pogrešno zahtijevao da analiza učinaka sporazuma koji je proveden pretpostavlja analizu svih činjeničnih zbivanja koja su se dogodila nakon njegova sklapanja. Prema Komisijinu mišljenju, za analizu hipotetskog scenarija treba naprotiv uzeti u obzir trenutak sklapanja sporazuma.

<sup>131</sup> Vidjeti u tom smislu moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 128.).

<sup>132</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 76. i 198.).

<sup>133</sup> Presuda od 4. lipnja 2009., T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 38. i 39.); od 6. listopada 2009., GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 63.) i od 19. ožujka 2015., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 125.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:110, t. 58. do 60.). Vidjeti u tom smislu, u pogledu provedbe članka 102. UFEU-a, i presudu od 12. svibnja 2022., Servizio Elettrico Nazionale i dr. (C-377/20, EU:C:2022:379, t. 44. i navedena sudska praksa).

315. Ispitivanje cilja sporazuma za potrebe primjene članka 101. UFEU-a treba prebaciti na ispitivanje učinaka tog sporazuma ako s obzirom na vrstu sporazuma ili mehanizama koji se njime uspostavljaju, analiziranim u njihovu kontekstu, nije moguće zaključiti da je cilj navedenog sporazuma ograničiti tržišno natjecanje<sup>134</sup>. U takvom slučaju valja analizirati hoće li mehanizmi uspostavljeni sporazumom, s obzirom na njihovo funkcioniranje, kontekst i konkurentsku situaciju na predmetnom tržištu, jednom kad se primijene, imati ograničavajuće učinke na tržišno natjecanje.

316. Takva je analiza učinaka sporazuma potrebna, primjerice, kad se tijelo suočava s jednim ili nekoliko sporazuma koji čine složenu cjelinu sa sastavnim dijelovima koji pospešuju tržišno natjecanje i koji su protutržišni, čiju protutržišnu prirodu nije moguće utvrditi a da se pritom ne ispituju njihovi učinci<sup>135</sup> te je njezin cilj odrediti utjecaj koji sporazum može imati na tržišno natjecanje na relevantnom tržištu<sup>136</sup>.

317. Iz sudske prakse navedene u točki 289. ovog mišljenja proizlazi da analiza hipotetske situacije uključuje ispitivanje tržišnog natjecanja u stvarnom okviru u kojem bi se odvijalo da ne postoji sporni sporazum. To nužno znači da treba analizirati ono što bi se dogodilo u slučaju da nije sklopljen sporazum, a ne ono što se stvarno dogodilo kad je sklopljen. Na stvarne događaje koji su se dogodili tijekom i nakon provedbe sporazuma nužno je već utjecalo postojanje navedenog sporazuma. Stoga analiza hipotetske situacije koja se temelji na takvoj situaciji koja je već narušila slobodno tržišno natjecanje, kao što je analiza koju je proveo Opći sud, među ostalim, u točkama 1192. do 1213. pobijane presude (vidjeti točku 278. ovog mišljenja), u dijelu u kojem se u njoj zaključuje da ne postoje ograničavajući učinci stvarnih događaja koji su se odvijali tijekom provedbe navedenog sporazuma, predstavlja kružno rasuđivanje kojim se zanemaruju same osnove takve analize, kakvu treba provesti na temelju sudske prakse navedene u točkama 289. do 295. ovog mišljenja.

318. Iako, u načelu, nije isključeno uzimanje u obzir naknadnih događaja koji se, među ostalim, odnose na provedbu sporazuma prilikom analize njegovih negativnih učinaka na tržište, kao što je to navela Komisija (vidjeti uvodnu izjavu 1220. sporne odluke i točku 260. ovog mišljenja), ti se elementi ne mogu uzeti u obzir kako bi se utvrdio hipotetski scenarij koji se pogrešno temelji na postojanju sporazuma kao takvog, iako bi navedeni scenarij trebao početi od njegova nepostojanja.

319. Stoga se Opći sud pogrešno oslonio na nastavak i rezultate postupaka pred britanskim sudovima i EPO-om, nakon što se Krka povukla iz tih postupaka, kako bi zaključio da ne postoje ograničavajući učinci klauzule o neosporavanju sadržane u sporazumu o nagodbi Krka (točka 278. ovog mišljenja). Iako Krkin nastavak navedenih postupaka ne bi u pogledu patenata i sporova doveo do rezultata koji bi bili drukčiji od rezultata drugih subjekata (što čak nije ni utvrđeno), to ne može biti relevantno za potrebe ocjene učinaka navedene klauzule u hipotetskoj situaciji. U tu je svrhu važno pitanje je li ta klauzula imala za učinak da Krka odustane od svojih nastojanja da konkurira Servieru, među ostalim, nastavljanjem predmetnih postupaka.

<sup>134</sup> Vidjeti u tom smislu presude od 11. rujna 2014., CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 52.); od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:52, t. 66. i 115.) i od 2. travnja 2020., Budapest Bank i dr. (C-228/18, EU:C:2020:265, t. 55.).

<sup>135</sup> Vidjeti u tom pogledu presude od 11. rujna 2014., CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 74. i sljedeće) i od 26. studenoga 2015., Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, t. 22. do 24.), kao i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 164. i 171.); vidjeti i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Bobeka u predmetu Budapest Bank i dr. (C-228/18, EU:C:2019:678, t. 48. do 50.).

<sup>136</sup> Mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Bobeka u predmetu Budapest Bank i dr. (C-228/18, EU:C:2019:678, t. 50.)

320. Iz toga slijedi da Komisijino razmatranje prema kojem analizu hipotetske situacije treba provesti u trenutku sklapanja sporazuma ne sadržava pogrešku. Naprotiv, kao što je to presudio Sud, protutržišnu prirodu radnje treba ocijeniti u trenutku počinjenja te radnje<sup>137</sup>. To je dosljedno jer upravo su sporazumi čiji je cilj ili učinak spriječiti, ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu zabranjeni na temelju članka 101. stavka 1. UFEU-a. Stoga pitanje ima li sporazum protutržišni cilj ili učinke treba, u načelu, ispitati u trenutku njegova sklapanja.

321. Kasnija razmatranja, neovisna o volji stranaka i mehanizmima uspostavljenima sporazumom, ne mogu oduzeti protutržišnu prirodu sporazumu koji je u trenutku sklapanja imao učinak ograničenja tržišnog natjecanja<sup>138</sup>. Kao što je to objasnila Komisija, osobito na raspravi u ovom žalbenom postupku, naknadni događaj koji neutralizira učinke sporazuma treba uzeti u obzir samo *ex nunc*, od trenutka kad je do njega došlo, kako bi se odredilo trajanje povrede članka 101. UFEU-a koju predstavlja taj sporazum. Uostalom, Komisija je upravo na taj način u ovom slučaju uzela u obzir naknadne događaje koji su se dogodili nakon sklapanja spornih sporazuma, u ovom slučaju poništenje patenta 947 u Ujedinjenoj Kraljevini i Nizozemskoj, kao i EPO-ovo poništenje, kako bi odredila završetak povreda (vidjeti u pogledu Krke uvodnu izjavu 2126. sporne odluke).

322. Pobijana presuda uostalom sadržava proturječnost u obrazloženju u tom smislu. U točki 856. navedene presude Opći sud utvrdio je, u pogledu sporazuma koji je Servier sklopio s Lupinom, da mogući događaji koji su uslijedili nakon sklapanja tog sporazuma ne mogu neutralizirati njegovu ograničavajuću prirodu i da „valja razlikovati, s jedne strane, samo postojanje povrede, koje se ne može dovesti u pitanje samom mogućnošću nastanka budućih događaja i, s druge strane, trajanje povrede, koje može ovisiti o stvarnom nastanku takvih događaja”.

323. To razmatranje točno odgovara Komisijinoj argumentaciji u pogledu učinaka sporazumâ Krka. Nije moguće shvatiti zašto je Opći sud to pitanje procijenio drukčije u pogledu navedenih sporazumâ, s jedne strane, i sporazuma koji je Servier sklopio s Lupinom, s druge strane.

### *iii) Nerelevantnost razlikovanja provedenih i neprovedenih sporazuma*

324. Iz prethodno navedenog proizlazi da razlika koju Opći sud pravi između analize učinaka sporazuma koji su provedeni i učinaka sporazuma koji nisu provedeni (vidjeti točke 1107. do 1133. pobijane presude i točku 274. ovog mišljenja) nije relevantna. Budući da se analiza hipotetske situacije provodi u trenutku sklapanja sporazuma, to razlikovanje nema smisla kako bi se utvrdili učinci sporazuma, čak i ako nije isključeno uzimanje u obzir naknadnih elemenata koji se odnose na provedbu sporazuma kao dijela konteksta tog sporazuma.

325. Osim toga, iz sudske prakse proizlazi da razlikovanje između stvarnih i potencijalnih učinaka, koje je Opći sud primijenio u okviru razlikovanja između provedenih i neprovedenih sporazuma, nije relevantno jer tijekom analize hipotetske situacije u svakom slučaju potencijalne i stvarne učinke treba uzeti u obzir na isti način<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Presuda od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 110.)

<sup>138</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 1. srpnja 2010., AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, t. 360.).

<sup>139</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 115. do 122., osobito 117., 121. i 122.) i presuda od 18. studenoga 2021., Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, t. 73. i 74.)



326. Nadalje, ni zaključci Općeg suda u pogledu navodnog razlikovanja provedenih i neprovedenih sporazuma za potrebe analize njihovih učinaka ne proizlaze iz sudske prakse koju je Opći sud analizirao u tu svrhu u točkama 1107. do 1133. pobijane presude (točka 274. ovog mišljenja). Osim svoje suviše kazuističke prirode, tumačenje te sudske prakse koje predlaže Opći sud nije samo protivno strukturi i svrsi članka 101. UFEU-a (vidjeti točku 320. ovog mišljenja), nego i iz te sudske prakse izvodi zaključke koji nisu u skladu s izričitim utvrđenjima u toj sudskoj praksi, u kojoj se upućuje na stvarne i potencijalne učinke ispitanih sporazuma.

### *3) Zaključak o učincima sporazumâ Krka*

327. Iz prethodnih razmatranja navedenih u okviru ispitivanja Komisijina sedmog žalbenog razloga (točke 282. do 326. ovog mišljenja) proizlazi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava jer je pristup koji uključuje oslanjanje na stvarni učinak uklanjanja Krke kao izvora potencijalnog tržišnog natjecanja u svrhu utvrđivanja ograničavajućih učinaka sporazumâ Krka na tržišno natjecanje kvalificirao kao „hipotetski” te ga je odbio. Stoga se utvrđenje Općeg suda prema kojem te sporazume ne treba kvalificirati kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na učinak (točke 1217. i 1232. pobijane presude) temelji na analizi koja sadržava pogreške koje se tiču prava te ga treba ukinuti.

328. Kao što se to već navelo u točki 251. ovog mišljenja, na temelju članka 61. prvog stavka Statuta Suda Europske unije, Sud može, u slučaju ukidanja odluke Općeg suda, sam konačno odlučiti o sporu ako stanje postupka to dopušta.

329. Iz ispitivanja sedmog žalbenog razloga proizlazi da je to slučaj u ovom predmetu u pogledu utvrđenja protutržišnih učinaka sporazumâ Krka. To je ispitivanje pokazalo da deseti tužbeni razlog koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku i na kojem se temelji analiza Općeg suda (vidjeti točke 1217. i 1232. pobijane presude) ne omogućuje da se pobije Komisijino utvrđenje prema kojem su sporazumi Krka imali za učinak znatno ograničenje potencijalnog tržišnog natjecanja između Serviera i proizvođača generičkih lijekova (uvodna izjava 1850. sporne odluke).

330. Sud stoga može konačno odlučiti o predmetu i odbiti deseti tužbeni razlog koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku u pogledu učinaka sporazumâ Krka, što će dovesti do potvrde sporne odluke u tom pogledu.

### *c) Zaključak o postojanju povrede na temelju članka 101. stavka 1. UFEU-a u pogledu sporazuma Krka*

331. Iz utvrđenja navedenih u točkama 250. do 253. i 327. do 330. ovog mišljenja proizlazi da zaključke Općeg suda, koji se odnose na nepostojanje protutržišnog cilja i protutržišnih učinaka sporazumâ Krka (točke 1217. i 1232. do 1234. pobijane presude), treba ukinuti te Sud može konačno odlučiti o predmetu i odbiti tužbene razloge iz prvostupanjskog postupka koji se temelje na nepostojanju protutržišnog cilja i protutržišnih učinaka tih sporazuma. Stoga Sud može potvrditi utvrđenje iz sporne odluke prema kojem ti sporazumi predstavljaju jedinstvenu i trajnu povredu članka 101. UFEU-a, kao i novčanu kaznu izrečenu Servieru u tom pogledu (članak 4. i članak 7. stavak 4. sporne odluke).

## **2. Članak 102. UFEU-a**

332. Komisija u okviru osmog, devetog, desetog i jedanaestog žalbenog razloga tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava kad je poništio spornu odluku u dijelu u kojem se odnosi na utvrđenje povrede članka 102. UFEU-a koju je počinio Servier.

333. Opći sud prihvatio je sve tužbene razloge koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku (četnaesti, petnaesti, šesnaesti i sedamnaesti tužbeni razlog) i koji se odnose na povredu članka 102. UFEU-a, na temelju svojeg utvrđenja prema kojem je Komisija pogrešno definirala mjerodavno tržište gotovih proizvoda kao tržište ograničeno samo na molekulu perindoprila u njegovim izvornim i generičkim verzijama.

334. Prije ispitivanja Komisijinih žalbenih razloga kojima se osporava to utvrđenje (odjeljak (b)), korisno je sažeti utvrđenja iz sporne odluke i pobijane presude u tom pogledu (odjeljak (a)).

### ***a) Utvrđenja koja se odnose na članak 102. UFEU-a u spornoj odluci i pobijanoj presudi***

#### ***1) Sporna odluka***

335. Kao prvo, Komisija je utvrdila da je mjerodavno tržište gotovih proizvoda ograničeno na perindopril u njegovoj izvornoj i generičkoj verziji. To je utvrdila u četirima državama članicama koje je analizirala, odnosno u Francuskoj, Nizozemskoj, Poljskoj i Ujedinjenoj Kraljevini za razdoblje od 2000. do 2009. (odjeljak 6., uvodne izjave 2128. do 2549. sporne odluke).

336. Kako bi došla do tog zaključka, Komisija je najprije objasnila da perindopril, koji se upotrebljava u liječenju hipertenzije, doista pripada skupini „inhibitora angiotenzin-konvertirajućeg enzima (ACE)” koji su dio skupine koja se tijekom relevantnog razdoblja sastojala od 16 različitih molekula koje imaju jednak način djelovanja te čije su terapijske indikacije i nuspojave često slični. Međutim, ne čine svi ACE inhibitori savršeno homogenu skupinu lijekova, a perindopril je priznat po određenim značajkama koje ga razlikuju od drugih ACE inhibitora. Na početku razdoblja relevantnog za utvrđivanje tržišta, 2000., skupina ACE inhibitora već je bila razvijena i većina ACE inhibitora već je bila dostupna u generičkoj verziji. Generičke verzije ACE inhibitora koje su se smatrale najslabijima perindoprilu postale su dostupne između 1999. i 2005. (uvodne izjave 92., 93., 2144., 2145., 2149., 2165. do 2171., 2449. i 2537. i tablice 21., 24., 27. i 30. sporne odluke).

337. Nadalje, Komisija je prilikom ispitivanja konkurentskih pritisaka kojima je perindopril bio izložen utvrdila da se Servier oslonio na razlike između ACE inhibitora i posebna obilježja perindoprila kako bi provodio politiku razlikovanja u svojim promidžbenim naporima uložanima kod liječnika koji izdaju recepte (uvodne izjave 2445. do 2457. sporne odluke).

338. Usto i štoviše, Komisija je utvrdila da znatno smanjenje cijena drugih ACE inhibitora nakon ulaska na tržište njihovih generičkih verzija nije dovelo do smanjenja cijene perindoprila i Servierovih promidžbenih troškova koji su ostali stabilni tijekom cijelog razmatranog razdoblja, ni do smanjenja količine prodanog perindoprila koja se neprestano povećavala. Stoga znatno smanjenje cijena drugih ACE inhibitora nije uzrokovalo zamjenu perindoprila drugim ACE inhibitorima. Komisija je iz toga zaključila da tijekom ispitanog razdoblja drugi ACE inhibitori

nisu izvršavali nikakav znatan konkurentski pritisak na perindopril i da se Servier uvelike ponašao neovisno o drugim proizvođačima ACE inhibitora (uvodne izjave 2460. do 2495., 2521. i 2544. sporne odluke).

339. Naposljetku, Komisija je utvrdila da je ograničena učinkovitost pritiska koje su drugi ACE inhibitori izvršavali na perindopril u jasnoj suprotnosti s očekivanim pritiskom koji se eventualno počeo izvršavati zbog dolaska generičkih verzija perindoprila koje mogu konkurirati svim postojećim prodajama izvornog perindoprila. Štoviše, Komisija je smatrala da konkurentski pritisak koji izvršavaju generičke verzije perindoprila treba smatrati ključnim u procjeni predmetnog tržišta proizvoda kada je cilj osporavanih praksi neutralizirati sâm taj pritisak (uvodne izjave 2528. do 2546. sporne odluke).

340. Kao drugo, Komisija je analizirala Servierov položaj na mjerodavnom tržištu gotovih proizvoda i zaključila da je Servier imao vladajući položaj u smislu članka 102. UFEU-a na tržištu izvornog i generičkog perindoprila u Ujedinjenoj Kraljevini, Nizozemskoj, Francuskoj i Poljskoj tijekom razmatranog razdoblja (odjeljak 6., uvodne izjave 2550. do 2600. sporne odluke).

341. Kao treće, Komisija je utvrdila da je mjerodavno tržište uzlazno od tržišta gotovih proizvoda, tržište tehnologije, bilo ograničeno samo na tehnologiju perindoprila i da je Servier imao vladajući položaj na tom mjerodavnom tržištu tehnologije (odjeljak 7., uvodne izjave 2601. do 2758. sporne odluke).

342. Naposljetku, kao četvrto, Komisija je analizirala Servierovo ponašanje i zaključila da Servierova jedinstvena i trajna strategija koja kombinira stjecanje tehnologije AFS-a i sklapanje sporazumâ o nagodbi u pogledu patenta u zamjenu za plaćanje za odgodu ulaska na tržište predstavlja jedinstvenu i trajnu povredu članka 102. UFEU-a (odjeljak 8., uvodne izjave 2759. do 2998. sporne odluke).

## 2) *Pobijana presuda*

343. Kao prvo, Opći sud prihvatio je Servierov četrnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka, koji se odnosi na utvrđivanje mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda za potrebe primjene članka 102. UFEU-a. Opći sud smatrao je da je Komisija pogrešno utvrdila mjerodavno tržište kao tržište ograničeno samo na molekulu perindoprila (točke 1367. do 1592. pobijane presude).

344. Taj Servierov četrnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka sadržavao je tri prigovora (točke 1367. do 1370. pobijane presude).

345. Kao prvo, nakon što je iznio uvodne napomene (točke 1371. do 1405. pobijane presude), Opći sud ispitao je i odbio prvi dio prvog prigovora, koji se temelji na neuzimanju u obzir svih elemenata gospodarskog konteksta (točke 1406. do 1417. pobijane presude). Kao drugo, Opći sud ispitao je i prihvatio drugi prigovor, koji se temelji na tome da Komisija nije poštovala terapijsku zamjenjivost ACE inhibitora (točke 1418. do 1566. pobijane presude). Kao treće, Opći sud ispitao je i prihvatio drugi dio prvog prigovora, koji se temelji na prevelikoj važnosti koja se pridaje cjenovnom kriteriju u analizi tržišta (točke 1567. do 1585. pobijane presude). Kao četvrto, Opći sud utvrdio je da više nije potrebno odgovoriti na treći prigovor, koji se temelji na tome da ekonometrijska analiza cijena koju je provela Komisija ima metodološke nedostatke (točka 1586. pobijane presude).

346. Po završetku tog ispitivanja, u točki 1374. pobijane presude Opći sud podsjetio je na načelo prema kojem se nadzor koji sud Unije provodi u pogledu Komisijinih složenih gospodarskih ocjena ograničava na provjeru poštovanja postupovnih pravila i pravila o obrazloženju, materijalne točnosti činjenica kao i nepostojanja očite pogreške u ocjeni i zlouporabe ovlasti<sup>140</sup>, te je pritom zaključio da je u ovom slučaju Komisija počinila niz „pogrešaka” u analizi utvrđivanja mjerodavnog tržišta i stoga je mjerodavno tržište gotovih proizvoda pogrešno ograničila samo na molekulu perindoprila, tako da treba prihvatiti četrnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka (točke 1589. do 1592. pobijane presude).

347. Nadalje, Opći sud prihvatio je, kao drugo, Servierov petnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka i poništio utvrđenje izneseno u spornoj odluci prema kojem je Servier imao vladajući položaj na tom tržištu gotovih proizvoda (točke 1595. do 1608. pobijane presude).

348. Opći sud prihvatio je, kao treće, i Servierov šesnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka i poništio utvrđenje o postojanju Servierova vladajućeg položaja na uzlaznom tržištu gotovih proizvoda, odnosno tržištu tehnologije (točke 1611. do 1622. pobijane presude).

349. Budući da nije utvrđena pravilna definicija tržišta, Opći sud naposljetku je, kao četvrto, prihvatio Servierov sedamnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka i poništio utvrđenje iz sporne odluke o Servierovoj zlouporabi (točke 1625. do 1632. pobijane presude).

350. Na temelju tih razmatranja Opći sud poništio je članak 6. (utvrđenje Servierove povrede članka 102. UFEU-a) i članak 7. stavak 6. (novčana kazna za tu povredu) izreke sporne odluke (točke 1633. i 1963., kao i točke 2. i 3. izreke pobijane presude).

#### ***b) Žalbeni razlozi koji se odnose na članak 102. UFEU-a***

351. Komisija ističe četiri žalbena razloga protiv utvrđenja Općeg suda u pogledu utvrđivanja mjerodavnog tržišta.

352. U okviru osmog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio nekoliko pogrešaka koje se tiču prava jer je smatrao da je Komisija pridala preveliku važnost cijenama prilikom utvrđivanja tržišta konačnih proizvoda (odjeljak 1.).

353. U devetom žalbenom razlogu Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava u svojem konceptualnom pristupu i specifičnim utvrđenjima u pogledu terapijske zamjenjivosti (odjeljak 2.).

354. Komisijinim desetim žalbenim razlogom nastoji se utvrditi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava kad je proglasio dopuštenima priloge A 286 i A 287 tužbi i prilog C 29 replici (odjeljak 3.).

355. Naposljetku, u okviru jedanaestog i posljednjeg žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava kad je na temelju svojih utvrđenja o tržištu gotovih proizvoda poništio Komisijina utvrđenja u pogledu mjerodavnog tržišta tehnologije AFS-a perindoprila (odjeljak 4.).

<sup>140</sup> Vidjeti presude od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 29., 39., 49., 56. i 58.) i od 17. rujna 2007., Microsoft/Komisija (T-201/04, EU:T:2007:289, t. 87., 534., 557. i 618.).

*1) Mjesto cijene prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (osmi žalbeni razlog)*

356. U okviru osmog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava, osobito zato što je pogrešno primijenio pojam mjerodavnog tržišta i zbog svojeg nedostatnog i/ili proturječnog obrazloženja kad je u točkama 1567. do 1586. pobijane presude prihvatio drugi dio prvog prigovora Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka u kojem je kritizirao Komisiju jer je pridala preveliku važnost promjenama cijena lijekova prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta proizvoda (točke 344. i 345. ovog mišljenja).

357. Kao što to ističe Komisija i kao što se navodi u točki 345. ovog mišljenja, Opći sud odbio je prvi dio prvog prigovora Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka (točke 1406. do 1417. pobijane presude). Opći sud time je potvrdio da je Komisija u svojoj analizi mjerodavnog tržišta pravilno uzela u obzir ukupan gospodarski kontekst, uključujući terapijsku upotrebu lijekova i relativne promjene cijena (točke 1411. do 1415. pobijane presude). Opći sud također je kao činjenične elemente priznao slabu podložnost perindoprila na promjene cijena drugih ACE inhibitora, koju Servier nije osporavao, kao i okolnosti da je količina perindoprila koju je Servier prodao stalno rasla i da je Servierova rentabilnost u predmetnom razdoblju ostala vrlo visoka (točke 1499., 1500., 1559., 1573., 1579. i 1583. pobijane presude).

358. Kao što to ističe Komisija, Opći sud stoga je smatrao da je Komisija uzela u obzir sve relevantne elemente, ali je pridala preveliku važnost relativnim promjenama cijena u kontekstu u kojem te promjene, koje su uključivale nagli pad cijena drugih ACE inhibitora koji se navodno konkuriraju perindoprilu, koji može ići do 90 %<sup>141</sup>, nisu utjecale ni na cijene ni količinu perindoprila koji je prodao Servier, a ni na njegovu profitabilnost u razdoblju od devet godina.

359. Komisija tvrdi da je Opći sud time počinio niz pogrešaka koje se tiču prava i koje su se odnosile na čimbenike povezane s cijenama u utvrđivanju mjerodavnog tržišta (odjeljak i.), manjak podložnosti na cijene liječnika koji izdaju recepte (odjeljak ii.), kao i uzimanje u obzir tržišnog natjecanja koje provode generičke verzije perindoprila (odjeljak iii.).

*i) Čimbenici povezani s cijenama prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta (prvi i drugi dio osmog žalbenog razloga)*

360. U okviru prvog i drugog dijela osmog žalbenog razloga Komisija tvrdi, s jedne strane, da je Opći sud, osobito u točkama 1380. do 1405. i 1567. do 1586. pobijane presude, počinio pogrešku koja se tiče prava jer je smatrao da se prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta prevelika važnost dala čimbenicima povezanim s cijenom, dok on cjenovnom čimbeniku nije pridao nikakvu stvarnu važnost u svojoj analizi. S druge strane, Komisija tvrdi da pobijana presuda nije dostatno obrazložena i da sadržava proturječnost obrazloženja u pogledu čimbenika povezanih s cijenama.

361. Valja utvrditi da iz samog tumačenja razmatranja Općeg suda u tom pogledu proizlazi da Komisija opravdano tvrdi da je obrazloženje tih razmatranja nedostatno i proturječno.

362. Razmatranja Općeg suda u pogledu cjenovnog čimbenika navode se u točkama 1390. do 1404. pobijane presude, a počinju nizom općih razmatranja o „određivanju mjerodavnog tržišta proizvoda u farmaceutskom sektoru”<sup>142</sup>. Opći sud u tim je točkama u biti istaknuo da je cjenovni

<sup>141</sup> Uvodne izjave 2286., 2305., 2324. i 2345. sporne odluke

<sup>142</sup> Naslov naveden prije točke 1380. pobijane presude

konkurentski pritisak u farmaceutskom sektoru uvelike smanjen zbog važnosti koju liječnici koji izdaju recepte pridaju terapijskim aspektima lijekova i zbog regulatornog okvira kojim se uređuju njihove cijene i pravila o naknadi troškova (točke 1390. do 1394. pobijane presude).

363. Prema mišljenju Općeg suda, sloboda odabira koju imaju liječnici i pozornost koju pridaju terapijskim aspektima mogu dovesti do znatnih kvalitativnih konkurentskih pritisaka koji nisu povezani s cijenama, uz uobičajene mehanizme cjenovnog pritiska (točke 1395. do 1397. pobijane presude).

364. Istodobno Opći sud priznao je u točkama 1392. i 1398. pobijane presude da cijena može biti važna varijabla za utvrđivanje mjerodavnog tržišta u farmaceutskom sektoru. Nepostojanje utjecaja znatnog smanjenja cijene lijeka na lijek koji se priznaje kao zamjenski stoga može biti pokazatelj slabog konkurentskog pritiska kojem je izložen navedeni lijek.

365. Isto tako, Opći sud naveo je u točki 1578. pobijane presude da ekonomska zamjenjivost može postojati ako promjene koje utječu na važne ekonomske varijable, osim cijene, prenose velik dio prodaje jednog proizvoda na drugi.

366. Međutim, Opći sud nije objasnio zašto prema njegovu mišljenju, kao što se to priznaje u točkama 1573. do 1575. pobijane presude, činjenica da znatna smanjenja cijena drugih ACE inhibitora nisu utjecala na perindopril i da *nije* bilo prijenosa prodaje s perindoprila na druge ACE inhibitore nije bila pokazatelj da drugi ACE inhibitori nisu izvršavali konkurentski pritisak na perindopril.

367. Isto tako, Opći sud nije objasnio svoj zaključak iz točke 1579. pobijane presude koji počinje izrazom „slijedom toga” iako prethodne točke ne pružaju osnovu za njegov sadržaj. Prema tom neobjašnjenom zaključku, okolnost da su prodaja i cijena perindoprila pale tek nakon dolaska generičkog perindoprila iako su ostale stabilne prilikom smanjenja cijena drugih ACE inhibitora ne omogućuje da se zaključi da nisu postojali konkurentski pritisci do dolaska generičkih verzija perindoprila.

368. U točki 1577. pobijane presude Opći sud samo je potvrdio da u farmaceutskom sektoru treba uzeti u obzir konkurentske pritiske koji nisu povezani s cijenama te je u tom pogledu uputio na svoja razmatranja u točkama 1418. do 1566. pobijane presude namijenjena tomu da se odgovori na drugi prigovor Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka, koji se odnosi na terapijsku zamjenjivost perindoprila i drugih ACE inhibitora (točka 1369. pobijane presude).

369. Međutim, takvo opće upućivanje bez objašnjenja, u razmatranjima navedenima u točki 149. pobijane presude, ne omogućuje strankama ni Sudu da shvate obrazloženje Općeg suda. Međutim, tvrdnje Općeg suda ne omogućuju ni da se shvate razlozi zbog kojih se konkurentski pritisci koji nisu povezani s cijenama i koje drugi ACE inhibitori navodno izvršavaju na perindopril, iako je njihovo postojanje dostatno obrazloženo u tih 149 točaka, ni na koji način nisu odrazili u promjeni cijena i količine perindoprila koju je uočila Komisija, što naprotiv upućuje na to da je perindopril bio zaštićen od pritisaka drugih ACE inhibitora.

370. Kao što to pravilno kritizira Komisija, obrazloženje Općeg suda u pogledu cjenovnog čimbenika stoga nije samo nedostatno jer ne omogućuje da se shvati mjesto tog čimbenika u cijeloj njegovoj analizi, nego je i proturječno jer Opći sud najprije u načelu prihvaća ulogu cjenovnog čimbenika, a zatim je isključuje iz te analize a da pritom ne ističe razloge za to.

371. Naposljetku, kao što to ističe Komisija, čini se da je Opći sud doveo u pitanje važnost samog cjenovnog čimbenika prilikom svoje analize mjerodavnog tržišta. Opći sud nije povezao svoja razmatranja o pritiscima koji nisu povezani s cijenama, s jedne strane, i cijene, s druge strane, nego je samo naveo da su takvi pritisci postojali i da nepostojanje njihova utjecaja na cijene nije relevantno za potrebe analize.

372. Međutim, Komisija pravilno tvrdi da je Opći sud time povrijedio načela utvrđena u sudskoj praksi u pogledu utvrđivanja mjerodavnog tržišta za potrebe primjene članka 102. UFEU-a.

373. U skladu s tim načelima, utvrđivanje predmetnog tržišta utvrđuje se kako bi se odredio opseg unutar kojeg treba ocijeniti pitanje može li se poduzetnik u znatnoj mjeri ponašati neovisno o svojim konkurentima, kupcima i potrošačima<sup>143</sup>.

374. Drugim riječima, potrebno je ispitati postoje li konkurentski proizvodi koji izvršavaju znatne konkurentske pritiske na predmetne poduzetnike<sup>144</sup>. Za potrebe takve analize valja uzeti u obzir ne samo objektivne značajke predmetnih proizvoda, u ovom slučaju terapijsku zamjenjivost perindopila i drugih ACE inhibitora, nego i uvjete tržišnog natjecanja te strukturu ponude i potražnje na tržištu i stoga sve moguće pokazatelje konkurentskih pritisaka<sup>145</sup>.

375. Kao što je to Opći sud priznao u svojoj presudi u predmetu AstraZeneca/Komisija<sup>146</sup>, ta su načela valjana i kad je riječ o farmaceutskim tržištima jer posebnosti tih tržišta ne čine nerelevantnima pokazatelje koji se temelje na cijenama.

376. Stoga prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta valja sustavno utvrditi pritiske s kojima se zbog tržišnog natjecanja suočavaju uključeni poduzetnici kako bi se utvrdilo postoje li stvarni konkurenti koji mogu ograničiti ponašanje tih poduzetnika i spriječiti ih da se ponašaju neovisno o pritisku stvarne konkurencije<sup>147</sup>.

377. U okviru te analize mogu se uzeti u obzir prirodni događaji na tržištu tijekom razmatranog razdoblja<sup>148</sup>, kao i činjenice koje se navode kao zlorporaba<sup>149</sup>.

378. Tijekom takve analize nije moguće zanemariti čimbenike, kao što je u ovom slučaju promjena cijena perindopila i drugih ACE inhibitora, koji upućuju na to da proizvodi koji su teoretski zamjena za predmetni proizvod nisu na njega izvršavali znatan konkurentski pritisak. To je tim više točno jer ta promjena pokazuje da je ulazak na tržište generičkih verzija perindopila sam po sebi utjecao na perindopril. Međutim, prigovor o postojanju zlorporabe konkretno se temelji na sporazumima koje je Servier sklopio kako bi odgodio ulazak tih proizvođača generičkih lijekova na tržište.

<sup>143</sup> Presude od 13. veljače 1979., Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, EU:C:1979:36, t. 28.) i od 23. siječnja 2018., F. Hoffmann-La Roche i dr. (C-179/16, EU:C:2018:25, t. 51.)

<sup>144</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 38. i sljedeće).

<sup>145</sup> Vidjeti presude od 9. studenoga 1983., Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisija (322/81, EU:C:1983:313, t. 37.); od 1. srpnja 2008., MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, t. 32.); od 23. siječnja 2018., F. Hoffmann-La Roche i dr. (C-179/16, EU:C:2018:25, t. 51.); od 1. srpnja 2010., AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, t. 30.) i od 29. ožujka 2012., Telefónica i Telefónica de España/Komisija (T-336/07, EU:T:2012:172, t. 111.). Vidjeti u tom smislu i presude od 21. veljače 1973., Europemballage i Continental Can/Komisija (6/72, EU:C:1973:22, t. 32.) i od 14. studenoga 1996., Tetra Pak/Komisija (C-333/94 P, EU:C:1996:436, t. 13.).

<sup>146</sup> Presuda od 1. srpnja 2010., AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, t. 183. i 203.)

<sup>147</sup> Vidjeti točku 2. Obavijesti Komisije o utvrđivanju mjerodavnog tržišta za potrebe prava tržišnog natjecanja Zajednice (SL 1997., C 372, str. 5) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 18).

<sup>148</sup> Vidjeti primjerice presudu od 12. prosinca 1991., Hilti/Komisija (T-30/89, EU:T:1991:70, t. 71.).

<sup>149</sup> Presuda od 14. veljače 1978., United Brands i United Brands Contintental/Komisija (27/76, EU:C:1978:22, t. 68.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 239.).

379. Iz prethodno navedenih razmatranja proizlazi da su prvi i drugi dio Komisijina osmog žalbenog razloga, koji se temelje na nedostatnom i proturječnom obrazloženju te pogreškama koje se tiču prava u pogledu uzimanja u obzir cjenovnog čimbenika prilikom analize mjerodavnog tržišta koju provodi Opći sud, osnovani.

*ii) Neupućenost u cijene liječnika koji izdaju recepte (treći i četvrti dio osmog žalbenog razloga)*

380. U trećem i četvrtom dijelu osmog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava u svojim razmatranjima u pogledu manjka upućenosti u cijene liječnika koji izdaju recepte i jer je iznio nedostatno i/ili proturječno obrazloženje u tom pogledu.

381. Najprije valja utvrditi, kao što to kritizira Komisija, da je to obrazloženje pobijane presude stvarno proturječno i ne omogućuje da se shvate posljedice koje je Opći sud izveo iz neupućenosti liječnika u cijene.

382. Stoga je, s jedne strane, Opći sud u točki 1390. pobijane presude naveo da činjenica da je cjenovni konkurentski pritisak bio smanjen u farmaceutskom sektoru zbog važnosti koju liječnici koji izdaju recepte pridaju terapijskim aspektima može opravdati utvrđivanje ograničenih tržišta. S druge strane, u točkama 1575. do 1578. pobijane presude Opći sud oslonio se na neupućenost liječnika u cijene kako bi opravdao široku definiciju tržišta na temelju konkurentskih pritisaka koji nisu povezani s cijenama i koje su drugi ACE inhibitori izvršavali na perindopril.

383. Štoviše, iako je Opći sud u točkama 1393. do 1395. pobijane presude istaknuo da potražnju u farmaceutskom sektoru u biti određuju liječnici koji izdaju recepte, priznao je, osobito u točkama 1398. do 1464. pobijane presude, da su potražnju u tom sektoru određivali i sustavi socijalne sigurnosti, koji mogu poticati da se na recept izdaju generičke verzije lijekova za koje se priznaje da su jednakovrijedni.

384. S obzirom na to nedostatno i proturječno obrazloženje, nije stoga moguće shvatiti zaključke koje Opći sud izvodi u pogledu utjecaja potražnje u farmaceutskom sektoru.

385. Usto, Komisija također opravdano tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava jer je zanemario samu funkciju utvrđivanja tržišta, a to je utvrđivanje znatnih konkurentskih pritisaka kojima su izloženi poduzetnici, u ovom slučaju Servier. Kao što to tvrdi Komisija, vjerojatnije je da će neupućenost liječnika u cijene umanjiti konkurentske pritiske koji se izvršavaju na Servier jer mu to omogućuje da slobodno odredi svoje cijene, a ne suprotno, kao što je to uostalom Opći sud priznao u točki 1390. pobijane presude<sup>150</sup>.

386. Kao što je to Komisija osobito kritizirala na raspravi u ovom žalbenom postupku, Opći sud pogrešno je primijenio pojam mjerodavnog tržišta jer se previše usredotočio na pritiske kojima su izloženi liječnici umjesto da analizira pritiske kojima je izložen Servier. Međutim, kao što je to Komisija također istaknula na raspravi, cilj utvrđivanja tržišta nije ispitati odabire liječnika kao takve, nego analizirati posljedice doseg konkurentskih pritisaka kojima je bio izložen Servier.

387. Iz toga slijedi da su osnovani i treći i četvrti dio osmog žalbenog razloga, koji se temelje na pogrešci koja se tiče prava i nedostatnosti obrazloženja prilikom uzimanja u obzir odabira liječnika za potrebe utvrđivanja mjerodavnog tržišta koje provodi Opći sud.

<sup>150</sup> Vidjeti u tom smislu i presudu od 1. srpnja 2010., AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, t. 174. i 191.).



*iii) Tržišno natjecanje koje izvršavaju generičke verzije perindoprila (peti i šesti dio osmog žalbenog razloga)*

388. Naposljetku, u petom i šestom dijelu osmog žalbenog razloga Komisija kritizira Opći sud jer je počinio pogrešku koja se tiče prava jer nije u dovoljnoj mjeri uzeo u obzir tržišno natjecanje koje izvršavaju generičke verzije perindoprila i jer je u tom pogledu iznio nedostatno i/ili proturječno obrazloženje.

389. Te se kritike dijelom preklapaju s određenim prigovorima koji su već ispitani u okviru prvog i drugog dijela osmog žalbenog razloga.

390. Kao što se to već utvrdilo u točkama 367. i 369. ovog mišljenja, obrazloženje Općeg suda nedostatno je jer ne omogućuje da se shvate zaključci koje je Opći sud izveo iz činjenice, priznate u točkama 1392. i 1579. pobijane presude, da su cijene perindoprila naglo pale prilikom uvođenja generičkih verzija potonjeg lijeka iako su ostale stabilne prilikom uvođenja generičkih verzija drugih ACE inhibitora.

391. Isto tako, nije moguće shvatiti ni zaključke koje je Opći sud izveo iz činjenice priznate u točkama 1392. i 1398. pobijane presude, da su sustavi socijalne sigurnosti mogli poticati propisivanje generičkih verzija, bilo generičkih verzija predmetnih lijekova ili generičkih verzija lijekova za koje se priznaje da su jednakovrijedni.

392. Komisija ističe da se u točki 1392. pobijane presude upućuje na to da se konkurentski pritisak koji izvršavaju generičke verzije određenog lijeka može uzeti u obzir samo nakon njihova stvarnog ulaska na tržište, što je pogrešno. Stoga tumačenje iz točke 1392. pobijane presude ne omogućuje da se shvati je li Opći sud zaista time ograničio uzimanje u obzir konkurentskog pritiska koji izvršavaju generičke verzije na određeni lijek.

393. U svakom slučaju, Sud je u presudi Generics (UK) i dr. pojasnio da se generičke verzije određenog lijeka mogu uzeti u obzir radi određivanja mjerodavnog tržišta čak i ako one još nisu stvarno stavljene na tržište i ako situacija s patentom nije sigurna, ako su predmetni proizvođači generičkih lijekova u mogućnosti predstaviti se u kratkom roku na relevantnom tržištu s dovoljnom snagom kako bi uspostavili stvarnu protutežu naspram proizvođača izvornih lijekova koji je već prisutan na tom tržištu<sup>151</sup>.

394. U okviru ispitivanja tog pitanja, relevantni su i elementi koji dokazuju da je nositelj patenta uočio generičke lijekove kao prijetnju<sup>152</sup>. Stoga, u ovom slučaju, kao što se to već navelo u točki 378. ovog mišljenja, činjenica da je praksa osporavana u spornoj odluci uključivala strategiju koju je provodio Servier kako bi odgodio ulazak generičkih lijekova na tržište važan je element u okviru analize mjerodavnog tržišta.

395. Međutim, kao što to pravilno tvrdi Komisija, Opći sud nije objasnio koju je važnost u svojoj analizi namjeravao pripisati konkurentskim pritiscima koje su izvršavale generičke verzije perindoprila.

<sup>151</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 140.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 229. do 240.).

<sup>152</sup> Presuda Generics (UK) i dr. (t. 135.); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:28, t. 239.).

396. Suprotno tomu, Opći sud u svojoj se analizi usredotočio na terapijsku zamjenjivost perindropila i drugih ACE inhibitora a da pritom nije dovoljno uzeo u obzir činjenicu koju je istaknula Komisija, da ta zamjenjivost, za koju je točno da je postojala u teoriji, u praksi nije dovela do stvarne zamjene tih lijekova.

397. Iz prethodno navedenog proizlazi da peti i šesti dio osmog žalbenog razloga, koji se temelje na nedovoljnom uzimanju u obzir konkurentskih pritisaka koje su izvršavale generičke verzije perindopila, kao i nedostatnog obrazloženja u tom pogledu, također treba prihvatiti.

*iv) Međuzaključak*

398. Iz prethodnih razmatranja, navedenih u okviru ispitivanja osmog žalbenog razloga, proizlazi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava i povrijedio obvezu obrazlaganja svoje presude kad je utvrdio da je Komisija prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda preveliku važnost pridala cjenovnom čimbeniku.

399. Naime, te su pogreške same po sebi dovoljne da se dovedu u pitanje zaključci Općeg suda navedeni u točkama 1589. do 1591. pobijane presude prema kojima je Komisija pogrešno utvrdila mjerodavno tržište gotovih proizvoda i da se ne utvrdi da je to tržište ograničeno samo na izvorni i generički perindopril (točka 346. ovog mišljenja).

400. Stoga je točno da je u točki 1589. pobijane presude Opći sud naveo pet različitih pogrešaka koje je Komisija navodno počinila prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda. Među tim pogreškama prve se četiri odnose na terapijsku zamjenjivost perindopila i drugih ACE inhibitora te konkurentске pritiske koji nisu povezani s cijenama, dok se samo peta pogreška odnosi na uzimanje u obzir cjenovnog čimbenika.

401. Međutim, s obzirom na važnost analize navedenog cjenovnog čimbenika u ukupnoj Komisijinoj analizi (vidjeti točku 338. ovog mišljenja) i njegovu međuovisnost s ostalim čimbenicima (vidjeti točke 369., 371. i 378. ovog mišljenja), zbog utvrđenja da su zaključci Općeg suda u tom pogledu pogrešni i nedostatno obrazloženi cijela analizu koju je potonji sud proveo u pogledu utvrđivanja mjerodavnog tržišta sadržava pogrešku a da pritom nije potrebno ispitati Komisijin deveti žalbeni razlog, koji se temelji na pogreškama Općeg suda prilikom uzimanja u obzir terapijske zamjenjivosti u utvrđivanju mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda.

402. Stoga, pogreške Općeg suda, utvrđene u okviru ispitivanja osmog žalbenog razloga, same po sebi opravdavaju ukidanje pobijane presude u dijelu u kojem se, na temelju utvrđenja da je Komisijino utvrđivanje mjerodavnog tržišta proizvoda navodno pogrešno, prihvatio Servierov četrnaesti, petnaesti, šesnaesti i sedamnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka i poništio članak 6. i članak 7. stavak 6. sporne odluke (vidjeti točke 343. do 350. ovog mišljenja).

403. Stoga ću samo radi sveobuhvatnosti ispitati ostale Komisijine žalbene razloge koji se odnose na članak 102. UFEU-a.

*2) Uzimanje u obzir terapijske zamjenjivosti prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (deveti žalbeni razlog)*

404. U okviru devetog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava u svojem konceptualnom pristupu i specifičnim utvrđenjima u pogledu terapijske zamjenjivosti.

405. U okviru prvog dijela tog žalbenog razloga, koji se temelji na pogreškama koje je Opći sud počinio prilikom analize uloge terapijske zamjenjivosti u utvrđivanju mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda, Komisija u biti dovodi u pitanje razmatranja navedena u dijelu pobijane presude namijenjenom ispitivanju drugog dijela prvog prigovora četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka koji se temelji na prevelikoj važnosti koja je pridana cjenovnom čimbeniku prilikom analize tržišta (točke 1567. do 1585. pobijane presude) (vidjeti točku 345. ovog mišljenja) (odjeljak i.).

406. U okviru drugog, trećeg, četvrtog, petog i šestog dijela ovog žalbenog razloga, koji se temelje na pogreškama koje se tiču prava i koje je Opći sud počinio prilikom uzimanja u obzir ili analize određenog broja dokaza, Komisija kritizira razmatranja navedena u dijelu pobijane presude koji je namijenjen ispitivanju drugog prigovora Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka koji se odnosio na terapijsku zamjenjivost između perindoprila i drugih ACE inhibitora (točke 1418. do 1566. pobijane presude) (vidjeti točku 345. ovog mišljenja) (odjeljak ii.).

*i) Uloga terapijske zamjenjivosti prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (prvi dio devetog žalbenog razloga)*

407. U okviru prvog dijela devetog žalbenog razloga, Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava u svojoj analizi terapijske zamjenjivosti prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda.

408. Suprotno onomu što tvrdi Servier, ovaj dio nije nedopušten jer se odnosi samo na ocjenu činjenica koju provodi Opći sud. Taj se dio naprotiv odnosi na pravnu kvalifikaciju činjenica i na pravne posljedice koje je Opći sud iz toga izveo, što je obuhvaćeno nadzorom Suda u okviru žalbe<sup>153</sup>.

409. Kritike koje je Komisija istaknula u okviru tog prvog dijela ovog žalbenog razloga i koje se odnose na precjenjivanje čimbenika tržišnog natjecanja koji nisu povezani s cijenama prilikom analize mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda koju je proveo Opći sud, odražavaju kritike koje je Komisija istaknula u okviru svojeg osmog žalbenog razloga i koje se odnose na činjenicu da je Opći sud prilikom te analize podcijenio cjenovni čimbenik.

410. Stoga se Komisijini argumenti u okviru ovog dijela devetog žalbenog razloga preklapaju s jednim dijelom argumenata koji su već ispitani i prihvaćeni kao osnovani u okviru ispitivanja osmog žalbenog razloga.

<sup>153</sup> Vidjeti točke 79. i 140. ovog mišljenja.

411. Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava prilikom uzimanja u obzir terapijske zamjenjivosti između perindoprila i ostalih ACE inhibitora. Prema Komisijinu mišljenju, iz same te terapijske zamjenjivosti Opći sud zaključio je da postoje stvarni konkurentski pritisci koji nisu povezani s cijenama i koje drugi ACE inhibitori izvršavaju na perindopril.

412. Komisija dovodi u pitanje točke 1385., 1395., 1397., 1574. do 1577., 1579. i 1584. pobijane presude, koje su u biti već ispitane u točkama 362. do 369. ovog mišljenja. U tim je točkama Opći sud u biti smatrao da su se liječnici u odabiru lijeka koji se izdaje na recept uglavnom vodili čimbenicima koji nisu povezani s cijenama i da analiza prirodnih događaja koji se odnose na cijene ne omogućuje da se zaključi da ne postoje kvalitativni konkurentski pritisci koji nisu povezani s cijenama.

413. Međutim, kao što se to već utvrdilo u točkama 361. i 370. do 378. ovog mišljenja, Komisija osnovano tvrdi da je Opći sud tim utvrđenjima, osim što nije dostatno obrazložio presudu, zanemario i načela kojima se uređuje utvrđivanje mjerodavnog tržišta. U skladu s tim načelima, prilikom tog utvrđivanja nije se moguće ograničiti na ispitivanje samo objektivnih značajki predmetnih proizvoda, u ovom slučaju terapijske zamjenjivosti<sup>154</sup>.

414. Kao što to kritizira Komisija, čini se da je Opći sud iz same terapijske zamjenjivosti perindoprila i drugih ACE inhibitora, i stoga iz objektivnih značajki tih lijekova, zaključio da potonji inhibitori nužno izvršavaju konkurentske pritiske koji nisu povezani s cijenama na perindopril.

415. Međutim, kao što to napominje Komisija, zamjenjivost u uporabi dvaju proizvoda i, konkretnije, dvaju lijekova, samo je polazna točka za ispitivanje jesu li oni dio istog mjerodavnog tržišta<sup>155</sup>. Suprotno tomu, ta zamjenjivost u uporabi ne može već predstavljati cilj tog ispitivanja koje, naprotiv, treba još nastaviti kako bi se utvrdilo nastaju li doista zbog zamjenjivosti u uporabi stvarni konkurentski pritisci, s obzirom na uvjete tržišnog natjecanja i strukturu ponude i potražnje na predmetnom tržištu.

416. Iz toga slijedi da Komisija opravdano tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava zbog načina na koji je uzeo u obzir terapijsku zamjenjivost između perindoprila i drugih ACE inhibitora prilikom svoje analize mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda. Stoga treba prihvatiti prvi dio devetog žalbenog razloga.

*ii) Uzimanje u obzir ili analiza određenog broja dokaza (drugi, treći, četvrti, peti i šesti dio devetog žalbenog razloga)*

417. U okviru drugog, trećeg, četvrtog, petog i šestog dijela devetog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava prilikom uzimanja u obzir ili analize određenog broja elemenata.

<sup>154</sup> Vidjeti sudsku praksu navedenu u bilješci 145. ovog mišljenja.

<sup>155</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 23. siječnja 2018., F. Hoffmann-La Roche i dr. (C-179/16, EU:C:2018:25, t. 51. i navedena sudska praksa).

418. Kao što se to već navelo u točki 406. ovog mišljenja, elementi obuhvaćeni tim dijelovima dio su elemenata koje je Opći sud analizirao u okviru svojeg ispitivanja drugog prigovora Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka, koji se odnosi na terapijsku zamjenjivost između perindoprila i drugih ACE inhibitora i koji se iznosi u točkama 1418. do 1566. pobijane presude (vidjeti točku 345. ovog mišljenja).

419. U okviru drugog dijela devetog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava prilikom ispitivanja studija o perindoprilu, iznesenom u točkama 1435. i 1446. pobijane presude. Međutim, to se ispitivanje odnosi na tumačenje liječničkih preporuka i studija o perindoprilu, što proizlazi iz ocjene činjenica i dokaza koju je proveo Opći sud. Ovaj dio stoga je nedopušten<sup>156</sup>.

420. Iako, kao što to ističe Komisija, Sud nadzire relevantnost činjenica i način na koji ih Opći sud upotrebljava u svrhu utvrđivanja mjerodavnog tržišta, kao i važnost koju taj sud pridaje činjenicama i njihovom odnosu<sup>157</sup>, sama ocjena tih činjenica, osim u slučaju iskrivljavanja, u isključivoj je nadležnosti Općeg suda.

421. Točno je da Komisija tvrdi da je Opći sud počinio i konceptualne pogreške, osobito jer je zamijenio pojmove razlikovanja i superiornosti (točka 1446. pobijane presude). Isto tako, Opći sud počinio je takve pogreške prilikom procjene zaključaka koje treba izvesti iz Servierovih promidžbenih napora (točke 1541. do 1566. pobijane presude) i prilikom ocjene relevantnosti studija o drugim ACE inhibitorima radi razlikovanja perindoprila od tih drugih ACE inhibitora (točke 1448. i 1449. pobijane presude). Međutim, Komisija ne objašnjava koje su posljedice tih konceptualnih pogrešaka za analizu pitanja izvršavaju li drugi ACE inhibitori konkurentske pritiske koji nisu povezani s cijenama na perindopril. Stoga nije jasno koje utvrđenje Komisija traži od Suda u tom drugom dijelu devetog žalbenog razloga.

422. U trećem dijelu devetog žalbenog razloga, Komisija tvrdi da je Opći sud u točkama 1466. do 1473. počinio pogrešku koja se tiče prava prilikom uzimanja u obzir Servierovih internih strateških dokumenata i njihova povezivanja s liječničkim preporukama, kao i stručno mišljenje profesora V. (točke 1455. do 1457. pobijane presude). Te se kritike u biti odnose na ocjenu dokaza koju je proveo Opći sud, a da se pritom ne poziva na iskrivljavanje, što je nedopušteno u žalbi.

423. Točno je da se čini da Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku prilikom ocjene posljedica koje, s obzirom na konkurentske pritiske koje su na perindopril navodno izvršavali drugi ACE inhibitori, treba izvesti iz Servierovih promidžbenih napora i činjenice da su ti naponi prestali kad su na tržište ušle generičke verzije perindoprila. Međutim, ni ovdje nije dodatno objašnjeno koje su posljedice te pogreške i koje utvrđenje Komisija traži od Suda u slučaju prihvaćanja ovog dijela devetog žalbenog razloga.

424. U okviru četvrtog dijela devetog žalbenog razloga, Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava jer je uzeo u obzir činjenice koje nisu relevantne. U tom pogledu Komisija tvrdi da je Opći sud pogrešno uzeo u obzir veličinu baze pacijenata koji se liječe drugim ACE inhibitorima (točke 1494., 1495., 1499. i 1500. pobijane presude), prihod od drugih ACE inhibitora (točke 1497. i 1498. pobijane presude) i tržišne udjele perindoprila na njemačkom tržištu (točka 1497. pobijane presude), koje nije jedno od četiriju nacionalnih tržišta analiziranih

<sup>156</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 51.).

<sup>157</sup> Vidjeti primjerice presudu od 6. prosinca 2012., AstraZeneca/Komisija (C-457/10 P, EU:C:2012:770, t. 36. do 50.).

za potrebe primjene članka 102. UFEU-a. Štoviše, Opći sud pogrešno je primijenio tu odredbu jer je tvrdio da relativna promjena različitih ACE inhibitora može dovesti u pitanje utvrđenje mehanizma inercije liječnika (točke 1502., 1506. i 1507. pobijane presude).

425. Valja utvrditi da obrazloženje izneseno u tim točkama pobijane presude ne omogućuje da se shvati zašto su ta utvrđenja Općeg suda, koja se odnose na druge ACE inhibitore, relevantna u odnosu na utvrđenje neprestanog povećanja prodaje perindoprila i fenomen „inercije” liječnika u analizi iz koje su proizašla navedena utvrđenja (točka 1488. pobijane presude). Nije jasno kako se na činjenici da je takav fenomen mogao postojati i u pogledu drugih ACE inhibitora i da su se njihove količine također povećale može temeljiti utvrđenje prema kojem ti drugi ACE inhibitori izvršavaju konkurentski pritisak na perindopril i pripadaju istom tržištu kao i on. Opći sud uputio je u točki 1507. pobijane presude na promjene prodaje ACE inhibitora tijekom vremena koje mogu dovesti u pitanje utvrđenje fenomena „inercije” liječnika, ali ga nije povezao s utvrđenjem neprestanog rasta prodaje perindoprila, iako se to priznalo u točkama 1499., 1500., 1579. i 1583. pobijane presude.

426. Kao što to navodi Komisija, utvrđenja Općeg suda, koja se odnose na tržišne udjele drugih ACE inhibitora, pretpostavljaju ono što treba dokazati, odnosno postojanje zajedničkog tržišta tih drugih inhibitora i perindoprila<sup>158</sup>, što je uostalom Opći sud priznao u točki 1506. pobijane presude.

427. Iz toga slijedi da pobijana presuda nije dostatno obrazložena u pogledu uzimanja u obzir podataka o drugim ACE inhibitorima za potrebe ocjene fenomena „inercije” liječnika koji je ispitan u točkama 1483. do 1513. pobijane presude. Stoga se utvrđenje Općeg suda navedeno u točki 1513. pobijane presude ne može prihvatiti. Prema tom utvrđenju, Komisija nije utvrdila da su fenomen „inercije” liječnika i postojanje rastuće skupine liječnika koji izdaju recepte „vjernih” perindoprilu znatno ograničili konkurentski pritisak koji su na perindopril izvršavali drugi ACE inhibitori kod novih pacijenata.

428. Stoga treba prihvatiti četvrti dio devetog žalbenog razloga.

429. Na temelju petog dijela devetog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud iskrivio dokaze u točki 1519. pobijane presude jer je tvrdio da „[s]obzirom na to da ne postoje razlike u učinkovitosti i toleranciji između ACE inhibitora, nije utvrđeno da liječnici imaju posebne bojazni u pogledu promjene terapije između ACE inhibitora”.

430. Međutim, iz samog tumačenja uvodnih izjava 2181., 2187., 2379., 2436., 2497. i 2499., kao i iz bilješke 3303. sporne odluke, na koje se poziva Komisija, proizlazi da utvrđenje Općeg suda, navedeno u točki 429. ovog mišljenja, predstavlja iskrivljavanje<sup>159</sup>. Naime, iz tih uvodnih izjava i te bilješke proizlazi da Komisija utvrđenje bojazni liječnika u pogledu promjene terapije pacijentu s hipertenzijom nije temeljila na razlikama u učinkovitosti i toleranciji između ACE inhibitora. Komisija je to utvrđenje temeljila na činjenici da postupak traženja odgovarajućeg liječenja može biti dugotrajan, da je teško postići ravnotežu između dobrog krvnog tlaka i individualnog liječenja

<sup>158</sup> Vidjeti *mutatis mutandis* presudu od 1. srpnja 2010., AstraZeneca/Komisija (T-321/05, EU:T:2010:266, t. 208.). Točno je da su se u navedenom predmetu dvije skupine predmetnih lijekova različito upotrebljavale dok to nije slučaj s perindoprilom i drugim ACE inhibitorima. Međutim, to ni na koji način ne umanjuje relevantnost utvrđenja prema kojem činjenica da donošenje zaključaka o kretanju tržišnih udjela tih lijekova pretpostavlja prethodno utvrđenje prema kojem ti lijekovi pripadaju istom tržištu.

<sup>159</sup> Vidjeti za definiciju iskrivljavanja točke 96. i 187. ovog mišljenja.

posebno prilagođenog svakom pacijentu i da promjena liječenja, s obzirom na to da nužno uključuje razdoblje bez nadzora hipertenzije, uključuje velike rizike koji mogu dovesti do smrti dotičnih pacijenata.

431. Stoga treba prihvatiti i peti dio devetog žalbenog razloga, koji se temelji na iskrivljavanju koje je proveo Opći sud u točki 1519. pobijane presude.

432. Naposljetku, u šestom i posljednjem dijelu devetog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava i iskrivio dokaze prilikom uzimanja u obzir Thalèsovih studija, provedenog u točkama 1520. i 1522. pobijane presude.

433. U tim se studijama analiziraju navike prepisivanja liječnika opće prakse tijekom određenog razdoblja u Francuskoj i Ujedinjenoj Kraljevini te je utvrđeno da više od 90 % recepata za perindopril čine ponovljeni recepti. Komisija je u uvodnim izjavama 2380. do 2385. sporne odluke iz rezultata tih studija zaključila da stopa „vjernosti” iznosi više od 90 %, što potvrđuje prisutnost učinka zadržavanja.

434. Opći sud ipak je u točkama 1520. do 1522. pobijane presude relativizirao relevantnost tih studija, pri čemu je tvrdio da se na temelju udjela ponovljenih recepata u ukupnom broju recepata dobiva samo djelomična informacija o sklonosti promjeni kod pacijenata koji se liječe perindoprilom, osobito zato što stopa izdavanja ponovljenih recepata ovisi o učestalosti posjeta pacijenata liječničkim ordinacijama.

435. Međutim, čak i da se ne ispita Komisijin prigovor prema kojem nije mogla zauzeti stajalište o tom argumentu koji je Opći sud prvi put naveo u pobijanoj presudi, valja utvrditi da predmetna razmatranja nisu toliko iskrivljena koliko su nedostavno obrazložena jer nisu razumljiva. Stoga nije jasno zašto stopa izdavanja ponovljenih recepata od 90 % u ukupnom broju recepata ne može biti pokazatelj vjernosti i nesklonosti promjeni liječnika i pacijenata. Iz toga ne proizlazi ni razlog zbog kojeg bi učestalost posjeta pacijenata liječničkim ordinacijama mogla utjecati na taj zaključak, kad je prilično vjerojatno da, za razliku od novih recepata, izdavanja ponovljenih recepata ne zahtijevaju nužno novi posjet liječničkoj ordinaciji. Isto tako, teško je razumjeti argument Općeg suda prema kojem se „brojem ponovljenih recepata u odnosu na ukupan broj recepata ne mjeri [...] stopa vjernosti pacijenata u smislu udjela pacijenata koji se liječe perindoprilom u razdoblju N koji se i dalje liječe perindoprilom u razdoblju N + 1”.

436. Iz toga slijedi da je šesti i posljednji dio devetog žalbenog razloga, koji se temelji na pogreškama Općeg suda prilikom uzimanja u obzir Thalèsovih studija, također osnovan.

### *iii) Međuzaključak*

437. Iz prethodno navedenih razmatranja proizlazi da treba prihvatiti četiri od šest dijelova devetog žalbenog razloga (točke 416., 428., 431. i 436. ovog mišljenja).

438. Pogreške koje su utvrđene u tom okviru dovoljne su same po sebi da se dovedu u pitanje zaključci Općeg suda, navedeni u točkama 1589. do 1591. pobijane presude jer se temelje na navodnim pogreškama koje je Komisija počinila prilikom analize i uzimanju u obzir terapijske zamjenjivosti između perindoprila i drugih ACE inhibitora za potrebe utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda.

439. To utvrđenje ne dovodi u pitanje činjenica, koju je Servier osobito istaknuo na raspravi u ovom žalbenom postupku, da Komisija ne osporava, ili barem ne uspješno (vidjeti točke 419. do 423. ovog mišljenja), sva razmatranja Općeg suda u okviru njegova ispitivanja drugog prigovora Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka koji se odnosi na terapijsku zamjenjivost između perindoprila i drugih ACE inhibitora u točkama 1418. do 1566. pobijane presude (vidjeti točku 345. ovog mišljenja).

440. Točno je, kao što se to već navelo u točki 400. ovog mišljenja, da je Opći sud u točki 1589. pobijane presude naveo pet različitih pogrešaka koje je Komisija navodno počinila prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda, od kojih se prve četiri pogreške odnose na terapijsku zamjenjivost između perindoprila i drugih ACE inhibitora te konkurentske pritiske koji nisu povezani s cijenama. Na temelju ispitivanja devetog žalbenog razloga nije moguće točno odrediti koje se od tih navodnih pogrešaka dovode u pitanje u žalbi.

441. Međutim, takva provjera nije ni potrebna.

442. Kao što je to sam Opći sud naveo u toj točki 1589. pobijane presude, utvrđenja iz te točke rezultat su sveukupne analize elemenata na kojima je Komisija temeljila svoju ocjenu u pogledu mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda. Stoga, s obzirom na to da je ispitivanje devetog žalbenog razloga pokazalo da ta sveukupna analiza sadržava pogreške u bitnim dijelovima, rezultat navedene analize nužno je pogrešan u cjelini.

443. To je tim više točno jer Opći sud u točki 1577. pobijane presude, kao što se to već navelo u točki 368. ovog mišljenja, samo upućuje na točke 1418. do 1566. pobijane presude, koje se odnose na terapijsku zamjenjivost, u potporu njegovoj tvrdnji prema kojoj su drugi ACE inhibitori mogli izvršavati kvalitativne konkurentske pritiske koji nisu povezani s cijenama na perindopril.

444. Međutim, s jedne strane, to opće upućivanje bez drugih objašnjenja na razmatranja navedena u 149 točaka obrazloženja ne omogućuje Sudu da shvati što su obuhvaćali ti pritisci i jesu li se stvarno izvršavali.

445. S druge strane, i u svakom slučaju, kao što se to već navelo u točkama 369. i 371. ovog mišljenja, na temelju tvrdnji Općeg suda ne može se shvatiti kako objašnjava činjenicu da se konkurentske pritisci koji nisu povezani s cijenama i koje su navodno izvršavali drugi ACE inhibitori na perindopril, nisu ni na koji način odrazili na promjenu cijena i količine perindoprila.

446. Naposljetku, u tom pogledu valja podsjetiti na to da je ispitivanje osmog žalbenog razloga otkrilo da je Opći sud također počinio pogreške koje se tiču prava i povrijedio svoju obvezu obrazlaganja kad je utvrdio da je Komisija prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda pridala preveliku važnost cjenovnom čimbeniku i da su različiti čimbenici koji su se uzeli u obzir prilikom tog utvrđivanja međuovisni (točke 398. i 401. ovog mišljenja).

447. Kao što se to utvrdilo nakon ispitivanja osmog žalbenog razloga, djelomično prihvaćanje devetog žalbenog razloga treba, samo po sebi i tim više kad se poveže s prihvaćanjem osmog žalbenog razloga, dovesti do ukidanja svih zaključaka Općeg suda u pogledu članka 102. UFEU-a, koji proizlaze iz navodno pogrešnog utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda (vidjeti točke 343. do 350. i 402. ovog mišljenja).

448. Stoga ću samo radi sveobuhvatnosti nastaviti s ispitivanjem ostalih Komisijinih žalbenih razloga koji se odnose na članak 102. UFEU-a.



### 3) Nedopuštenost određenih priloga podnesenih u prvostupanjskom postupku (deseti žalbeni razlog)

449. U okviru desetog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava kada je proglasio dopuštenima priloge A 286 i A 287 tužbi i prilog C 29 replici za koje je Komisija već u prvostupanjskom postupku tvrdila da su nedopušteni.

450. Valja podsjetiti na to da, kako bi tužba pred Općim sudom bila dopuštena, bitni činjenični i pravni elementi na kojima se ona temelji – makar i u sumarnom obliku, ali na suvisao i razumljiv način – trebaju proizlaziti iz samog njezina teksta. Iako se njezin tekst može u određenim točkama poduprijeti i nadopuniti upućivanjem na određene pasuse akata koji su joj priloženi, općenito upućivanje na druge tekstove, pa makar i bili priloženi tužbi, ne može ispraviti nepostojanje nužnih elemenata pravne argumentacije, koje tužba mora sadržavati. Stoga Opći sud nije dužan u priložima tražiti i identificirati tužbene razloge na kojima smatra da se tužba temelji<sup>160</sup>.

451. Kad je riječ o dokaznim prijedlozima koji su podneseni u replici, oni su dopušteni samo ako čine dokaz o protivnom ili dokument koji sadržava dopunu postojećih dokaznih prijedloga podnesenih nakon dokaza o protivnom protivne stranke<sup>161</sup>.

452. U ovom slučaju, Opći sud smatrao je u točkama 1459. do 1463. pobijane presude, s jedne strane, da je prilog C 29 dopušten jer odgovara na kritiku koju je Komisija istaknula u svojem odgovoru na tužbu. S druge strane, Opći sud zaključio je da su prilozima A 286, A 287 i C 29 dopušteni jer potkrepljuju činjenične i pravne argumente navedene u tužbi i replici.

453. Međutim, valja utvrditi da napomene Općeg suda, navedene u točki 1462. pobijane presude, ne omogućuju Sudu da razumije ispunjava li podnošenje priloga A 286, A 287 i C 29 u prvostupanjskom postupku uvjete navedene u točki 450. ovog mišljenja. Naime, Opći sud samo je naveo da su ti prilozima dopušteni, ali nije dostatno potkrijepio to utvrđenje, tako da Sud ne može provjeriti njegovu osnovanost.

454. Stoga je Opći sud u točki 1462. pobijane presude samo naveo da, iako su prilozima A 286, A 287 i C 29 opsežni i sadržavaju niz dokumenata, Servier je u tekstu svojih pismena naveo istaknute argumente. Prema mišljenju Općeg suda, Servier je podnošenjem tih priloga koji sadržavaju dokumente regionalnih zdravstvenih ustanova Ujedinjene Kraljevine potkrijepio svoju argumentaciju kojom nastoji dokazati da su te ustanove odlučile o terapijskoj jednakovrijednosti perindoprila i drugih ACE inhibitora, da su poticale liječnike opće prakse da zamijene perindopril drugim ACE inhibitorima i da su te politike, koje nisu bile pojedinačne, imale stvaran utjecaj na potražnju na lokalnoj razini.

455. U okviru tih objašnjenja, Opći sud nije naveo ni točke pismena iz prvostupanjskog postupka, ni točke iz predmetnih priloga na koje ta pismena upućuju. Tvrdnja Općeg suda prema kojoj su ti prilozima dopušteni stoga nije dostatno potkrijepljena. Točno je da Servier u svojim pismenima u ovom žalbenom postupku navodi točke svojih pismena iz prvostupanjskog postupka u kojima su navedeni argument koji potkrepljuju predmetni prilozima i upućivanje na relevantne odlomke tih priloga. Međutim, nije na Sudu da u okviru žalbe provjeri potkrepljuju li stvarno navedeni prilozima, i u kojoj mjeri, argumente navedene u tužbi i time sâm ispita dopuštenost tih priloga iz prvostupanjskog postupka.

<sup>160</sup> Vidjeti presudu od 11. rujna 2014., MasterCard i dr./Komisija (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, t. 40. i 41. te navedena sudska praksa).

<sup>161</sup> Presuda od 17. prosinca 1998., Baustahlgewebe/Komisija (C-185/95 P, EU:C:1998:608, t. 71. i 72.)

456. Štoviše, Sud ne može provjeriti je li se i u kojoj mjeri Opći sud oslonio na priloge A 286, A 287 i C 29 u okviru svojih naknadnih razmatranja. Naime, iako Opći sud sigurno upućuje na dokumente sadržane u tim prilogima, brojevi navedenih priloga navode se samo u točki 1345. pobijane presude (u kojoj se sažima Komisijina argumentacija) i točkama 1459. do 1463. (u kojima se ispituje dopuštenost predmetnih priloga).

457. Stoga valja utvrditi da je pobijana presuda u toj smislu nedostavno obrazložena, na što se Komisija također poziva i što Sud u svakom slučaju može istaknuti po službenoj dužnosti<sup>162</sup>. Kao što to tvrdi Komisija, način na koji je Opći sud postupao u pogledu ispitivanja dopuštenosti priloga A 286, A 287 i C 29 u suprotnosti je s njegovim načinom ispitivanja dopuštenosti priloga A 2 i A 3, koje je detaljno analizirao u točkama 107. do 116. pobijane presude.

458. U tim okolnostima deseti žalbeni razlog treba prihvatiti a da pritom nije potrebno ispitati dopuštenost priloga C 29 s obzirom na načela navedena u točki 451. ovog mišljenja.

#### *4) Mjerodavno tržište tehnologije (jedanaesti žalbeni razlog)*

459. U okviru jedanaestog žalbenog razloga Komisija tvrdi da je Opći sud počinio pogreške koje se tiču prava jer je poništio utvrđenja iz sporne odluke koja se odnose na mjerodavno tržište tehnologije AFS-a perindoprila i Servierov vladajući položaj na tom tržištu (točka 341. ovog mišljenja).

460. U točkama 1611. do 1622. pobijane presude Opći sud zaključio je da su pogrešna Komisijina utvrđenja koja se odnose na mjerodavno tržište tehnologije AFS-a perindoprila i Servierov položaj na tom tržištu, na temelju vlastitih utvrđenja koja se odnose na Komisijino pogrešno utvrđivanje mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda.

461. Međutim, s obzirom na to da je analiza osmog i devetog žalbenog razloga pokazala da su ta utvrđenja pogrešna i da ih treba ukinuti (vidjeti točke 398. do 403. i 437. do 448. ovog mišljenja), razmatranja Općeg suda u pogledu mjerodavnog tržišta tehnologije AFS-a perindoprila sadržavaju pogreške koje se tiču prava.

462. U tim okolnostima valja prihvatiti jedanaesti žalbeni razlog a da pritom nije potrebno ispitati Komisijine argumente kojima se nastoji dokazati da je Opći sud počinio dodatne pogreške koje se tiču prava prilikom svojih razmatranja o mjerodavnom tržištu tehnologije AFS-a perindoprila, koje su neovisne o pogreškama koje je počinio u pogledu utvrđivanja mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda.

463. Međutim, valja utvrditi da, s obzirom na to da se na utvrđenjima Općeg suda u pogledu tržišta gotovih proizvoda ne mogu, zbog toga što su pogrešna, temeljiti njegova utvrđenja u pogledu tržišta tehnologije, Komisija opravdano tvrdi da je Opći sud počinio neovisnu pogrešku koja se tiče prava jer nije analizirao posebna razmatranja iz sporne odluke koja se odnose na tržište tehnologije. Naime, u točki 1616. pobijane presude sam Opći sud utvrdio je da je Komisija u okviru svoje analize tržišta tehnologije upotrijebila drukčije elemente od onih upotrijebljenih prilikom utvrđivanja mjerodavnog tržišta konačnih proizvoda.

<sup>162</sup> Vidjeti presudu od 20. prosinca 2017., EUIPO/European Dynamics Luxembourg i dr. (C-677/15 P, EU:C:2017:998, t. 36. i navedena sudska praksa).

**c) Zaključak o žalbenim razlozima koji se odnose na članak 102. UFEU-a**

464. Iz ispitivanja osmog, devetog, desetog i jedanaestog žalbenog razloga, provedenog u točkama 351. do 463. ovog mišljenja, proizlazi da treba poništiti sva utvrđenja Općeg suda u pogledu Komisijine primjenu članka 102. UFEU-a (točke 343. do 350. ovog mišljenja).

465. Kao što se to već navelo u točkama 251. i 328. ovog mišljenja, na temelju članka 61. prvog stavka Statuta Suda Europske unije, Sud može, u slučaju ukidanja odluke Općeg suda, sâm konačno odlučiti o sporu ako stanje postupka to dopušta.

466. Međutim, stanje ovog spora ne omogućuje odlučivanje u pogledu tužbenih razloga u pogledu članka 102. UFEU-a koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku.

467. S jedne strane, kad je riječ o Servierovu četrnaestom tužbenom razlogu u prvostupanjskom postupku, koji se temelji na pogrešnom utvrđivanju mjerodavnog tržišta gotovih proizvoda, analiza osmog, devetog i desetog žalbenog razloga otkrila je nedostatke u obrazloženju u pobijanoj presudi. Štoviše, Opći sud nije ispitao treći prigovor Servierova četrnaestog tužbenog razloga iz prvostupanjskog postupka, koji se temelji na tome da ekonometrijska analiza cijena koju je provela Komisija ima metodološke nedostatke. U tim okolnostima Sud ne može sâm konačno odlučiti o navedenom Servierovu četrnaestom tužbenom razlogu iz prvostupanjskog postupka a da sâm ne pristupi novom sveobuhvatnom preispitivanju spisa.

468. S druge strane, Opći sud prihvatio je Servierov petnaesti, šesnaesti i sedamnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka u biti na temelju utvrđenja koja se odnose na četrnaesti tužbeni razlog (točke 347. do 349. ovog mišljenja). Stoga Sud ne može odlučiti ni o tim tužbenim razlozima a da ne pristupi novom sveobuhvatnom preispitivanju spisa.

**B. Tužba pred Općim sudom**

469. Iz razmatranja navedenih u točkama 251. do 253., 328. do 330. i 331. ovog mišljenja proizlazi da stanje ovog predmeta dopušta odlučivanje u pogledu kvalifikacije sporazumâ Krka kao jedinstvene i trajne povrede članka 101. UFEU-a u pogledu protutržišnog cilja i protutržišnih učinaka tih sporazuma.

470. Sud stoga može konačno odlučiti o predmetu i odbiti deveti i deseti tužbeni razlog, kao i zahtjev za poništenje članka 4. i članka 7. stavka 4. točke (b) sporne odluke, koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku.

471. Suprotno tomu, iz razmatranja navedenih u točkama 466. do 468. ovog mišljenja proizlazi da stanje ovog spora ne omogućuje odlučivanje u pogledu četrnaestog, petnaestog, šesnaestog i sedamnaestog tužbenog razloga, kao ni zahtjeva za poništenje članka 6. i članka 7. stavka 6. sporne odluke, koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku, ni u pogledu zahtjeva da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglase nedopuštenima koji je Komisija podnijela u prvostupanjskom postupku.

472. Stoga valja vratiti predmet Općem sudu na ponovno suđenje kako bi mogao ponovno odlučiti o tim tužbenim razlozima i zahtjevima.

473. U tom kontekstu Komisija zahtijeva od Suda da predmet vrati Općem sudu na ponovno suđenje u drukčijem sastavu od onog kad je donio pobijanu presudu.

474. Međutim, treba istaknuti da je na temelju članka 216. stavka 1. Poslovnika Općeg suda na predsjedniku Općeg suda odluka o eventualnom vraćanju predmeta na ponovno suđenje drugom vijeću nakon što je Sud ukinuo presudu.

475. U tom pogledu Sud je već imao priliku pojasniti da okolnost da isti sudac zasjeda u dvama sudskim vijećima koja uzastopno odlučuju o istom predmetu ne može sama po sebi, u nedostatku bilo kojeg drugog objektivnog dokaza, izazvati sumnju u nepristranost Općeg suda<sup>163</sup>.

## V. Troškovi

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

477. Kao prvo, u ovom slučaju iz prethodno navedenih razmatranja proizlazi da je žalba u cijelosti osnovana i da utvrđenja Općeg suda u pogledu kvalifikacije sporazumâ Krka kao povrede članka 101. stavka 1. UFEU-a i utvrđenja u pogledu povrede članka 102. UFEU-a treba ukinuti.

478. Stoga valja naložiti društvima Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS da solidarno snose vlastite troškove, kao i Komisijine troškove povezane s ovim žalbenim postupkom.

479. Kad je riječ o troškovima koji se odnose na prvostupanjski postupak, važno je napomenuti, s jedne strane, da se ovaj žalbeni postupak odnosi na te troškove samo u dijelu u kojem su povezani s devetim, desetim te četrnaestim, petnaestim, šesnaestim i sedamnaestim Servierovim tužbenim razlogom iz prvostupanjskog postupka, kao i s Komisijinim zahtjevom iz prvostupanjskog postupka da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglaše nedopuštenima.

480. S druge strane, važno je istaknuti da stanje ovog spora ne omogućuje odlučivanje u pogledu devetog i desetog tužbenog razloga koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku u pogledu kvalifikacije sporazumâ Krka kao povrede članka 101. UFEU-a, kao ni u pogledu zahtjeva za poništenje članka 4. i članka 7. stavka 4. točke (b) sporne odluke, koji je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku. Stoga Sud može konačno odlučiti o predmetu i o sporu samo u dijelu koji se odnosi na te tužbene razloge i zahtjeve iz prvostupanjskog postupka (vidjeti točke 469. i 470. ovog mišljenja).

481. Suprotno tomu, stanje ovog spora ne omogućuje odlučivanje u pogledu četrnaestog, petnaestog, šesnaestog i sedamnaestog tužbenog razloga koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku i koji se odnose na kvalifikaciju njegova ponašanja kao povrede članka 102. UFEU-a, u pogledu zahtjeva za poništenje članka 6. i članka 7. stavka 6. sporne odluke koji je Servier podnio u prvostupanjskom postupku, kao ni u pogledu zahtjeva da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglaše nedopuštenima, koji je Komisija podnijela u prvostupanjskom postupku. Stoga predmet treba vratiti Općem sudu na ponovno suđenje kako bi mogao ponovno odlučiti o tim tužbenim razlozima i zahtjevima (vidjeti točke 471. i 472. ovog mišljenja).

482. Stoga, valja odlučiti da društva Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS solidarno snose vlastite troškove, kao i Komisijine troškove u prvostupanjskom postupku koji se odnose na deveti i deseti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka i da se naknadno odluči o troškovima Serviera i Komisije u prvostupanjskom postupku koji se odnose na

<sup>163</sup> Presuda od 1. srpnja 2008., Chronopost i La Poste/UFEX i dr. (C-341/06 P i C-342/06 P, EU:C:2008:375, t. 56.)

četnaesti do sedamnaesti tužbeni razlog koje je Servier istaknuo u prvostupanjskom postupku, kao i na Komisijin zahtjev iz prvostupanjskog postupka da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglase nedopuštenima.

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

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

## VI. Zaključak

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

1. Ukidaju se točke 1. do 3. izreke presude Općeg suda Europske unije od 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, EU:T:2018:922).
2. Ukida se točka 6. izreke presude od 12. prosinca 2018., Servier i dr./Komisija (T-691/14, EU:T:2018:922), u dijelu u kojem se odnosi na troškove nastale društvima Servier SAS, Servier Laboratories Ltd, Les Laboratoires Servier SAS i Europskoj komisiji, koji se odnose na deveti, deseti i četrnaesti, petnaesti, šesnaesti i sedamnaesti tužbeni razlog iz prvostupanjskog postupka, kao i troškovi koji se odnose na Komisijin zahtjev iz prvostupanjskog postupka da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglase nedopuštenima.
3. Odbijaju se deveti i deseti tužbeni razlog, kao i zahtjev za poništenje članka 4. i članka 7. stavka 4. točke (b) Odluke Komisije C(2014) 4955 *final* od 9. srpnja 2014. u vezi s postupkom u skladu s člancima 101. i 102. UFEU-a (predmet AT.39612 – Perindopril (Servier)), koje su u prvostupanjskom postupku istaknuli Servier SAS, Servier Laboratoires Ltd i Les Laboratoires Servier SAS.
4. Predmet se vraća Općem sudu na ponovno suđenje kako bi mogao ponovno odlučiti o četrnaestom, petnaestom, šesnaestom i sedamnaestom tužbenom razlogu i o zahtjevu za poništenje članka 6. i članka 7. stavka 6. Odluke C(2014) 4955 *final*, koje su u prvostupanjskom postupku istaknuli Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS, kao i o Komisijinu zahtjevu iz prvostupanjskog postupka da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglase nedopuštenima.
5. Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS solidarno će snositi vlastite troškove, kao i Komisijine troškove povezane s ovim žalbenim postupkom.

6. Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS solidarno će snositi vlastite troškove, kao i Komisijine troškove povezane s ovim žalbenim postupkom kad se ti troškovi odnose na deveti i deseti tužbeni razlog, kao i na zahtjev za poništenje članka 4. i članka 7. stavka 4. točke (b) Odluke C(2014) 4955 *final*, koje su u prvostupanjskom postupku istaknuli Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS.
7. O troškovima društava Servier SAS, Servier Laboratories Ltd, Les Laboratoires Servier SAS i Komisije povezanima s prvostupanjskim postupkom odlučit će se naknadno kad se ti troškovi odnose na četrnaesti, petnaesti, šesnaesti i sedamnaesti tužbeni razlog i zahtjev za poništenje članka 6. i članka 7. stavka 6. Odluke C(2014) 4955 *final*, koje su u prvostupanjskom postupku istaknuli Servier SAS, Servier Laboratories Ltd i Les Laboratoires Servier SAS, kao i na Komisijin zahtjev iz prvostupanjskog postupka da se prilozi A 286, A 287 i C 29 proglaše nedopuštenima.
8. European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations te Ujedinjena Kraljevina Velike Britanije i Sjeverne Irske snose svaki vlastite troškove povezane sa žalbenim postupkom.