



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 22 de janeiro de 2020¹

Processo C-307/18

**Generics (UK) Ltd e o.
contra
Competition and Markets Authority**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Competition Appeal Tribunal (Tribunal da Concorrência, Reino Unido)]

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Posição dominante — Abuso — Produtos farmacêuticos — Acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes celebrados entre um laboratório de medicamentos originais titular de patentes e fabricantes de medicamentos genéricos»

Índice

I. Introdução	3
II. Quadro jurídico	4
III. Antecedentes do litígio	6
A. Acordos celebrados pela GSK	6
1. Acordo IVAX	6
2. Acordo GUK	7
3. Acordo Alparma	7
B. Outros desenvolvimentos, posteriores, relativos à patente do anidro e à constituição de um mercado de genéricos	8
C. Decisão da CMA e processo no CAT	9
IV. Processo no Tribunal de Justiça e questões prejudiciais	11

¹ Língua original: francês.

V. Apreciação	13
A. Quanto à competência do Tribunal de Justiça para responder às questões do CAT	13
B. Quanto às questões prejudiciais	14
1. Quanto ao artigo 101.º TFUE.....	16
a) Quanto ao conceito de concorrência potencial (questões prejudiciais n.ºs 1 e 2)	16
1) Quanto à incerteza relativa à validade da patente de um medicamento e ao carácter contrafeito das suas versões genéricas como elemento constitutivo das relações de concorrência no setor farmacêutico	19
2) Quanto aos litígios relativos à validade de uma patente ou ao carácter contrafeito de um produto genérico como elementos suscetíveis de demonstrar a existência de concorrência potencial	20
3) Quanto ao âmbito da apreciação dos direitos de propriedade intelectual em causa pela autoridade da concorrência	21
4) Quanto à existência de providências cautelares ou de compromissos judiciais provisórios.....	23
5) Conclusão	25
b) Quanto ao conceito de restrição da concorrência por objetivo (questões prejudiciais n.ºs 3 a 5)	25
1) Quanto às questões prejudiciais n.ºs 3 e 4	25
i) Quanto ao «potencial restritivo» de um acordo que impõe uma restrição que não excede o âmbito e o prazo de validade remanescente de uma patente	27
ii) Quanto ao «cenário contrafactual» relevante	30
iii) Quanto ao carácter dos acordos como resoluções amigáveis de litígios reais	32
iv) Conclusão.....	34
2) Quanto à questão prejudicial n.º 5	34
i) Quanto à relevância de benefícios resultantes de um acordo para a conclusão de que existe uma simples restrição da concorrência à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE	35
ii) Quanto à relevância de benefícios resultantes de um acordo para a conclusão de que existe uma restrição da concorrência por objetivo à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE	36
iii) Conclusão.....	40
c) Quanto ao conceito de restrição da concorrência por efeito (questão prejudicial n.º 6)...	40
1) Quanto aos critérios para apreciar os efeitos sobre a concorrência de acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes em matéria farmacêutica.	42

2) Quanto ao requisito de efeitos sensíveis sobre a concorrência	44
3) Conclusão	46
2. Quanto ao artigo 102.º TFUE.....	46
a) Quanto à definição do mercado relevante (questão prejudicial n.º 7)	46
1) Quanto ao alcance da questão prejudicial n.º 7	46
2) Quanto à inclusão dos genéricos da paroxetina para efeitos da determinação do mercado relevante	49
3) Conclusão	51
b) Quanto ao abuso de posição dominante (questões prejudiciais n.ºs 8 a 10)	51
1) Quanto à qualificação da celebração de um ou vários acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes como abuso de posição dominante [(questões prejudiciais n.ºs 8, 9 e 10, alínea a)]	52
i) Quanto à articulação da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE	52
ii) Quanto à celebração dos acordos em causa no processo principal como utilização pela GSK de meios diferentes dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito	54
iii) Quanto à celebração pela GSK dos acordos em causa no processo principal como meio de influenciar a estrutura do mercado relevante por forma a entrar ou mesmo a eliminar a concorrência existente nesse mercado	54
iv) Conclusão	56
2) Quanto aos benefícios proporcionados pelos acordos em causa no processo principal [questão prejudicial n.º 10, alíneas b) e c)]	56
i) Quanto à obrigação de tomar em consideração os alegados benefícios	57
ii) Quanto à possibilidade de justificar comportamentos suscetíveis de ser abrangidos pela proibição enunciada no artigo 102.º TFUE	57
iii) Conclusão	58
VI. Conclusão	59

I. Introdução

1. Pode um acordo de resolução amigável de um litígio relativo a uma patente em matéria farmacêutica constituir uma restrição da concorrência por objetivo ou por efeito e a sua celebração, eventualmente conjugada com a celebração de outros acordos, um abuso de posição dominante?

2. É desta forma que se pode resumir a essência das dez questões submetidas pelo Competition Appeal Tribunal (Tribunal da Concorrência, Reino Unido, a seguir «CAT») ao Tribunal de Justiça no âmbito do presente processo prejudicial. Essas questões foram suscitadas num litígio que opõe, no CAT, a Generics (UK) Ltd (a seguir «GUK») e outros fabricantes de medicamentos² à Competition and Markets Authority (Autoridade da concorrência e dos mercados, Reino Unido, a seguir «CMA») a propósito de três acordos celebrados pela GlaxoSmithKline plc (a seguir «GSK») com os fabricantes de genéricos IVAX Pharmaceuticals UK (a seguir «IVAX»), GUK e Alpharma.

3. Os acordos em questão foram celebrados como acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes, que, no que respeita à GUK e à Alpharma, já tinham dado lugar à propositura de ações judiciais. Nos termos dos acordos GUK e Alpharma, os fabricantes de genéricos em causa comprometiam-se, nomeadamente, a não introduzir os seus produtos no mercado durante o período acordado, ao passo que a GSK se comprometia a efetuar avultadas transferências de valor a favor daqueles.

4. Segundo a CMA, esses acordos tinham como objetivo incentivar esses fabricantes de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente durante o período acordado, assemelhando-se, assim, a acordos de exclusão do mercado proibidos pelo artigo 101.º TFUE, ao passo que a sua celebração pela GSK constituía um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE. A GSK e os fabricantes de genéricos alegam, pelo contrário, que não se pode considerar que os acordos em questão constituem infrações ao direito da concorrência da União.

5. Assim, o presente processo insere-se no contexto dos processos Lundbeck³ e Servier⁴, atualmente pendentes no Tribunal de Justiça, nos quais a Comissão Europeia concluiu que os acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes constituíam infrações ao artigo 101.º e, no que se refere ao processo Servier, ao artigo 102.º TFUE. Por conseguinte, as conclusões do Tribunal de Justiça no presente processo permitirão igualmente identificar uma orientação a seguir nesses processos.

II. Quadro jurídico

6. O artigo 2.º do capítulo I da Competition Act 1998 (Lei do Reino Unido de 1998 sobre a Concorrência) prevê:

«Acordos [...] [que tenham por objetivo ou por efeito] impedir, restringir ou falsear a concorrência

2 Designadamente, a GlaxoSmithKline plc, a Xellia Pharmaceuticals ApS, a Alpharma LLC, a Actavis UK Ltd e a Merck KGaA.

3 V. Decisão da Comissão C (2013) 3803 final, de 19 de junho de 2013, relativa a um processo nos termos do artigo 101.º TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo AT.39226 — Lundbeck); esta decisão deu lugar aos Acórdãos do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, atualmente em recurso, nos Processos Sun Pharmaceutical Industries e Ranbaxy (UK)/Comissão (T-460/13, não publicado, EU:T:2016:453; Processo C-586/16 P, pendente); Arrow Group e Arrow Generics/Comissão (T-467/13, não publicado, EU:T:2016:450; Processo C-601/16 P, pendente); Generics (UK)/Comissão (T-469/13, não publicado, EU:T:2016:454; Processo C-588/16 P, pendente); Merck/Comissão (T-470/13, não publicado, EU:T:2016:452; Processo C-614/16 P, pendente); Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão (T-471/13, não publicado, EU:T:2016:460; Processo C-611/16 P, pendente); e Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449; Processo C-591/16 P, pendente).

4 V. Decisão da Comissão C (2014) 4955 final, de 9 de julho de 2014, relativa a um processo nos termos dos artigos 101.º e 102.º TFUE [Processo AT.39612 — Périndopril (Servier)]; esta decisão deu origem aos Acórdãos do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, atualmente em recurso, nos processos Biogaran/Comissão (T-677/14, EU:T:2018:910; Processo C-207/19 P, pendente); Teva UK e o./Comissão (T-679/14, não publicado, EU:T:2018:919; Processo C-198/19 P, pendente); Lupin/Comissão (T-680/14, não publicado, EU:T:2018:908; Processo C-144/19 P, pendente); Mylan Laboratories e Mylan/Comissão (T-682/14, não publicado, EU:T:2018:907; Processo C-197/19 P, pendente); Krka/Comissão (T-684/14, não publicado, EU:T:2018:918; Processo C-151/19 P, pendente); Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922; Processos C-176/19 P e C-201/19 P, pendentes); Niche Generics/Comissão (T-701/14, não publicado, EU:T:2018:921; Processo C-164/19 P, pendente); e Unichem Laboratories/Comissão (T-705/14, não publicado, EU:T:2018:915; Processo C-166/19 P pendente).

- 1) [...], todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas:
 - a) que sejam suscetíveis de afetar o comércio no Reino Unido, e
 - b) tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no Reino Unido, são proibidos, salvo se as disposições da presente parte dispuserem em sentido diferente.

- 2) A subsecção 1 aplica-se, nomeadamente, a todos os acordos, todas as decisões e todas as práticas que consistam em:

[...]

- b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

[...]»

7. O artigo 18.º do capítulo II da Lei do Reino Unido de 1998 sobre a Concorrência dispõe:

«Abuso de posição dominante

- 1) [...], é proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio no Reino Unido, que uma ou mais empresas explorem de forma abusiva uma posição dominante no mercado.
- 2) Essas práticas podem, nomeadamente, constituir uma prática abusiva se consistirem em:

[...]

- b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

[...]»

8. O artigo 60.º da Lei do Reino Unido de 1998 sobre a Concorrência enuncia:

«Princípios a aplicar para decidir sobre as questões

- 1) Este artigo tem como objetivo garantir, na medida do possível (tendo em conta todas as diferenças relevantes entre as disposições em causa), que as questões abrangidas pela presente parte, relativas à concorrência no Reino Unido, sejam tratadas em conformidade com o tratamento das questões equivalentes no direito da União, relativas à concorrência na União Europeia.
- 2) Sempre que um órgão jurisdicional analise uma questão relativa à presente parte, deve agir (na medida em que tal seja compatível com as disposições da presente parte e independentemente de o órgão jurisdicional estar ou não obrigado, por outro lado, a proceder desse modo) de forma a garantir que não exista qualquer incompatibilidade entre:
 - a) os princípios aplicados e a decisão proferida pelo órgão jurisdicional quando se pronuncie sobre essa questão; e

- b) os princípios enunciados no Tratado e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como qualquer decisão relevante do Tribunal de Justiça, que sejam aplicáveis quando se pronuncie sobre uma questão equivalente de direito da União.
- 3) O órgão jurisdicional deve, além disso, ter em conta decisões ou declarações relevantes da Comissão.»

III. Antecedentes do litígio

9. A paroxetina é um medicamento antidepressivo que só é vendido mediante receita médica, que pertence à família dos inibidores seletivos da recaptção da serotonina (a seguir «ISRS»). A paroxetina foi comercializada no Reino Unido pelo laboratório de medicamentos originais GSK, sob a denominação comercial «Seroxat». Durante o período relevante, a GSK produziu o Seroxat em dosagens de 20 mg e de 30 mg, mas a dosagem de 20 mg era a mais importante e a mais frequentemente prescrita.

10. A proteção da patente da molécula de cloridrato de paroxetina, o ingrediente farmacêutico ativo (a seguir «IFA») desse medicamento original, expirou em janeiro de 1999. Além disso, o direito da GSK à exclusividade dos dados relativos a esse IFA caducou em dezembro de 2000, permitindo, assim, aos fabricantes de genéricos pedir uma autorização de introdução no mercado (a seguir «AIM») ao abrigo de um procedimento abreviado⁵.

11. Nessa altura, a GSK adquirira várias patentes «secundárias», entre as quais a patente GB 2 297 550, que abrangia quatro polimorfos de cloridrato de paroxetina *anidro* e respetivo processo de fabrico (a seguir «patente do anidro»). Concedida em 1997, essa patente foi depois declarada parcialmente inválida pela High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior de Justiça (Inglaterra e País de Gales), Divisão da Chancelaria (Tribunal das Patentes), Reino Unido] e, na parte em que permaneceu válida, expirou em 2013.

12. Desde meados de 2000 que a GSK tinha conhecimento de que vários fabricantes de genéricos pretendiam entrar no mercado britânico com paroxetina genérica. Assim, a IVAX apresentou um pedido de AIM na Irlanda e obtivera da parte da BASF AG o IFA da paroxetina com base na qual esse pedido fora apresentado, a GUK obtivera uma AIM para a paroxetina na Dinamarca, em abril de 2001, e a Alpharma apresentou um pedido de AIM no Reino Unido, em 30 de maio de 2001.

13. Neste contexto, a GSK celebrou três acordos com os laboratórios em causa.

A. Acordos celebrados pela GSK

1. Acordo IVAX

14. O primeiro acordo, celebrado pela GSK com a IVAX em 3 de outubro de 2001 e que terminou em 29 de junho de 2004 (a seguir «acordo IVAX»), designava a IVAX como «distribuidora exclusiva» no Reino Unido, até ao limite de 770 000 embalagens por ano, do cloridrato de paroxetina 20 mg em embalagens de 30 comprimidos para venda como produto genérico autorizado, como contrapartida pelo pagamento de um «abono promocional» anual de 3,2 milhões de libras esterlinas (GBP). O preço

⁵ V., quanto ao quadro jurídico relativo a este último aspeto, Acórdão de 28 de junho de 2017, Novartis Europharm/Comissão (C-629/15 P e C-630/15 P, EU:C:2017:498, n.ºs 2 e segs.).

a que a GSK devia fornecer o produto à IVAX, posteriormente alterado, era inicialmente de 8,45 GBP por embalagem e estava previsto, nomeadamente, que a IVAX tinha o direito de resolver o acordo sem pré-aviso se um produto genérico contendo cloridrato de paroxetina como substância ativa fosse posto à venda durante três dias consecutivos a um preço inferior ou igual a 8,45 GBP.

2. *Acordo GUK*

15. O segundo acordo foi celebrado pela GSK com a GUK em 13 de março de 2002 (a seguir «acordo GUK»). Estava inicialmente previsto que tivesse a duração de três anos, mas terminou em 1 de julho de 2004. Representou o epílogo de vários acontecimentos: antes de mais, em 27 de julho de 2001, a BASF intentou contra a GSK uma ação com vista à declaração judicial da caducidade da patente do anidro; em seguida, em 18 de setembro de 2001, a GSK propôs contra a GUK uma ação por contrafação dessa patente, na sequência da qual esta suscitou a invalidade da referida patente; por último, em 23 de outubro de 2001, o Tribunal de Patentes adotou uma providência cautelar que proibia a GUK de entrar no mercado, tendo a GSK oferecido, para o efeito, um «*cross-undertaking in damages*»⁶.

16. Em 4 de dezembro de 2001, o Tribunal de Patentes decidiu que os processos BASF e GUK, ambos relativos à patente do anidro, seriam apensados para efeitos da audiência de março do ano seguinte. Em 13 de março de 2002, véspera da referida audiência, a GSK e a GUK chegaram ao acordo em causa, respeitante ao levantamento da providência cautelar e do «*cross-undertaking in damages*», à renúncia a todos os pedidos de indemnização e à suspensão da instância. Além disso, nesse acordo, a GSK comprometia-se a adquirir a totalidade do *stock* de paroxetina genérica da GUK destinado à venda no Reino Unido, pela quantia de 12,5 milhões de dólares dos Estados Unidos (USD), a pagar 50 % das despesas da GUK relacionadas com o processo, até ao valor de 0,5 milhões de GBP, a celebrar com a IVAX um acordo de subdistribuição em benefício da GUK (a seguir «acordo de fornecimento IVAX-GUK») e a pagar à GUK um abono de comercialização anual de 1,65 milhões de GBP; em contrapartida, a GUK e todas as sociedades do grupo Merck comprometiam-se a deixar de fabricar, importar e fornecer cloridrato de paroxetina no Reino Unido durante a vigência do acordo de fornecimento IVAX-GUK.

17. Este acordo de fornecimento IVAX-GUK, que entrou em vigor em 14 de março de 2002 e foi celebrado por três anos, estabelecia que a IVAX forneceria à GUK 750 000 embalagens de paroxetina 20 mg por ano, ao preço de 8,45 GBP, e incluía uma garantia de lucro no sentido de que, se o preço de venda líquido médio da referida paroxetina pela GUK descesse abaixo de 12,25 GBP por embalagem, a IVAX pagar-lhe-ia a quantia necessária para que o seu lucro não fosse inferior a uma margem de 3,80 GBP por embalagem. Além disso, ficava estabelecido que o acordo podia terminar antes do prazo inicialmente previsto se o preço de mercado de uma embalagem de paroxetina descesse abaixo de 8,45 GBP durante, pelo menos, três meses consecutivos no terceiro ano contratual ou posteriormente. Paralelamente à celebração do acordo de fornecimento IVAX-GUK, a GSK e a IVAX alteraram o acordo IVAX em conformidade.

3. *Acordo Alpha*

18. O terceiro acordo foi celebrado pela GSK com a Alpha em 12 de novembro de 2002 e terminou em 13 de fevereiro de 2004 (a seguir «acordo Alpha»). Inicialmente celebrado por um ano e, em seguida, prorrogado por mais um ano, este acordo veio na sequência da obtenção pela Alpha de uma AIM para a paroxetina no Reino Unido, de uma ação por contrafação proposta

⁶ Ou seja, o compromisso de respeitar qualquer decisão do Tribunal de Patentes se este decidisse posteriormente que a providência cautelar causou prejuízo à GUK, devendo esta ser indemnizada.

pela GSK contra a Alpharma, do compromisso judicial assumido pela Alpharma de não vender paroxetina no Reino Unido antes da prolação da sentença nesse processo, no qual fora marcada uma audiência para dezembro de 2002, bem como de um «*cross-undertaking in damages*» oferecido pela GSK.

19. O acordo Alpharma dizia respeito à anulação do compromisso da Alpharma e do «*cross-undertaking in damages*» da GSK, bem como à improcedência da reivindicação desta. Além disso, previa a celebração de um acordo de subdistribuição entre a IVAX e a Alpharma relativo ao fornecimento a esta empresa de 500 000 embalagens (quantidade que depois ascendeu a 620 000 embalagens) de paroxetina 20 mg (a seguir «acordo de fornecimento IVAX-Alpharma»), bem como diversas transferências de valor a efetuar pela GSK a favor da Alpharma, designadamente: o pagamento de 0,5 milhões de GBP a título de contribuição para as despesas do processo judicial, o pagamento único de 3 milhões de GBP respeitante aos custos de produção e de preparação do lançamento da paroxetina no mercado britânico, um «abono de comercialização» de 100 000 GBP por mês e a opção de compra de determinados produtos da GSK para assegurar a transferência para a Alpharma de um montante mínimo de 500 000 GBP. Em contrapartida, a Alpharma comprometia-se a não fabricar, importar ou fornecer cloridrato de paroxetina no Reino Unido, com exceção do que adquirisse à IVAX ou fosse fabricado pela GSK.

20. Em 20 de novembro de 2002, a IVAX e a Alpharma celebraram o acordo de fornecimento IVAX-Alpharma previsto no acordo Alpharma. Esse acordo podia ser revogado mediante um pré-aviso de um mês em caso de constituição de um «mercado de genéricos» ou de cessação «por caducidade, renúncia, desistência ou outra» da reivindicação do processo na patente do anidro. Neste contexto, considerava-se que a constituição de um mercado de genéricos estaria completa quando o preço mensal médio da paroxetina, com exceção da vendida pela GSK e pela Alpharma, descesse abaixo de 9,50 GBP por embalagem ou quando um produto de paroxetina 20 mg fosse vendido sem ser com base numa autorização de introdução no mercado da GSK. Além disso, estava previsto que, se, durante os dois meses seguintes à notificação de tal revogação, o preço médio da paroxetina descesse abaixo de 8,45 GBP, a IVAX pagaria à Alpharma a diferença entre 8,45 GBP e esse preço médio, até ao limite de 200 000 GBP. Paralelamente à celebração do acordo de fornecimento IVAX-Alpharma, a GSK e a IVAX alteraram o acordo IVAX em conformidade.

B. Outros desenvolvimentos, posteriores, relativos à patente do anidro e à constituição de um mercado de genéricos

21. Antes da execução dos acordos IVAX, GUK e Alpharma, o mercado britânico da paroxetina caracterizava-se pela existência de importações paralelas de paroxetina proveniente de outros Estados-Membros da União. A explicação para tais importações paralelas é o facto de existirem, nomeadamente por força dos diferentes níveis de rendimentos e regimes de regulação, diferenças entre os preços dos medicamentos nos Estados-Membros. Por conseguinte, antes da disponibilização de versões genéricas de um determinado medicamento num Estado-Membro, pode revelar-se lucrativo importar medicamentos de marca de outros Estados-Membros e vendê-los a um preço inferior ao que é praticado no Estado-Membro de importação. Assim, a partir de setembro de 2001, as importações paralelas representavam aproximadamente 30 % a 40 % da paroxetina distribuída no Reino Unido e eram vendidas a um preço um pouco mais baixo do que o Seroxat da GSK. Contudo, essas importações paralelas diziam respeito apenas à paroxetina na dosagem de 20 mg, e não na dosagem de 30 mg.

22. Por força dos acordos IVAX, GUK e Alpharma, estas sociedades de genéricos receberam fornecimentos significativos, mas limitados, de paroxetina genérica fabricada pela GSK, que podiam vender com as suas próprias marcas e que faturavam sensivelmente ao preço praticado no que respeita às importações paralelas. Consequentemente, entre novembro de 2001 e novembro de 2003, a quota de mercado da paroxetina 20 mg da IVAX, da GUK e da Alpharma cresceu cerca de 60 %,

substituindo quase todas as importações paralelas (cerca de 30 %), bem como uma parte do Seroxat da GSK (igualmente cerca de 30 %). Esta modificação da estrutura do mercado implicou uma redução de 4 %, no máximo, do preço médio geral ponderado da paroxetina 20 mg. Em contrapartida, os acordos não tiveram qualquer efeito nas vendas de paroxetina 30 mg efetuadas pela GSK.

23. A paroxetina era um medicamento reembolsável pelo UK National Health Service (Serviço Nacional de Saúde britânico, a seguir «NHS»). O sistema de reembolso do NHS incluía várias categorias, entre as quais as categorias C e A para os medicamentos, respetivamente, não facilmente disponíveis e facilmente disponíveis sob a forma de genérico. Na sequência do fornecimento de paroxetina genérica em conformidade com o acordo IVAX, a paroxetina 20 mg, inicialmente classificada na categoria C, passou, a partir de 1 de junho de 2002, para a categoria A. Tal implicou uma descida imediata de 12 % do preço de reembolso por força das grelhas do NHS, uma descida posterior de 3 % desse preço entre junho e novembro de 2002 e uma diminuição equivalente dos custos suportados pelo NHS.

24. A sentença na ação com vista à declaração judicial da caducidade da patente do anidro, proposta pela BASF⁷, foi proferida em 12 de julho de 2002. Concluiu pela invalidade da maior parte das reivindicações de produto dessa patente, mas pela validade de duas reivindicações de processo.

25. Em 30 de julho de 2002, a Apotex, outro fabricante de genéricos, obteve uma AIM para a paroxetina no Reino Unido e propôs, juntamente com os seus distribuidores Neolab e Waymade, uma outra ação com vista à declaração judicial da caducidade da patente do anidro, e a GSK intentou uma ação por contrafação da patente contra essas três sociedades. Em 5 de dezembro de 2003, o Tribunal de Patentes decidiu que as reivindicações da patente que não tinham sido declaradas inválidas pela sentença proferida no processo BASF não eram objeto de contrafação pelo processo utilizado pela Apotex, o que foi confirmado em recurso⁸. Em seguida, a Neolab e a Waymade entraram no mercado no final de dezembro de 2003, como distribuidores da Apotex, com a paroxetina 20 mg, o que abriu o mercado de genéricos da paroxetina.

26. A Alpharma resolveu então o acordo de fornecimento IVAX-Alpharma e, consequentemente, pôs termo ao acordo Alpharma em 13 de janeiro de 2004, entrando no mercado com a sua própria paroxetina 20 mg e 30 mg a partir de fevereiro de 2004. Em seguida, em 25 de junho de 2004, a GUK pôs termo ao acordo de fornecimento IVAX-GUK, o que punha termo igualmente à proibição de vender paroxetina a que estava sujeita nos termos do acordo GUK. Por último, em 29 de junho de 2004, a IVAX e a GSK puseram termo ao acordo IVAX.

27. A entrada independente da paroxetina genérica no mercado a partir do final de 2003 teve um efeito significativo nos preços. Assim, os preços da paroxetina 20 mg desceram 34 % nos três primeiros meses após essa entrada e 69 % no ano seguinte, enquanto, em dezembro de 2005, o preço da paroxetina 30 mg tinha caído cerca de 66 %. Em dezembro de 2005, os preços médios da paroxetina 20 mg e 30 mg tinham caído cerca de 74 %.

C. Decisão da CMA e processo no CAT

28. Em 12 de fevereiro de 2016, a CMA adotou a decisão controvertida no processo principal (a seguir «decisão da CMA»)⁹, nos termos da qual concluiu

7 V. n.ºs 15 e 16; *supra*; das presentes conclusões.

8 Além disso, a validade das reivindicações de processo da patente do anidro consideradas válidas no processo BASF (n.º 24 das presentes conclusões) foi novamente confirmada em recurso (mas não em primeira instância) neste processo Apotex (V., n.ºs 47 a 49 e nota n.º 14 da sentença do CAT, e n.ºs 3.135 e 3.136 da decisão da CMA).

9 Referência: CE-9531/11.

- 1) que a GSK detinha uma posição dominante no mercado da paroxetina e abusara dessa posição em violação da proibição prevista no capítulo 2 da Lei do Reino Unido de 1998 da Concorrência ao celebrar os acordos IVAX, GUK e Alpharma;
- 2) que a GSK e a GUK, bem como a sociedade mãe desta, a Merck, tinham violado a proibição prevista no capítulo 1 da Lei do Reino Unido de 1998 da Concorrência e, no que respeita ao período posterior a 1 de maio de 2004, o artigo 101.º TFUE ao celebrar o acordo GUK; e
- 3) que a GSK e as sociedades do grupo Alpharma, designadamente a Actavis, a Xellia e a Alpharma LLC, tinham violado a proibição prevista no capítulo 1 da Lei do Reino Unido de 1998 da Concorrência ao celebrar o acordo Alpharma;
- 4) além disso, a CMA aplicou a essas sociedades sanções pecuniárias no montante total de 44,99 milhões de GBP pelas infrações constatadas.

29. A CMA concluiu ainda que não havia motivos para considerar o acordo IVAX inválido à luz da proibição dos acordos anticoncorrenciais, nomeadamente porque este não era abrangido pelo âmbito de aplicação do capítulo 1 da Lei do Reino Unido de 1998 da Concorrência por força de uma regulamentação interna sobre restrições verticais aplicável à data dos factos, que foi revogada posteriormente¹⁰.

30. As sociedades punidas interpuseram recurso recorrem da decisão da CMA para o CAT. Este salienta então que, no âmbito desses recursos, cabe-lhe pronunciar-se sobre a questão, entre outras, de saber, tendo em conta o direito da União, se a GSK, por um lado, e a GUK, a Alpharma e a IVAX, por outro, eram potenciais concorrentes no fornecimento de paroxetina no Reino Unido à data dos factos; se os acordos celebrados entre a GSK e, respetivamente, a GUK e a Alpharma constituíram uma restrição da concorrência por objetivo e por efeito; qual era o mercado de produtos relevante no qual a GSK forneceu a paroxetina, para determinar se esta empresa detinha uma posição dominante; e se a prática da GSK constituiu um abuso de posição dominante.

31. Quanto às questões relacionadas com o artigo 101.º TFUE, nomeadamente no que se refere à existência de concorrência potencial e de restrição da concorrência por objetivo, o CAT observa que as mesmas já deram origem a vários Acórdãos do Tribunal Geral nos processos Lundbeck e o.¹¹, atualmente em recurso, e todas as recorrentes contestam a sua relevância no caso em apreço. Além disso, o CAT considera que as modalidades de apreciação de uma restrição por efeito, objeto da sexta questão prejudicial e da Decisão da Comissão no processo Servier¹², permanecem incertas. Quanto às questões relativas ao artigo 18.º da Lei do Reino Unido de 1998 da concorrência, que corresponde ao artigo 102.º TFUE, igualmente objeto da Decisão da Comissão no processo Servier, o CAT salienta que se confronta com questões de direito novas no que respeita quer à definição do mercado relevante quer à verificação de um eventual abuso de posição dominante e das suas eventuais justificações.

10 The Competition Act 1998 (Land and Vertical Agreements Exclusion) Order 2000, SI 2000/310.

11 V. nota 3, *supra*, das presentes conclusões.

12 V. nota 4, *supra*, das presentes conclusões.

IV. Processo no Tribunal de Justiça e questões prejudiciais

32. Foi neste contexto que o CAT decidiu, por sentença de 8 de março de 2018 (a seguir «sentença do CAT»)¹³, entrada, conjuntamente com as questões prejudiciais e uma exposição relativa aos recursos no processo principal e aos principais factos do processo, no Tribunal de Justiça em 7 de maio de 2018, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«Concorrência potencial

1. Para efeitos do artigo 101.º, n.º 1, [TFUE], devem o titular de uma patente de um produto farmacêutico e uma empresa de medicamentos genéricos que pretende introduzir no mercado uma versão genérica do referido produto ser considerados potenciais concorrentes quando sejam partes de boa-fé num litígio sobre a validade da patente ou sobre o caráter contrafeito do produto genérico?
2. A resposta à questão 1 será diferente no caso:
 - a) de estar pendente entre as partes um processo judicial respeitante a esse litígio; ou
 - b) de o titular da patente ter obtido uma providência cautelar que impede a empresa de medicamentos genéricos de lançar no mercado o seu produto genérico até à prolação da sentença no referido processo; ou
 - c) de o titular da patente considerar a empresa de medicamentos genéricos uma potencial concorrente?

Restrição “por objetivo”

3. Quando esteja pendente um processo judicial relativo à validade da patente de um produto farmacêutico e ao caráter contrafeito do produto genérico e não seja possível determinar qual das partes pode obter ganho de causa nesse processo, existe restrição da concorrência “por objetivo” na aceção do artigo 101.º, n.º 1, quando as partes celebrem um acordo para resolver amigavelmente esse litígio, nos termos do qual:
 - a) A empresa de medicamentos genéricos se compromete a não introduzir no mercado o seu produto genérico e a abster-se de contestar a validade da patente durante o prazo de vigência do acordo (não sendo este superior ao prazo de validade remanescente da patente), e
 - b) O titular da patente se compromete a efetuar uma transferência de valor a favor da empresa de medicamentos genéricos de montante substancialmente superior aos custos da via contenciosa que evitou (incluindo os relativos à gestão do litígio e incómodos inerentes), e que não constitui o pagamento de quaisquer bens ou serviços fornecidos ou prestados ao titular da patente?
4. A resposta à questão 3 será diferente no caso:
 - a) de o âmbito da restrição da concorrência imposta à empresa de medicamentos genéricos não ultrapassar o âmbito da patente controvertida; ou

¹³ Referência: [2018] CAT 4, processos N.ºs: 1251-1255/1/12/16.

- b) de o montante da transferência de valor para a empresa de medicamentos genéricos ser inferior ao lucro que esta poderia auferir se tivesse obtido ganho de causa na ação relativa à patente e se tivesse lançado no mercado um produto genérico independente?
5. As respostas às questões 3 e 4 serão diferentes no caso de o acordo prever o fornecimento pelo titular da patente à empresa de medicamentos genéricos de volumes significativos, mas limitados, do produto genérico autorizado e de o acordo:
- a) não originar uma restrição concorrencial significativa sobre os preços praticados pelo titular da patente; mas
 - b) proporcionar aos consumidores benefícios que não obteriam se o titular da patente tivesse obtido ganho de causa no processo judicial, mas que são claramente inferiores aos benefícios concorrenciais que adviriam da introdução no mercado do referido produto genérico independente se a empresa de medicamentos genéricos tivesse obtido ganho de causa no processo judicial? Ou esta última questão apenas é relevante no âmbito de uma apreciação à luz do artigo 101.º, n.º 3, TFUE?

Restrição por efeito

6. Nas circunstâncias descritas nas questões 3 a 5, existe uma restrição da concorrência “por efeito” na aceção do artigo 101.º, n.º 1, ou para tal é necessário que o órgão jurisdicional conclua que, na falta desse acordo de resolução amigável:
- a) a empresa de medicamentos genéricos teria provavelmente obtido ganho de causa no processo judicial relativo à patente (ou seja, a probabilidade de a patente ser válida e ter sido violada era inferior a 50 %); ou
 - b) as partes provavelmente teriam celebrado um acordo de resolução amigável menos restritivo (ou seja, a probabilidade de celebrarem um acordo menos restritivo era superior a 50 %)?

Definição do mercado

7. Quando, no plano terapêutico, um produto farmacêutico patenteado possa ser substituído por uma série de outros produtos da mesma classe e a pretensa prática abusiva, na aceção do artigo 102.º, consista no facto de o titular da patente, na prática, excluir do mercado as versões genéricas desse produto, devem os referidos produtos genéricos ser tidos em conta para efeitos da definição do mercado do produto relevante, não obstante não poderem ser legalmente introduzidos no mercado antes da caducidade da patente, na eventualidade (que é incerta) de esta ser válida e poder ser violada por esses produtos genéricos?

Abuso

8. Nas circunstâncias descritas nas questões 3 a 5, se o titular da patente dispuser de uma posição dominante, o seu comportamento ao celebrar tal acordo constitui um abuso na aceção do artigo 102.º?
9. A resposta à questão 8 será diferente no caso de o titular da patente celebrar um acordo desse tipo, não para a resolução amigável de um processo judicial pendente, mas para evitar [o início] de [um processo judicial]?

10. A resposta às questões 8 ou 9 será diferente no caso:

- a) de o titular da patente prosseguir uma estratégia de celebração de vários acordos dessa natureza para excluir o risco de introdução ilimitada de um produto genérico no mercado; e
- b) de o primeiro acordo desse tipo implicar uma redução do nível de reembolso do produto farmacêutico em causa por força da estrutura do sistema nacional de reembolso das farmácias pelas autoridades públicas de saúde, gerando poupanças substanciais para estas (ainda que claramente inferiores às que resultariam da introdução no mercado de um produto genérico independente, na sequência de um desfecho do processo judicial relativo à patente favorável à empresa de medicamentos genéricos); e
- c) de as partes não terem tido a intenção de gerar essas poupanças quando celebraram esses acordos?»

33. Em 20 de novembro de 2018, o Tribunal de Justiça enviou ao CAT um pedido de informações, ao qual este respondeu em 17 de dezembro de 2018.

34. No âmbito do processo no Tribunal de Justiça, a GUK, a GSK, a Xellia, a Actavis, a Merck, a CMA e a Comissão apresentaram observações. Estas mesmas partes participaram na audiência de 19 de setembro de 2019.

V. Apreciação

35. Antes de abordar as questões prejudiciais submetidas pelo CAT (alínea B), importa esclarecer a questão da competência do Tribunal de Justiça para responder a essas questões (alínea A).

A. Quanto à competência do Tribunal de Justiça para responder às questões do CAT

36. Como foi referido *supra*¹⁴, só o acordo GUK foi sancionado pela CMA ao abrigo do artigo 101.º TFUE no que respeita ao período posterior a 1 de maio de 2004¹⁵, ao passo que o acordo Alpharma, que terminou antes dessa data¹⁶, apenas foi sancionado ao abrigo do capítulo 1 da Lei do Reino Unido de 1998 da concorrência. De igual modo, a GSK apenas foi punida por abuso de posição dominante à luz capítulo 2 da referida lei porquanto a CMA considerou que a GSK apenas deteve uma posição dominante até final de novembro de 2003¹⁷.

37. Todavia, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões do CAT relativas ao artigo 102.º TFUE, bem como ao artigo 101.º TFUE, relacionadas com os outros aspetos do litígio para além do acordo GUK entre 1 de maio de 2004 e o termo da sua vigência, em 1 de julho de 2004¹⁸. De facto, como refere o órgão jurisdicional de reenvio, os artigos 2.º e 18.º da Lei do Reino Unido de 1998 sobre a Concorrência correspondem aos artigos 101.º e 102.º TFUE e devem, por força do artigo 60.º da referida lei, ser interpretados em conformidade com estes. Ora, é jurisprudência constante que as questões prejudiciais que digam respeito a factos não abrangidos diretamente pelo

14 V. n.º 28, *supra*, das presentes conclusões.

15 Como refere o órgão jurisdicional de reenvio, a partir de 1 de maio de 2004, a CMA estava obrigada pelo artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 001, p. 1) a aplicar simultaneamente as regras de concorrência da União e as regras de concorrência nacionais a um acordo suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros. A CMA concluiu que tal era o caso do acordo GUK nos n.ºs 10.19 a 10.27 da decisão da CMA.

16 V. n.º 18, *supra*, das presentes conclusões.

17 N.ºs 1.17 e 4.127 da decisão da CMA; n.º 377 da sentença do CAT.

18 V., no que respeita a esta data, n.º 15, *supra*, das presentes conclusões.

âmbito de aplicação do direito da União são admissíveis quando as disposições deste direito tenham passado a ser aplicáveis por força da legislação nacional, a qual é conforme, nas soluções dadas a situações em que todos os elementos estão confinados a um só Estado-Membro, às soluções do direito da União¹⁹.

B. Quanto às questões prejudiciais

38. O pano de fundo das questões prejudiciais submetidas pelo CAT ao Tribunal de Justiça no presente processo é constituído pelos três acordos descritos *supra* entre o laboratório de medicamentos originais GSK e os fabricantes de genéricos IVAX, GUK e Alpharma a propósito do medicamento antidepressivo paroxetina.

39. Esses acordos previam, no essencial, para além de pagamentos por parte da GSK em benefício dos fabricantes de genéricos, a entrada desses fabricantes no mercado com uma quantidade limitada de paroxetina genérica fabricada pela GSK, em vez da entrada independente dessas sociedades no mercado com a sua própria paroxetina genérica²⁰. Por conseguinte, implicaram uma certa redução do preço da paroxetina e dos custos suportados pelos consumidores, que, no entanto, não era comparável com a descida dos preços e as poupanças consideráveis geradas pela entrada independente dos genéricos no mercado, que aconteceu realmente a partir de dezembro de 2003²¹.

40. Os acordos em questão foram celebrados numa situação em que, na sequência da caducidade da patente do IFA da paroxetina em 1999, bem como do direito à exclusividade dos dados a ela relativos em 2000, a GSK ainda detinha patentes secundárias relacionadas com este medicamento, entre as quais, nomeadamente, patentes que protegiam determinados processos de fabrico do seu IFA, como a patente do anidro em causa no processo principal²².

41. Em tal situação, os fabricantes de genéricos podem, do ponto de vista do direito das patentes, entrar legalmente no mercado com cópias genéricas do medicamento original de duas formas: com cópias genéricas fabricadas de acordo com os processos de fabrico ainda protegidos por patentes se essas patentes forem declaradas inválidas ou com cópias genéricas fabricadas de acordo com outros processos, caso em que essas cópias não constituem uma contrafação dos processos de fabrico do medicamento original ainda protegidos por patentes.

42. Por outras palavras e pelo contrário, numa situação em que a patente do IFA de um medicamento tenha caducado e em que um laboratório de medicamentos originais já só detenha patentes de processo, a entrada de genéricos do medicamento em questão apenas representa uma contrafação aos direitos de patente desse laboratório se ficar provado que as patentes de processo em causa são simultaneamente válidas e objeto de contrafação por cada um dos potenciais novos operadores.

43. No caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio parte, todavia, da hipótese de que é impossível saber se a entrada da IVAX, da GUK e da Alpharma no mercado com a paroxetina genérica teria violado eventuais direitos que a GSK detinha em virtude da sua patente do anidro controvertida no processo principal, uma vez que não é possível determinar se essa patente era válida e objeto de contrafação pelos produtos genéricos em causa. Tal deve-se, nomeadamente, ao facto de a GSK ter celebrado o acordo com a IVAX mesmo antes do início do processo judicial e ter celebrado os

19 Acórdãos de 18 de outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, n.ºs 36, 37 e 41); de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 20); e de 15 de novembro de 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, n.º 53).

20 V. n.ºs 14, 16 e 19, *supra*, das presentes conclusões. Especificamente sobre o acordo IVAX, v., ainda, n.º 253, *infra*, das presentes conclusões.

21 V. n.ºs 22 e 27, *supra*, das presentes conclusões.

22 V. n.ºs 10 e 11, *supra*, das presentes conclusões.

acordos com a GUK e com a Alparma para resolver amigavelmente os processos judiciais pendentes com essas sociedades. Por conseguinte, não se sabe se a patente do anidro teria sido declarada inválida nesses processos, e nunca se determinou se os produtos genéricos da IVAX, da GUK e da Alparma utilizavam ilicitamente os processos protegidos pela referida patente²³.

44. Esta incerteza quanto à eventual ilegalidade, à luz do direito das patentes, da entrada da IVAX, da GUK e da Alparma no mercado com a paroxetina genérica constitui o *leitmotiv* quer da argumentação das sociedades recorrentes no processo principal quer das questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça quanto à apreciação dos acordos celebrados entre a GSK e esses fabricantes de genéricos do ponto de vista do direito da concorrência.

45. Assim, a GSK e os fabricantes de genéricos alegam, nomeadamente, que, na medida em que é impossível saber se esses fabricantes teriam podido entrar no mercado sem violar os direitos de patente da GSK, também é impossível determinar se existia uma concorrência potencial entre esses operadores, suscetível de ser restringida pelos acordos controvertidos. Nestas condições, é impossível considerar que esses acordos constituíam restrições da concorrência por objetivo e por efeito e que a sua celebração constituía um abuso de posição dominante.

46. Tanto mais que esses acordos asseguraram benefícios claros para os consumidores, ao passo que era totalmente incerto que os benefícios mais significativos gerados por uma entrada independente dos fabricantes de genéricos no mercado pudessem verificar-se, uma vez que era precisamente impossível saber se tal entrada teria podido ocorrer legalmente. Nestas condições, os acordos controvertidos tanto podem ter aumentado a concorrência como podem tê-la restringido, tornando, por isso, impossível qualquer sanção à luz da proibição das restrições da concorrência.

47. Contudo, o CAT considera que, apesar de cada uma das partes ter dúvidas quanto ao desfecho dos litígios em curso, os acordos celebrados não refletem a apreciação de cada parte quanto às respetivas hipóteses de sucesso, mas apenas o entendimento de que os termos dos acordos eram comercialmente mais vantajosos do que os riscos resultantes da continuação dos litígios. A razão para tal era, segundo o CAT, que esses acordos traduziam-se na partilha entre a GSK e os fabricantes de genéricos dos lucros de monopólio da GSK, conservados em virtude da ausência de uma entrada independente dos genéricos no mercado, assegurada pelos próprios termos desses acordos. Neste contexto, o CAT considera que o fornecimento de paroxetina pela GSK aos fabricantes de genéricos a um preço preferencial para ser distribuída por estes é uma transferência de valor não monetário.

48. Assim, o CAT conclui que, através dos acordos em causa, a GSK assegurou, pelo período acordado, a proteção da sua posição no que respeita à patente contra o risco de entrada de concorrentes genéricos, em troca de transferências de valor substanciais que excediam largamente os custos judiciais evitados. Embora tal processo possa revelar-se plenamente racional em termos económicos e comerciais para todas as partes, o CAT duvida da sua admissibilidade em termos de direito da concorrência. Para uma análise a este respeito, o CAT tem dúvidas, todavia, quanto ao peso a atribuir à situação em termos de direito das patentes e quanto à questão de saber se, perante este pano de fundo, é possível equiparar os acordos em causa a simples acordos de exclusão de potenciais concorrentes do mercado ou a acordos de partilha do mercado²⁴.

23 V., nomeadamente, n.ºs 205, 321 e 333 da sentença do CAT. Sem prejuízo da questão de saber em que momento devemos situar-nos para apreciar esta questão, há que referir, a título puramente informativo no plano dos factos, que as reivindicações de processo da patente do anidro foram (após a celebração dos acordos IVAX e GUK) consideradas válidas, pela primeira vez, no processo BASF e (após a celebração dos acordos IVAX, GUK e Alparma), pela segunda vez, no processo Apotex (v. n.ºs 24 e 25, *supra*, e nota 8 das presentes conclusões); contudo, não é possível determinar se a questão da validade dessas reivindicações ficou definitivamente resolvida. Em todo o caso, o órgão jurisdicional de reenvio, competente para apreciar os factos, parte da hipótese de que, à data da celebração dos acordos em causa, não era possível determinar se as reivindicações de patentes controvertidas eram válidas, e em nenhum dos casos é possível determinar se os produtos da IVAX, da GUK e da Alparma teriam sido considerados contrafeitos.

24 V., nomeadamente, n.ºs 162, 242 a 244 e 320 a 326 da sentença do CAT.

1. Quanto ao artigo 101.º TFUE

49. Como foi referido *supra*, devido, nomeadamente, a uma regulamentação interna sobre as restrições verticais aplicável à data dos factos, a CMA apenas sancionou os acordos GUK e Alpharma, mas não o acordo IVAX, à luz da proibição dos acordos anticoncorrenciais. Em contrapartida, o acordo IVAX foi tomado em consideração pela CMA na apreciação do comportamento da GSK no que respeita à proibição do abuso de posição dominante²⁵.

50. Assim, embora o CAT se refira apenas aos acordos GUK e Alpharma nas suas questões sobre restrições da concorrência por objetivo ou por efeito, indica que, para efeitos da análise das questões relacionadas com o abuso de posição dominante, necessita igualmente de determinar se a IVAX era uma potencial concorrente da GSK no período relevante.

51. A este respeito, importa recordar que, no âmbito do processo previsto no artigo 267.º TFUE, o papel do Tribunal de Justiça está limitado à interpretação das disposições do direito da União sobre as quais é questionado, enquanto ao órgão jurisdicional de reenvio compete aplicar essa interpretação ao caso vertente²⁶. Por conseguinte, no caso em apreço, caberá, em última instância, ao CAT determinar concretamente se a IVAX, a GUK e a Alpharma eram potenciais concorrentes da GSK à data dos factos e se os acordos GUK e Alpharma constituíam restrições da concorrência por objetivo ou por efeito.

52. Em contrapartida, a tarefa do Tribunal de Justiça resume-se a apreciar se, nas condições definidas de forma abstrata pelo CAT nas suas questões prejudiciais, um titular de uma patente e fabricantes de genéricos podem ser considerados potenciais concorrentes e se os acordos celebrados entre tais operadores podem ser considerados restrições da concorrência por objetivo ou por efeito. Ora, na definição das condições descritas nas suas questões prejudiciais, o CAT já teve em conta as características dos acordos respetivamente relevantes (ou seja, dos acordos IVAX, GUK e Alpharma para as questões 1 e 2 e dos acordos GUK e Alpharma para as questões 3 a 6).

53. Assim, é apenas por uma questão de clarificação que importa especificar que, nas considerações que se seguem sobre a concorrência potencial, os factos do processo principal referidos abrangem, na medida em que for relevante, os três acordos IVAX, GUK e Alpharma, ao passo que os acordos em causa no processo principal referidos nas considerações seguintes, relativas às restrições da concorrência por objetivo e por efeito, apenas abrangem os acordos GUK e Alpharma.

54. Dito isto, há que examinar primeiro as questões prejudiciais n.ºs 1 e 2, relativas ao conceito de concorrência potencial (a), e só depois analisar as questões prejudiciais n.ºs 3 a 5 (b), por um lado, e 6 (c), por outro, que se referem, respetivamente, aos conceitos de restrição da concorrência por objetivo e por efeito.

a) Quanto ao conceito de concorrência potencial (questões prejudiciais n.ºs 1 e 2)

55. Com as suas questões prejudiciais 1 e 2, que devem ser examinadas conjuntamente, o CAT pergunta ao Tribunal de Justiça se há que considerar que o titular de uma patente de um produto farmacêutico e um fabricante de genéricos que pretende introduzir no mercado uma versão genérica do referido produto são potenciais concorrentes quando as partes estejam de boa-fé num litígio sobre a validade da patente ou sobre o carácter contrafeito do produto genérico.

25 V. n.ºs 28 e 29, *supra*, das presentes conclusões.

26 V., Acórdãos de 1 de julho de 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 30), e de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 29).

56. Além disso, o CAT pretende saber se a existência de um processo judicial pendente entre as partes respeitante a esse litígio, a obtenção pelo titular da patente de uma providência cautelar que impede o fabricante de genéricos de lançar o seu produto até à prolação da sentença no referido processo ou ainda o facto de o titular da patente considerar o fabricante de genéricos um potencial concorrente podem influenciar a resposta a essa questão.

57. Para responder a essas questões importa, antes de mais, recordar que, como o Tribunal Geral concluiu precisamente em várias ocasiões, decorre das condições previstas no artigo 101.º, n.º 1, TFUE relativas às repercussões de um acordo na concorrência que esta disposição é apenas aplicável aos setores abertos à concorrência²⁷. Por conseguinte, a qualificação de um acordo entre empresas como tendo como objetivo ou como efeito restringir a concorrência pressupõe a existência de concorrência passível de ser restringida.

58. Assim, se a análise do contexto económico e jurídico em que um acordo se insere revelar que as empresas em causa não podem ser consideradas concorrentes, tal acordo também não pode ser qualificado como restritivo da concorrência pelo seu objetivo ou pelos seus efeitos. Ora, a análise das condições de concorrência que existem num determinado mercado assenta não só na concorrência atual entre as empresas já presentes no mercado relevante, mas também na concorrência potencial entre essas empresas e empresas que ainda não estejam aí presentes²⁸.

59. Para apreciar se uma empresa que é parte num acordo constitui um potencial concorrente num determinado mercado, importa verificar se não existem barreiras intransponíveis à entrada nesse mercado²⁹ e se, na falta de execução do acordo em causa, teriam existido possibilidades reais e concretas de a empresa em questão entrar nesse mercado e concorrer com as empresas que aí estão estabelecidas³⁰. Neste contexto, o elemento essencial no qual deve assentar a qualificação como potencial concorrente é constituído pela capacidade de uma empresa para integrar um determinado mercado, mas a sua intenção de o integrar pode ser igualmente relevante³¹.

60. Além disso, o Tribunal de Justiça já reconheceu que a celebração por empresas de um acordo destinado a manter uma delas fora de um determinado mercado constitui um forte indício da existência de uma relação de concorrência entre elas³². Na mesma ordem de ideias, a perceção do operador estabelecido no mercado é um elemento relevante a este respeito, uma vez que já foi reconhecido que, independentemente da intenção de uma empresa externa a um mercado de integrar

27 V. Acórdãos do Tribunal Geral de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 84), e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 98).

28 Acórdãos do Tribunal Geral de 15 de setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão (T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, EU:T:1998:198, n.º 137); de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 68); de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 85); e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 99).

29 Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.ºs 31, 32 e 34); v., igualmente, Acórdãos do Tribunal Geral de 28 de junho de 2016, Portugal Telecom/Comissão (T-208/13, EU:T:2016:368, n.º 181), e Telefónica/Comissão (T-216/13, EU:T:2016:369, n.º 221).

30 V., nesse sentido, Acórdão de 28 de fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, n.º 21); quanto às condições para a qualificação de uma empresa como concorrente potencial pela Comissão, v., Acórdãos do Tribunal Geral de 15 de setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão (T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, EU:T:1998:198, n.º 137); de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181, n.ºs 68, 166 e 167); de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.ºs 85 e 86); e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.ºs 99 e 100); v., igualmente, n.º 10 das Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (JO 2011, C 11, p. 1).

31 V., nesse sentido, Acórdãos do Tribunal Geral de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 168); de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 87); e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 101).

32 Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.ºs 33 e 34); v., igualmente, Acórdãos do Tribunal Geral de 28 de junho de 2016, Portugal Telecom/Comissão (T-208/13, EU:T:2016:368, n.º 180); e Telefónica/Comissão (T-216/13, EU:T:2016:369, n.ºs 218 e 227); e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 144).

a curto prazo o referido mercado, tal empresa pode, pelo simples facto de existir, estar na origem de uma pressão concorrencial sobre as empresas que operam nesse mercado, pressão essa que é constituída pelo risco da entrada de um novo concorrente em caso de evolução da atratividade do mercado³³.

61. Como explica o CAT, no caso em apreço, as suas questões prejudiciais 1 e 2 baseiam-se no entendimento de que, se as pretensões da GSK nos litígios que a opunham à GUK e à Alpharma tivessem sido consideradas procedentes, ou seja, se as reivindicações remanescentes da patente do anidro tivessem sido declaradas válidas e violadas pelos produtos da GUK e da Alpharma, a entrada no mercado desses fabricantes de genéricos teria constituído uma violação dos direitos de patente da GSK. Ora, na medida em que esses litígios acabaram por não dar origem a sentenças, uma vez que os acordos entre as partes se destinavam justamente a pôr termo aos processos judiciais pendentes a esse respeito³⁴, é impossível saber se a entrada dos genéricos no mercado teria ou não violado os direitos de patente da GSK.

62. Nestas condições, as recorrentes no processo principal, e nomeadamente a GSK, alegam que é impossível concluir pela existência de concorrência potencial entre esta e os fabricantes de genéricos no mercado da paroxetina. De facto, a existência de patentes válidas e violadas constitui uma barreira intransponível à entrada do mercado de um medicamento original protegido por essas patentes, pelo que, existindo tais patentes, os fabricantes de genéricos não dispõem de possibilidades reais e concretas de entrar nesse mercado.

63. Daqui resulta que, numa situação como a que está em causa no processo principal, em que a patente do IFA de um medicamento caducou mas este permanece ainda protegido por patentes de fabrico³⁵, a questão de saber se um fabricante de genéricos é um potencial concorrente do titular de tal patente diz respeito à probabilidade de esse fabricante de genéricos obter a declaração de invalidade das referidas patentes de fabrico ou encontrar um método de fabrico do IFA do medicamento em causa que não as viole.

64. Ora, no caso em apreço, o CAT concluiu precisamente que era impossível avaliar essa probabilidade e saber se a entrada dos genéricos no mercado teria ou não violado os direitos de patente da GSK. Por conseguinte, é igualmente impossível considerar que a GSK e os fabricantes de genéricos eram potenciais concorrentes, uma vez que é, pura e simplesmente, impossível saber se estes tinham possibilidades reais e concretas de entrar no mercado da paroxetina à data da celebração dos acordos em causa.

65. Contudo, a hipótese na qual esta argumentação assenta, ou seja, a de que só pode existir concorrência potencial entre o titular de uma patente de um medicamento e o fabricante de um genérico desse mesmo medicamento quando haja a certeza ou, pelo menos, uma grande probabilidade de o segundo poder entrar no mercado sem violar os direitos de patente do primeiro, está errada por uma série de razões que serão explicitadas em seguida.

33 Acórdão do Tribunal Geral de 14 de abril de 2011, *Visa Europe e Visa International Service/Comissão* (T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 169); v., igualmente, Acórdãos do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, *Lundbeck/Comissão* (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 144), e de 12 de dezembro de 2018, *Servier e o./Comissão* (T-691/14, EU:T:2018:922, n.ºs 342 e segs.).

34 V. n.ºs 15, 16, 18 e 19, *supra*, das presentes conclusões.

35 V., a este respeito, n.ºs 40 e 41, *supra*, das presentes conclusões.

1) Quanto à incerteza relativa à validade da patente de um medicamento e ao carácter contrafeito das suas versões genéricas como elemento constitutivo das relações de concorrência no setor farmacêutico

66. Antes de mais, como o Tribunal Geral concluiu no processo Lundbeck/Comissão, não se pode exigir, sob pena de negar qualquer distinção entre concorrência real e concorrência potencial, que, para demonstrar a existência de concorrência potencial, se deva demonstrar que um fabricante de genéricos teria certamente entrado no mercado e que tal entrada teria necessariamente sido coroada de êxito; pelo contrário, deve ser suficiente demonstrar que esse fabricante dispunha de possibilidades reais e concretas para o efeito³⁶.

67. Ora, a existência de incerteza quanto à validade das patentes que protegem um medicamento original e quanto ao carácter contrafeito de um genérico desse medicamento não permite demonstrar que o mercado do medicamento original tem barreiras intransponíveis ou que um fabricante de genéricos não dispõe de possibilidades reais e concretas de entrar nesse mercado. Pelo contrário, essa incerteza é uma característica fundamental das relações de concorrência no setor farmacêutico, tal como em todos os setores nos quais existem direitos de exclusividade sobre tecnologias³⁷. Tal é válido quer antes quer, em determinados casos, após a entrada no mercado de genéricos de um medicamento original protegido por patentes, uma vez que, como sublinha a Comissão, para obter uma AIM para um produto genérico, o fabricante do referido produto não está obrigado a demonstrar que não viola eventuais direitos de patente ainda detidos pelo laboratório de medicamentos originais.

68. Assim, é efetivamente verdade que, quando um direito de propriedade intelectual é concedido por uma autoridade pública, presume-se normalmente que é válido e que a sua detenção por uma empresa é considerada legítima³⁸, pelo que se presume que as patentes são válidas até serem expressamente revogadas ou invalidadas por uma autoridade ou por um órgão jurisdicional competente para o efeito. Contudo, esta presunção de validade não pode, como concluiu corretamente o Tribunal Geral nos processos Lundbeck/Comissão e Servier e o./Comissão, equivaler a uma presunção de ilegalidade dos produtos genéricos validamente introduzidos no mercado, que o titular de uma patente considere que violam essa patente³⁹.

69. De facto, como o Tribunal de Justiça esclareceu, é verdade que o objetivo de uma patente consiste em assegurar ao titular, como forma de recompensar o esforço criador do inventor, o direito exclusivo de utilizar uma invenção destinada ao fabrico e ao primeiro lançamento em circulação de produtos, quer diretamente quer mediante a concessão de licenças a terceiros, bem como o direito de se opor a qualquer contrafação⁴⁰. Em contrapartida, o objeto de uma patente não pode ser entendido como garantia de uma proteção igualmente dirigida contra as ações que visem contestar a validade da patente, tendo em conta que é de interesse público eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que possa resultar de uma patente concedida injustificadamente⁴¹. Consequentemente, a existência de patentes que protegem um determinado medicamento não constitui uma barreira jurídica que exclui qualquer concorrência como os direitos exclusivos que, em processos anteriores, se reconheceu que constituíam barreiras dessa natureza⁴².

36 Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 159).

37 V., a este respeito, n.º 29 das Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º TFUE aos acordos de transferência de tecnologia (JO 2014, C 89, p. 3).

38 Acórdão do Tribunal Geral de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão (T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362).

39 Acórdãos do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 121), e de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922, n.º 359).

40 Acórdãos de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper (15/74, EU:C:1974:114, n.º 9), de 18 de fevereiro de 1992, Comissão/Itália (C-235/89, EU:C:1992:73, n.º 17), de 27 de outubro de 1992, Generics e Harris Pharmaceuticals (C-191/90, EU:C:1992:407, n.º 23), e de 5 de dezembro de 1996, Merck e Beecham (C-267/95 e C-268/95, EU:C:1996:468, n.ºs 30 e 31); v., igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 117).

41 Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão (193/83, EU:C:1986:75, n.ºs 89 e 92), e Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 119).

42 V., nomeadamente Acórdão do Tribunal Geral de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 89).

70. É ao contrário, um elemento constitutivo do direito das patentes o facto de que, apesar da presunção de validade destas, só pode existir certeza quanto a essa validade, bem como quanto ao carácter contrafeito de produtos concorrentes, após uma análise dessas questões pelas autoridades e pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes para o efeito.

2) Quanto aos litígios relativos à validade de uma patente ou ao carácter contrafeito de um produto genérico como elementos suscetíveis de demonstrar a existência de concorrência potencial

71. Por conseguinte, é habitual que ações que visem contestar a validade de uma patente ou levar a uma análise dessa validade façam parte dos preparativos para a entrada no mercado do genérico de um medicamento original ainda protegido por direitos de patente. Tais ações podem consistir não apenas na contestação direta desses direitos através de uma ação de nulidade da patente ou de uma ação para reconhecimento de inexistência de contrafação do produto genérico, mais igualmente no lançamento ou na preparação do lançamento dito «de risco» de um genérico no mercado⁴³, passível de dar origem a uma ação por contrafação por parte do titular dos direitos de patente. Tal é, de resto, perfeitamente ilustrado pelos factos que constituem o pano de fundo do litígio no processo principal⁴⁴.

72. Por outro lado, a entrada no mercado de um fabricante de genéricos num contexto de incerteza relativamente à validade de patentes que ainda protejam o medicamento original ou ao carácter contrafeito do produto genérico é ainda mais previsível num contexto como o do processo principal, em que as patentes controvertidas não são patentes de molécula, que protegem o próprio IFA do medicamento original, no caso em apreço, a paroxetina, mas patentes de processo que protegem determinadas formas de fabricar esse IFA. Consequentemente, ao contrário de uma patente de molécula, estas patentes de processo não impedem, independentemente da questão da sua validade, os fabricantes de genéricos de entrar no mercado com paroxetina fabricada de acordo com outros processos⁴⁵.

73. Daqui decorre que a Comissão tem razão quando alega, no âmbito do presente processo, que a existência de um litígio entre o titular de uma patente e um fabricante de genéricos relativo à validade da patente ou ao carácter contrafeito do produto genérico em causa não só não obsta ao reconhecimento da existência de concorrência potencial entre esses dois operadores, como é, pelo contrário, um elemento suscetível de demonstrar a existência de tal concorrência potencial. Esta conclusão é válida, como sublinha corretamente a Comissão, tanto no caso de tal litígio ainda não ter originado um processo judicial como no caso de já estar pendente entre as partes um processo judicial relativo ao litígio em causa.

74. Mais concretamente, a existência de um processo judicial relativo à validade de uma patente ou ao carácter contrafeito de um produto genérico é mesmo suscetível de revelar que um fabricante de genéricos se prepara para entrar no mercado, uma vez que é essa intenção que leva ao processo judicial, por sua iniciativa ou por iniciativa do titular da patente. Além disso, como salienta corretamente o CAT em relação às providências cautelares⁴⁶, é errado considerar que a existência de processos judiciais é passível de excluir a existência de concorrência potencial. De facto, se bastasse que estivesse pendente um processo judicial a propósito de um litígio relativo a patentes para excluir a existência de concorrência potencial entre os operadores partes nesse litígio, estes teriam a possibilidade de influenciar a prova da existência de concorrência potencial entre eles através das suas estratégias contenciosas.

43 O lançamento «de risco» de um medicamento genérico designa o facto de introduzir esse medicamento no mercado apesar de o fabricante do medicamento original alegar que a tal se opõem direitos de patente que ainda protegem esse medicamento.

44 V. n.ºs 15, 18, 24 e 25, *supra*, das presentes conclusões. V., igualmente, a título de ilustração, Acórdão de 12 de setembro de 2019, Bayer Pharma (C-688/17, EU:C:2019:722), bem como Conclusões apresentadas pelo advogado-geral G. Pitruzzella no processo Bayer Pharma (C-688/17, EU:C:2019:324).

45 V. n.ºs 10, 11, 24, 40, 41 e 42, *supra*, das presentes conclusões.

46 V. n.º 140 da sentença do CAT.

75. Neste contexto, a posição das recorrentes no processo principal, e nomeadamente da GSK, de que não se pode concluir pela existência de uma relação de concorrência potencial entre o titular de uma patente de um medicamento e um fabricante que pretenda introduzir no mercado um genérico desse medicamento enquanto houver incerteza quanto à validade da patente em causa ou ao caráter contrafeito do produto genérico, não pode ser acolhida. De facto, esta posição não só está em contradição com a jurisprudência do Tribunal de Justiça referida *supra*, relativa ao âmbito dos direitos de exclusividade conferidos por uma patente⁴⁷, como a sua adoção implicaria, além disso, excluir a existência de qualquer concorrência potencial e, consequentemente, qualquer aplicação do direito da concorrência durante a fase preparatória da entrada no mercado de medicamentos genéricos.

76. Ora, como salientou corretamente a Comissão no âmbito do presente processo prejudicial, a concorrência potencial necessita precisamente de ser protegida porquanto, se fosse permitido cessar ou retardar os preparativos de potenciais novos operadores no mercado através de acordos de exclusão, essa concorrência potencial nunca se poderia concretizar através da entrada no mercado de tais operadores. Tal é especialmente evidente no setor farmacêutico, onde a entrada requer preparativos demorados e dispendiosos⁴⁸. Por conseguinte, como concluiu o Tribunal de Justiça, pode existir concorrência potencial entre empresas detentoras de patentes de medicamentos originais e fabricantes de genéricos desses mesmos medicamentos muito antes da caducidade da patente que protege a molécula do medicamento original⁴⁹.

77. Assim, a probabilidade de o fabricante de genéricos obter ganho de causa num litígio com o titular de uma patente de um medicamento original não pode constituir o critério determinante na análise da relação concorrencial entre esses operadores. Tal é confirmado pelo facto, salientado corretamente pelo CAT, de que não compete à autoridade da concorrência ou ao órgão jurisdicional que analisa essa relação levar a cabo um «mini-processo» de propriedade intelectual para apreciar a força da patente em causa.

3) Quanto ao âmbito da apreciação dos direitos de propriedade intelectual em causa pela autoridade da concorrência

78. A este respeito, importa recordar o raciocínio do Tribunal de Justiça no seu recente acórdão proferido no processo Hoffmann-La Roche⁵⁰, que dizia respeito à relevância, para efeitos da aplicação do artigo 101.º TFUE, da regularidade da introdução no mercado de um determinado medicamento do ponto de vista da regulamentação farmacêutica da União.

79. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça concluiu que a verificação da conformidade da prescrição e da comercialização de um medicamento com a referida regulamentação farmacêutica não incumbe às autoridades da concorrência, mas apenas pode ser efetuada de maneira exaustiva pelas autoridades com competência para fiscalizar o respeito por essa regulamentação ou pelos órgãos jurisdicionais nacionais⁵¹. Ora, se tais autoridades ou órgãos jurisdicionais ainda não se tiverem pronunciado a esse respeito, o estado de incerteza que rodeia a licitude das condições de comercialização e de prescrição

47 V. n.º 69, *supra*, das presentes conclusões.

48 V., igualmente, quanto a esta questão, Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 171).

49 V., nesse sentido, Acórdão de 6 de dezembro de 2012, AstraZeneca/Comissão (C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 108); v., igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 163).

50 Acórdão de 23 de janeiro de 2018, F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2018:25, n.ºs 48 e segs.); v., igualmente, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2017:714, n.ºs 82 e segs.).

51 Acórdão de 23 de janeiro de 2018, F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2018:25, n.º 60); v., igualmente, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2017:714, n.º 88).

do medicamento em causa não se opõe a que uma autoridade da concorrência, para efeitos da aplicação do artigo 101.º TFUE, conclua que esse medicamento é abrangido por um determinado mercado e, conseqüentemente, está numa relação de concorrência com o ou os outros medicamentos existentes no mercado⁵².

80. De igual modo, no seu Acórdão proferido no processo Slovenská sporiteľňa⁵³, invocado pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe nas Conclusões que apresentou no processo Hoffmann-La Roche referido *supra*⁵⁴, o Tribunal de Justiça declarou, no essencial, que a pretensa ilegalidade da existência de certos produtos ou serviços num determinado mercado não implica que não exista uma relação de concorrência, passível de ser restringida, entre esses produtos e os outros produtos existentes nesse mercado.

81. Estes raciocínios podem ser transpostos, *mutatis mutandis*, para a presente questão da relevância, para efeitos da aplicação do artigo 101.º TFUE, da regularidade da introdução no mercado de um medicamento genérico do ponto de vista do direito das patentes.

82. De facto, também aqui a verificação da conformidade com o direito das patentes da introdução no mercado de tal medicamento genérico não incumbe às autoridades da concorrência, mas apenas pode ser efetuada de maneira exaustiva pelas autoridades ou pelos órgãos jurisdicionais nacionais competentes em matéria de direito das patentes⁵⁵. Por conseguinte, se tais autoridades ou órgãos jurisdicionais ainda não se tiverem pronunciado a esse respeito, o estado de incerteza que rodeia a licitude da introdução no mercado de um medicamento genérico à luz do direito das patentes não se opõe a que uma autoridade da concorrência, para efeitos da aplicação do artigo 101.º TFUE, conclua que esse medicamento está numa relação de concorrência com o medicamento original protegido pela patente cuja violação é alegada.

83. É verdade que tal não significa que a autoridade da concorrência em causa deva ignorar qualquer questão relativa ao direito das patentes suscetível de influenciar a conclusão pela existência de tal relação de concorrência⁵⁶. De facto, eventuais direitos de patente que protejam um medicamento original fazem incontestavelmente parte do contexto económico e jurídico que caracteriza as relações de concorrência entre os titulares de tais direitos e os fabricantes de medicamentos genéricos. Contudo, a apreciação de tais direitos de patente pela autoridade da concorrência não deve consistir numa análise da força da patente ou da probabilidade de um litígio entre o seu titular e um fabricante de genéricos poder saldar-se com a conclusão de que a patente é válida e objeto de contrafação. Essa apreciação deve antes incidir sobre a questão de saber se, apesar da existência dos direitos de patente em causa, o fabricante de genéricos dispõe de possibilidades reais e concretas de entrar no mercado na data relevante.

84. A este respeito, há que ter em conta, nomeadamente, os elementos gerais específicos do direito das patentes e do setor farmacêutico que acabam de ser referidos, designadamente o facto de a incerteza quanto à validade de patentes que abrangem medicamentos ser uma característica fundamental do setor farmacêutico; de a presunção de validade de uma patente de um medicamento não equivaler à presunção de ilegalidade de um genérico desse medicamento validamente introduzido no mercado; de uma patente não assegurar a proteção contra ações que visem contestar a sua validade; de tais ações, e,

52 V., nesse sentido, Acórdão de 23 de janeiro de 2018, F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2018:25, n.º 64); v., igualmente, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2017:714, n.ºs 85 a 87 e 90).

53 Acórdão de 7 de fevereiro de 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, n.ºs 14 e 19 a 21).

54 Conclusões apresentadas pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2017:714, n.º 89 e nota 47).

55 V., nesse sentido, igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922, n.º 244).

56 V., nesse sentido, igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922, n.º 244).

nomeadamente, o lançamento dito «de risco» de um genérico, bem como processos judiciais nessa matéria, decorrerem, por isso, frequentemente na fase anterior ou imediatamente posterior à entrada no mercado de tal medicamento genérico; de não ser necessário, para obter uma autorização de introdução no mercado de um medicamento genérico, demonstrar que esta introdução no mercado não viola eventuais direitos de patente do medicamento original; e de, no setor farmacêutico, poder existir concorrência potencial muito antes da caducidade da patente que protege a molécula de um medicamento original, uma vez que os fabricantes de genéricos querem estar preparados para entrar no mercado na data em que essa patente caducar.

85. Para além deste contexto geral, importa ter em conta os elementos específicos de cada caso concreto, como, no presente processo, o facto, já salientado⁵⁷, de as patentes controvertidas não serem patentes de molécula, mas patentes de processo que protegem determinadas formas de fabricar o IFA da paroxetina. Por conseguinte, essas patentes de processo não impedem, independentemente da questão da sua validade, os fabricantes de genéricos de introduzir no mercado paroxetina fabricada segundo outros processos⁵⁸.

86. Além disso, como a jurisprudência reconheceu⁵⁹, a perceção do titular da patente da pressão concorrencial exercida pelos fabricantes de genéricos, assim como a perceção destes das suas possibilidades de entrar com sucesso no mercado e as suas intenções a esse respeito, são igualmente elementos relevantes para apreciar a existência de concorrência potencial entre esses operadores.

87. Assim, pode ter-se em conta o facto de o titular da patente considerar que um fabricante de genéricos é um potencial concorrente, o que se pode manifestar, nomeadamente, na disposição do primeiro a efetuar uma transferência de valor a favor do segundo se se concluir, além do mais, que a (única) contrapartida dessa transferência de valor consiste na abstenção do fabricante de genéricos de entrar no mercado⁶⁰.

88. De igual modo, pode ter-se em conta, como fez o CAT na sua sentença⁶¹ e no seu pedido prejudicial, o andamento dos preparativos dos fabricantes de genéricos para a sua entrada no mercado em termos, nomeadamente, de investimentos, de constituição de *stocks* do fármaco em questão ou ainda de diligências comerciais. De resto, como explicou corretamente a CMA, nomeadamente na audiência no presente processo, são esses elementos, mais do que um «mini-processo» de propriedade intelectual, que podem informar a autoridade da concorrência sobre a perceção dos operadores envolvidos da força da patente ou do carácter contrafeito dos produtos genéricos em causa.

4) Quanto à existência de providências cautelares ou de compromissos judiciais provisórios

89. Por último, a existência de providências cautelares ou de compromissos judiciais como os que se verificaram no caso em apreço, que impedem temporariamente os fabricantes de genéricos de entrar no mercado enquanto aguardam pela resolução de processos judiciais relativos à validade da patente ou ao carácter contrafeito do produto genérico⁶², não permite infirmar a existência de concorrência potencial entre o titular de uma patente de um medicamento e um fabricante de genéricos que pretende introduzir no mercado uma versão genérica do referido medicamento.

57 V. n.º 72, *supra*, das presentes conclusões.

58 V. n.ºs 10, 11, 24, 40, 41 e 42, *supra*, das presentes conclusões.

59 V. n.ºs 59 e 60, *supra*, das presentes conclusões.

60 V., nesse sentido, Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.ºs 33 e 34).

61 V. n.ºs 96 e segs. da sentença do CAT.

62 V. n.ºs 15 e 18, *supra*, das presentes conclusões.

90. Assim, é efetivamente verdade que, como reconheceu a jurisprudência, para concluir pela existência de concorrência potencial importa que a entrada potencial de um operador externo no mercado possa ocorrer num prazo suficientemente curto para pressionar os operadores presentes no mercado⁶³. Contudo, tal não significa que essa entrada deva poder realizar-se de imediato; é suficiente que possa ocorrer num prazo razoável⁶⁴.

91. Ora, tanto a providência cautelar como o compromisso judicial de não entrar no mercado em questão no processo principal deviam durar apenas alguns meses até à conclusão dos respetivos litígios. Por conseguinte, ainda que a GUK e a Alpharma estivessem temporariamente impedidas de introduzir no mercado a paroxetina genérica enquanto essas medidas estivessem em vigor, esta situação de facto não permite demonstrar que já não existia concorrência potencial entre esses fabricantes de genéricos e a GSK.

92. Tal é tanto mais verdade quanto a existência de tais medidas provisórias, ainda que reflitam uma primeira apreciação do juiz competente quanto à validade da patente ou ao carácter contrafeito do produto genérico, não permite ainda saber qual o sentido da decisão definitiva no litígio pendente sobre esta matéria. Ora, como já foi salientado⁶⁵, a própria existência de processos judiciais relativos à validade de uma patente ou ao carácter contrafeito de um produto genérico faz parte, no setor farmacêutico, dos preparativos para a entrada no mercado de tal produto e demonstra, assim, a existência de concorrência potencial entre os operadores envolvidos. De igual modo, os «*cross-undertakings in damages*» como os oferecidos pela GSK à GUK e à Alpharma, ou seja, o compromisso de a GSK indemnizar esses operadores se posteriormente se verificasse que as providências cautelares os impediram indevidamente de entrar no mercado, pressupõem a existência de uma relação de concorrência potencial. Por último, como já foi igualmente observado⁶⁶, a existência de processos judiciais e de providências cautelares depende de opções dos operadores envolvidos e não pode, por isso, ser equiparada à existência de barreiras objetivas, de ordem factual ou jurídica, que impedem a entrada num determinado mercado independentemente da vontade dos operadores económicos em causa⁶⁷.

93. Por último, como salientou, no essencial, o CAT na sua sentença⁶⁸, admitindo que seja demonstrado o carácter restritivo da concorrência dos acordos celebrados entre a GSK e os fabricantes de genéricos, e, por conseguinte, sem prejuízo da confirmação desse carácter restritivo, a celebração desses acordos mesmo durante o período em que estavam em vigor as medidas provisórias em causa⁶⁹ é um forte indício no sentido de demonstrar que essas medidas não eliminaram a concorrência potencial entre esses operadores⁷⁰.

63 V. Acórdãos do Tribunal Geral de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 171 e 189), e de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922, n.º 386); V., igualmente, nota 9 das Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal (JO 2001, C 3, p. 2), n.º 10, e nota 6 das Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º TFUE aos acordos de cooperação horizontal (JO 2011, C 11, p. 1), bem como n.º 34 das Orientações da Comissão sobre a aplicação do artigo 101.º TFUE aos acordos de transferência de tecnologia (JO 2014, C 89, p. 3).

64 V., Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão (T-472/13, EU:T:2016:449, n.º 163).

65 V. n.º 71 a 74, *supra*, das presentes conclusões.

66 V. n.º 74, *supra*, das presentes conclusões.

67 V., no que respeita ao reconhecimento de tais barreiras, por exemplo, Acórdão do Tribunal Geral de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 89 e 94 a 103).

68 V. n.º 143 da sentença do CAT.

69 V. n.º 15, 16, 18 e 19, *supra*, das presentes conclusões.

70 V., nesse sentido, Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.º 33 e 34).

5) Conclusão

94. Decorre das considerações que antecedem que a incerteza quanto à validade da patente de um medicamento ou quanto ao carácter contrafeito de um genérico desse medicamento não impede que se considere que o titular da patente e o fabricante do genérico são potenciais concorrentes. A existência de um litígio de boa-fé sobre a validade de uma patente ou o carácter contrafeito de um produto genérico, tenha ou não já dado origem a um processo judicial e a providências cautelares ou compromissos judiciais provisórios, é, pelo contrário, um elemento suscetível de demonstrar que existe concorrência potencial entre o titular da patente e o fabricante de genéricos. De igual modo, a percepção do titular da patente e o facto de este considerar que o fabricante de genéricos é um potencial concorrente são elementos suscetíveis de demonstrar a existência de concorrência potencial entre estes dois operadores.

b) Quanto ao conceito de restrição da concorrência por objetivo (questões prejudiciais n.ºs 3 a 5)

95. O CAT submete ao Tribunal de Justiça três questões sobre o conceito de restrição da concorrência por objetivo. É conveniente analisar, antes de mais, as questões n.ºs 3 e 4, que dizem respeito às condições em que acordos como os que estão em causa no caso em apreço podem constituir restrições da concorrência por objetivo. Em seguida, importa abordar a questão n.º 5, que diz respeito à questão de saber se tal acordo pode constituir uma restrição da concorrência apesar de conferir determinados benefícios limitados aos consumidores.

1) Quanto às questões prejudiciais n.ºs 3 e 4

96. Com as suas questões n.ºs 3 e 4, que podem ser examinadas conjuntamente, o CAT questiona o Tribunal de Justiça sobre as condições em que um acordo amigável, celebrado para pôr termo a um processo judicial pendente relativo à validade da patente de um medicamento e ao carácter contrafeito de um genérico desse medicamento, é suscetível de constituir uma restrição da concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º TFUE, numa situação em que seja impossível determinar qual a parte que poderia obter ganho de causa nesse processo.

97. O CAT pergunta, nomeadamente, se tal acordo constitui uma restrição da concorrência por objetivo quando o fabricante de genéricos se comprometa a não introduzir no mercado o seu produto e a não continuar a contestar a patente durante o prazo de vigência do acordo, que não vai além do prazo de validade remanescente da patente, e quando o titular da patente se comprometa a transferir para o fabricante de genéricos quantias que excedem claramente os custos judiciais evitados e que não constituem o pagamento de bens ou serviços fornecidos.

98. Além disso, o CAT pretende saber se a resposta a esta questão pode variar quando o âmbito da restrição imposta ao fabricante de genéricos não ultrapasse o da patente controvertida ou quando a quantia transferida para esse fabricante seja inferior ao lucro por este esperado em caso de sucesso no processo relativo à patente e de entrada independente no mercado.

99. Para responder a estas questões, importa começar por recordar que o artigo 101.º TFUE proíbe todos os acordos entre empresas que tenham como objetivo ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno e que o objetivo e o efeito anticoncorrenciais não são condições cumulativas, mas sim alternativas, para apreciar se um acordo é abrangido pela proibição prevista nesta disposição⁷¹.

⁷¹ Acórdãos de 30 de junho de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, Colet., p. 359), de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 28), e de 16 de julho de 2015, ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:484, n.ºs 29 e 30); v., igualmente, as minhas Conclusões apresentadas no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 42).

100. Por outras palavras, os acordos são proibidos, independentemente do seu efeito, se o seu objetivo for contrário à concorrência⁷². A razão para tal é que determinadas formas de prática concertada, como, por exemplo, a fixação horizontal dos preços por cartéis, podem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência, e revelam um grau suficiente de nocividade para a concorrência para que se possa considerar que não há que examinar os seus efeitos⁷³.

101. Para determinar se um acordo tem tal objetivo anticoncorrencial, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. No âmbito da apreciação do referido contexto, há que tomar igualmente em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa. Além disso, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um acordo entre empresas, nada impede que as autoridades da concorrência ou os órgãos jurisdicionais nacionais e da União a tenham em conta⁷⁴.

102. Na medida em que o conceito de restrição da concorrência «por objetivo» deve, no entanto, ser interpretado de forma restritiva, um acordo deve, para poder ser considerado constitutivo de tal restrição, revelar de forma manifesta um grau suficiente de nocividade para a concorrência⁷⁵.

103. Na hipótese de a análise de um tipo de prática concertada entre empresas não apresentar um grau suficiente de nocividade para a concorrência, há que analisar, em contrapartida, os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objeto da proibição, exigir que estejam reunidos os elementos que determinam que a concorrência foi, de facto, impedida, restringida ou falseada de forma sensível⁷⁶.

104. No caso em apreço, a Comissão e a CMA consideram que os acordos GUK e Alpharma constituem, à semelhança dos que estavam em causa no processo que deu origem ao Acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers⁷⁷, acordos de exclusão do mercado. Assim, por força desses acordos, a GSK efetuou pagamentos avultados em benefício dos fabricantes de genéricos, que apenas tiveram como contrapartida o compromisso por parte destes de não entrarem de forma independente no mercado com a sua própria paroxetina genérica durante o período acordado. Por conseguinte, os acordos em causa tiveram claramente um objetivo anticoncorrencial e, portanto, constituíram restrições da concorrência por objetivo.

105. A GSK e os fabricantes de genéricos alegam, pelo contrário, quer perante o CAT quer perante o Tribunal de Justiça, que não se pode, em caso algum, considerar que os acordos GUK e Alpharma revelam de forma manifesta, como exige a jurisprudência⁷⁸, um grau suficiente de nocividade para a concorrência para constituírem restrições da concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º TFUE. Esses acordos consistiram antes em montagens complexas que refletiam um compromisso no contexto específico de uma resolução amigável relativa a patentes, as quais não se assemelham a simples acordos de exclusão do mercado.

72 V., quanto a esta questão, Conclusões que apresentei no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 42 e jurisprudência referida).

73 V. Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 49 a 51 e jurisprudência referida).

74 V. Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 53 e 54 e jurisprudência referida); v., igualmente, Conclusões que apresentei no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.ºs 38 e segs. e jurisprudência referida), bem como Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 40 e segs. e jurisprudência referida).

75 V. Acórdão de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, n.ºs 18 a 23); v., igualmente, nesse sentido, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Bobek no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.ºs 40 e segs.).

76 V. Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 52 e jurisprudência referida).

77 Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643).

78 V. n.º 102, *supra*, das presentes conclusões.

106. Como foi observado *supra*⁷⁹, segundo o CAT, ao qual compete, como também foi referido, apreciar os factos da causa no âmbito do presente processo prejudicial⁸⁰, os acordos GUK e Alpharma⁸¹ visavam garantir à GSK, durante os períodos acordados, uma proteção contra o risco de entrada no mercado desses concorrentes genéricos, em troca de transferências substanciais de valor que ultrapassavam largamente os custos judiciais evitados. O CAT pergunta, todavia, se, perante o pano de fundo em matéria de patentes relevante no presente processo, tais características permitem qualificar esses acordos como restritivos da concorrência por objetivo.

107. Por conseguinte, importa analisar, em seguida, os argumentos apresentados pela GSK e pelos fabricantes de genéricos que suscitaram esta questão do órgão jurisdicional de reenvio, para determinar se esses argumentos permitem demonstrar que os acordos em causa no processo principal não revelam de forma bastante manifesta um grau suficiente de nocividade para a concorrência para serem abrangidos pela qualificação de restrições da concorrência por objetivo.

i) Quanto ao «potencial restritivo» de um acordo que impõe uma restrição que não excede o âmbito e o prazo de validade remanescente de uma patente

108. Com uma primeira série de argumentos, a GSK e os fabricantes de genéricos alegam que, na medida em que o âmbito e a duração das restrições impostas pelos acordos não ultrapassaram o âmbito e o prazo de validade remanescente da patente em causa, esses acordos não tiveram um potencial de restrição da concorrência mais significativo do que o âmbito legal da referida patente. Assim, as restrições impostas pelos acordos representaram simplesmente o exercício do direito do titular dessa patente, ou seja, a GSK, de prevenir violações dos seus direitos de patente, pretensamente válidos, impedindo produtos contrafeitos de entrar no mercado. De igual modo, a GUK e a Alpharma comprometeram-se, por força dos acordos, a nada mais do que respeitar os direitos de patente, pretensamente válidos, da GSK.

109. Contudo, é errado considerar que, admitindo que as restrições impostas não ultrapassam o âmbito e o prazo de validade remanescente de uma patente⁸², a celebração de um acordo através do qual o titular de tal patente remunera um concorrente para que este não entre no mercado corresponde ao exercício do direito do titular de se opor a qualquer contrafação, bem como ao compromisso dos seus concorrentes de respeitar os seus direitos de patente pretensamente válidos⁸³.

79 V. n.ºs 47 e 48, *supra*, das presentes conclusões.

80 V. n.ºs 51 e 52, *supra*, das presentes conclusões.

81 V., quanto a estes acordos, respetivamente, n.ºs 15 e segs. e n.ºs 18 e segs., *supra*, das presentes conclusões.

82 Embora, no caso em apreço, decorra dos autos que a duração prevista dos acordos (n.ºs 15 e 18, *supra*) não ultrapassava, de facto, o prazo de validade remanescente da patente em causa (n.º 11, *supra*) afigura-se menos claro que o âmbito das restrições impostas pelos acordos não ultrapassasse realmente o da patente controvertida: assim, como refere o CAT, no essencial, no n.º 245 da sua sentença, o âmbito da patente apenas protege contra os produtos contrafeitos, sendo que, no caso em apreço, está, precisamente, por apurar se os produtos dos fabricantes de genéricos violavam a patente do anidro da GSK; além disso, não resulta claro da leitura dos termos dos acordos que estes apenas proibiam a comercialização da paroxetina fabricada através dos processos ainda protegidos por essa patente, antes parecendo que esses acordos proibiam simplesmente qualquer comercialização de paroxetina (que não a fabricada pela GSK) (v. n.ºs 16 e 19, *supra*). Contudo, é possível (sem prejuízo das conclusões do órgão jurisdicional de reenvio nesse sentido) que decorra do contexto e da duração dos acordos que estes apenas diziam respeito à paroxetina fabricada de acordo com os processos controvertidos com a qual a GUK e a Alpharma se preparavam para entrar no mercado (nomeadamente, porque a duração dos acordos não permitiu a esses fabricantes encontrar outro processo de fabrico do IPA em causa ou outro fornecedor que fabricasse esse IPA com um processo diferente dos que eles utilizavam).

83 V., nesse sentido, Acórdãos de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, EU:C:1966:41, Colet., p. 500), e de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão (193/83, EU:C:1986:75, n.º 46).

110. Antes de mais, contrariamente ao que alega, nomeadamente, a Alpharma, não decorre da jurisprudência invocada por esta que o Tribunal de Justiça rejeitou, de forma geral, a ideia de que os acordos podem restringir a concorrência quando permaneçam no domínio da propriedade intelectual⁸⁴.

111. Pelo contrário, decorre da jurisprudência que, embora um direito de propriedade industrial ou comercial, enquanto regime jurídico, não possua os elementos contratuais ou de concertação a que se refere o artigo 101.º TFUE, o seu exercício pode ser abrangido pelas proibições deste se se afigurar como o objetivo, o meio ou a consequência de uma prática colusória⁸⁵. Por outras palavras, trata-se, como o Tribunal Geral resumiu no processo Servier e o./Comissão, de punir a utilização abusiva dos direitos de propriedade intelectual e não o seu exercício legítimo⁸⁶.

112. Por outro lado, tal está em consonância com os objetivos do direito internacional e da União em matéria de propriedade intelectual, que pretende conciliar a proteção dos interesses dos titulares de direitos de propriedade intelectual, por um lado, e a preservação do comércio legítimo contra todos os obstáculos injustificados, por outro⁸⁷. Assim, a Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual⁸⁸, esclarece, nomeadamente, que a diretiva não afeta a aplicação das regras de concorrência e que as medidas nela previstas não deverão ser utilizadas para restringir indevidamente a concorrência de forma contrária ao Tratado⁸⁹.

113. A este respeito, embora, de acordo com a jurisprudência referida *supra*⁹⁰, o objetivo de uma patente consista efetivamente em assegurar ao titular o direito de se opor a qualquer contrafação, este objetivo não pode ser interpretado no sentido de que garante igualmente uma proteção contra as ações que visem contestar a validade da patente. O contrário iria, de facto, contra o interesse público na eliminação de qualquer obstáculo à atividade económica que possa resultar de uma patente concedida injustificadamente. De igual modo, como reconheceu corretamente o Tribunal Geral, a presunção de validade de uma patente não pode equivaler a uma presunção de ilegalidade dos produtos genéricos validamente introduzidos no mercado, que, segundo o titular de uma patente, violam esta mesma patente⁹¹.

84 Assim, nos Acórdãos de 6 de outubro de 1982, Coditel e o. (262/81, EU:C:1982:334, n.º 15), e de 4 de outubro de 2011, Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.º 137), o Tribunal de Justiça apenas afirmou que, em matéria de contratos de licença de direitos de propriedade intelectual, o simples facto de o titular dos direitos ter concedido a um só concessionário o direito exclusivo de radiodifundir um objeto protegido a partir de um Estado-Membro e, portanto, de ter proibido a sua difusão por terceiros, durante um período determinado, não chega para se concluir que esse acordo tem um objetivo anticoncorrencial. De igual modo, no Acórdão de 19 de abril de 1988, Erauw-Jacquery (27/87, EU:C:1988:183, n.º 10), o Tribunal de Justiça limitou-se a referir que, em matéria de direitos de obtenção vegetal, um operador que tenha desenvolvido variedades de sementes de base que possam ser objeto de tais direitos deve ter a possibilidade de se proteger contra qualquer manipulação defeituosa dessas variedades de sementes proibindo, nomeadamente, a um titular da licença a venda e a exportação das sementes de base, de modo que uma cláusula que vise esse efeito não está sujeita à proibição dos acordos anticoncorrenciais. Por último, no Acórdão de 30 de janeiro de 1985, BAT Cigaretten-Fabriken/Comissão (35/83, EU:C:1985:32, n.º 33), o Tribunal de Justiça apenas afirmou que, embora reconheça a legalidade e a utilidade dos acordos destinados a delimitar os respetivos âmbitos de utilização de diferentes marcas, estes acordos estão, contudo, sujeitos à aplicação do artigo [101.º TFUE] se visarem igualmente a partilha de mercados ou quaisquer outras restrições da concorrência.

85 Acórdãos de 18 de fevereiro de 1971, Sirena (40/70, EU:C:1971:18, n.º 9), e de 8 de junho de 1982, Nungesser e Eisele/Comissão (258/78, EU:C:1982:211, n.º 28).

86 Acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922, n.º 241).

87 V., quanto a estes objetivos, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral G. Pitruzzella no processo Bayer Pharma (C-688/17, EU:C:2019:324, n.ºs 31 e 55).

88 JO 2004, L 157, p. 45.

89 V. considerando 21 da Diretiva 2004/48; v., igualmente, quanto a esta questão, Acórdão do Tribunal de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão (T-691/14, EU:T:2018:922, n.º 240).

90 V. n.º 69, *supra*, das presentes conclusões.

91 V. n.º 68, *supra*, das presentes conclusões.

114. Ora, a celebração de um acordo nos termos do qual um concorrente do titular de uma patente se compromete a não entrar no mercado e a abster-se de contestar a patente em troca do pagamento de uma quantia avultada, sem outra contrapartida para além do referido compromisso, tem precisamente como consequências garantir ao titular da patente uma proteção contra as ações que visam contestar a sua validade e consagrar uma presunção de ilegalidade dos produtos suscetíveis de ser introduzidos no mercado pelo seu concorrente. Por conseguinte, não se pode alegar que a celebração de tal acordo está abrangida pelo exercício, pelo titular da patente, das suas prerrogativas que decorrem do objeto desta. Tanto assim é que, como especificou a jurisprudência, é às autoridades públicas, e não às empresas privadas, que compete garantir o respeito pelos requisitos legais⁹².

115. De igual modo, não se pode afirmar que a celebração de tal acordo corresponde, do lado dos fabricantes de genéricos, unicamente ao reconhecimento por parte destes dos direitos de patente, pretensamente válidos, do titular desta. De facto, se este efetuar uma transferência significativa de valor a favor dos fabricantes de genéricos, sem outra contrapartida para além do seu compromisso de não entrar no mercado e de não contestar a patente, tal indica, na falta de outra explicação plausível, que não foi a perceção destes da força da patente, mas a perspectiva dessa transferência de valor que os incitou a renunciar à entrada no mercado e à contestação da patente. Tal é, além do mais, confirmado pelos factos no processo principal, salientados pelo CAT, que mostram que os acordos em causa foram fruto de negociações ao longo das quais a GSK foi gradualmente aumentando as quantias das suas ofertas até chegar a um nível suficiente para convencer os fabricantes de genéricos a assinar⁹³.

116. Por conseguinte, é errado alegar que os acordos GUK e Alpharma não tinham um potencial de restrição da concorrência mais significativo do que o âmbito legal da patente em causa. De facto, o potencial de restrição da concorrência resultante do âmbito legal da referida patente resumia-se à possibilidade de *se opor* a qualquer contestação da sua validade, bem como a qualquer pretensa contrafação, através dos meios legais do direito das patentes, o que constitui o jogo normal da concorrência nos setores em que existem direitos de exclusividade sobre tecnologias⁹⁴. Em contrapartida, o potencial de restrição de um acordo através do qual o titular de uma patente «compra» o compromisso por parte de um concorrente de se abster de entrar no mercado e de contestar a patente consiste em *eliminar* qualquer risco de contestação e, desse modo, anular a concorrência relativa ao seu produto patenteado.

117. Assim, no domínio de aplicação das patentes farmacêuticas como noutros domínios, a conceção inerente às disposições do TFUE relativas à concorrência exige que cada operador económico determine de modo autónomo a política que pretende adotar no mercado⁹⁵ e proíbe esses operadores de substituir ciente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre eles⁹⁶. Ora, a celebração de um acordo nos termos do qual o titular de uma patente remunera um fabricante de genéricos para que este se abstenha de entrar no mercado e de contestar a patente significa precisamente que esses operadores deixam de determinar de modo autónomo a sua própria conduta em relação às implicações dessa patente e, pelo contrário, combinam uma posição concertada a esse respeito.

92 Acórdão de 7 de fevereiro de 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, n.º 20).

93 V. n.ºs 229 a 242 da sentença do CAT.

94 V., a este respeito, n.º 67, *supra*, das presentes conclusões.

95 Acórdãos de 16 de dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, n.ºs 173 e 174), de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, n.ºs 116 e 117), e Hüls/Comissão (C-199/92 P, EU:C:1999:358, n.º 159), e de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 32).

96 V., nesse sentido, Acórdãos de 16 de dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, n.º 26), de 31 de março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão (C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, n.º 63), e de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 26).

118. Da mesma forma, a celebração de tal acordo significa que as partes envolvidas substituem cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas. De facto, no caso em apreço, se o litígio judicial relativo à validade da patente ou ao carácter contrafeito dos produtos genéricos prosseguisse, a GSK manteria simultaneamente as possibilidades de conservar a totalidade dos seus lucros resultantes da falta de genéricos da paroxetina e os riscos de perder esses lucros na sequência da entrada no mercado de tais genéricos. De igual modo, os fabricantes de genéricos manteriam simultaneamente as possibilidades de realizar ganhos significativos por entrarem no mercado de forma independente e os riscos de não obter quaisquer ganhos caso se concluísse pela validade da patente controvertida e pelo carácter contrafeito dos seus produtos.

119. Se, em tal situação, os concorrentes celebram acordos como os que estão em causa no processo principal, tal significa que consideram que é mais vantajoso para eles substituir essas possibilidades de obter ganhos e esses riscos de sofrer perdas pela certeza de uma entrada de dinheiro garantida que consiste na partilha dos ganhos realizados pelo titular da patente em virtude da abstenção concertada dos fabricantes de genéricos de entrar no mercado⁹⁷. Que tal partilha dos ganhos do titular da patente pode ser vantajosa para todas as partes explica-se, nomeadamente, pelo grau de discrepância entre os preços dos medicamentos antes e depois da entrada de genéricos no mercado⁹⁸. Tal explica igualmente por que motivo pode revelar-se vantajoso para o titular de uma patente de um medicamento original diferir a entrada de versões genéricas desse medicamento, ainda que apenas por alguns meses.

120. Nestas condições, o facto de a quantia transferida pelo titular da patente para o fabricante de genéricos ser de valor inferior ao lucro que este poderia realizar em caso de entrada independente no mercado não significa que um acordo nos termos do qual a única contrapartida do pagamento dessa quantia é a abstenção de entrar no mercado não constitua uma restrição da concorrência por objetivo. De facto, se a quantia se mantiver suficientemente elevada para continuar a ser um incentivo⁹⁹, ainda pode ser vantajoso para o fabricante de genéricos celebrar tal acordo, mesmo recebendo menos do que o lucro por ele esperado em caso de entrada independente no mercado. A razão para tal é que, desse modo, ele substitui os riscos e os imponderáveis inevitavelmente ligados a tal entrada no mercado, assim como a necessidade de desenvolver os esforços económicos e comerciais requeridos para esse efeito, pela certeza de obter, sem outros esforços, uma parte significativa da renda de monopólio do titular da patente.

ii) Quanto ao «cenário contrafactual» relevante

121. Decorre do que antecede que a segunda série de argumentos invocada pela GSK e pelos fabricantes de genéricos também não é suscetível de demonstrar que acordos como os que estão em causa no caso em apreço não têm um potencial de nocividade suficiente para constituírem restrições da concorrência por objetivo.

122. Através desta segunda série de argumentos, a GSK e os fabricantes de genéricos alegam que, na medida em que, no caso em apreço, como o próprio CAT reconhece, o estatuto da patente era totalmente incerto e o desfecho do litígio era, a este respeito, impossível de prever, é igualmente impossível concluir que os acordos eram passíveis de restringir a concorrência. De facto, é impossível determinar se o cenário contrafactual, que teria ocorrido se não existissem os acordos, teria sido mais «concorrencial» do que a situação criada por estes, uma vez que é impossível saber se esse cenário se teria saldado com uma vitória judicial dos fabricantes de genéricos e com a entrada independente

⁹⁷ V., nesse sentido, igualmente, n.º 242 da sentença do CAT.

⁹⁸ V., a este respeito, n.º 27, *supra*, das presentes conclusões.

⁹⁹ Para calcular o montante transferido, o órgão jurisdicional de reenvio deve ter em conta todas as transferências de valor efetuadas entre as partes, tenham estas sido monetárias ou não, e portanto também, nomeadamente, a mais-valia a realizar pela GUK e pela Alpharma com a venda da paroxetina fornecida pela GSK ou ainda a renúncia, por esses fabricantes, aos «*cross-undertakings in damages*» anteriormente assegurados pela GSK.

destes no mercado. De igual modo, é errado considerar que um cenário no qual os fabricantes de genéricos tivessem entrado no mercado violando os direitos de patente da GSK seria mais concorrencial do que o que caracterizou o mercado em consequência dos acordos, uma vez que o sistema de patentes tem precisamente como objetivo proteger a concorrência pelo mérito e proteger a inovação.

123. É assim que a Merck, nomeadamente, alega que, como a avaliação dos acordos suscita dúvidas quanto ao facto de estes terem tido quaisquer efeitos na concorrência, essas dúvidas devem ser dissipadas através de uma análise completa dos efeitos desses acordos.

124. Ora, é errado afirmar que, uma vez que o estatuto da patente e o carácter contrafeito dos produtos genéricos são, no processo principal, incertos, é impossível determinar se os acordos em causa eram passíveis de restringir a concorrência.

125. De facto, para determinar se assim era, não é necessário procurar saber se, caso não existissem os acordos, os fabricantes de genéricos teriam com certeza, ou com grande probabilidade, entrado no mercado após uma vitória nos litígios relativos à patente. Como resumiu, no essencial, o Tribunal Geral no processo Lundbeck/Comissão¹⁰⁰, aplicar esse critério significaria negar qualquer distinção entre concorrência real e potencial e esquecer que o artigo 101.º TFUE protege precisamente também esta última.

126. Por conseguinte, para saber se os acordos em causa eram passíveis de restringir a concorrência, importa antes procurar saber se, através desses acordos, as partes substituíram os riscos do jogo normal da concorrência, no qual cada parte determina de modo autónomo a sua conduta no mercado, por uma cooperação prática entre elas. Se assim for, a situação criada pelos acordos caracteriza-se pelo facto de não ser o resultado desse jogo normal da concorrência, mas o resultado de uma concertação através da qual as partes eliminaram os riscos da concorrência.

127. Daqui decorre que, sem prejuízo da questão de saber se uma autoridade da concorrência deve estabelecer um «cenário contrafactual» para determinar se um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, a situação com a qual importa comparar a situação criada pelos acordos não é, em todo o caso, o cenário da vitória de qualquer uma das partes nos litígios relativos à patente e da entrada ou da abstenção de entrada dos genéricos no mercado. O cenário com o qual importa comparar a situação criada pelos acordos é, pelo contrário, simplesmente uma situação em que as partes continuariam a gerir os seus litígios relativos à patente de modo autónomo e com base na sua própria apreciação dos riscos e das suas possibilidades de entrar ou de se abster de entrar no mercado. De facto, o que importa não é retratar a situação em matéria de patente que ocorreria se não existissem os acordos, mas a situação em matéria de concorrência.

128. Tal é, por outro lado, coerente com o facto de que, como afirmam corretamente as partes, uma situação em que a GSK tivesse obtido ganho de causa nas ações judiciais e impedido, assim, os fabricantes de genéricos de entrar de forma independente no mercado não teria sido menos favorável em termos de concorrência do que uma situação de entrada independente dos genéricos na sequência de uma vitória judicial desses fabricantes. De facto, o que é decisivo não é a entrada ou a abstenção de entrada independente dos genéricos no mercado, mas a questão de saber se essa abstenção resulta do jogo normal da concorrência ou de uma concertação anticoncorrencial.

129. Tal conclusão está, além disso, de acordo com os princípios, recordados *supra*, do direito das patentes e da sua interação com o direito da concorrência: por um lado, o direito das patentes não garante uma proteção contra a contestação das patentes; a incerteza quanto ao estatuto das patentes e das ações que visam contestá-las fazem, portanto, parte do jogo normal da concorrência nos setores

¹⁰⁰ V. n.º 66, *supra*, das presentes conclusões.

em causa¹⁰¹. Por outro lado, não compete às autoridades da concorrência avaliar a força das patentes e dedicar-se a fazer prognósticos sobre o desfecho de ações judiciais nessa matéria, mas tal também não é necessário para avaliar os acordos relativos a patentes em termos de direito da concorrência¹⁰².

iii) Quanto ao caráter dos acordos como resoluções amigáveis de litígios reais

130. Por último, a terceira série de argumentos apresentada pelas recorrentes no processo principal também não é suscetível de demonstrar que acordos nos termos dos quais um fabricante de genéricos se compromete a não entrar no mercado e a abandonar a contestação de uma patente em troca de um pagamento avultado por parte do titular da patente, sem outra contrapartida para além desse compromisso, não podem constituir restrições da concorrência por objetivo.

131. Esta terceira série de argumentos consiste em alegar que, enquanto acordos de resolução amigável de processos judiciais pendentes, os acordos GUK e Alpharma prosseguiram um objetivo legítimo desde logo incompatível com a qualificação de um acordo como restritivo da concorrência pelo seu objetivo, uma vez que tais resoluções amigáveis tinham um interesse social e eram encorajadas pelas autoridades públicas. Por conseguinte, qualificar tal acordo de resolução amigável como restrição da concorrência por objetivo é possível, quando muito, nos casos em que a patente seja indubitavelmente inválida ou fraudulenta, e em que a vontade comprovada das partes consista em pôr termo, de forma anticoncorrencial, a um litígio puramente fictício relativo a tal patente.

132. Em contrapartida, no âmbito de um litígio real relativo a uma patente regular, cujo desfecho é impossível de prever, os pagamentos convencionados nos acordos refletem apenas o compromisso encontrado entre as partes perante o risco das perdas que a GSK poderia sofrer em caso de entrada ilegal de fabricantes de genéricos no mercado, por um lado, e das perdas que estes poderiam sofrer em caso de abstenção injustificada de entrar no mercado, por outro. Qualificar tal acordo como restrição da concorrência por objetivo privaria os operadores farmacêuticos de qualquer possibilidade de resolver amigavelmente um litígio relativo a uma patente e não lhes deixaria outra opção, face a tal litígio, que não fosse desistir ou então prosseguir até ao fim com as ações judiciais propostas.

133. Ora, antes de mais, como o Tribunal de Justiça já esclareceu, o artigo 101.º TFUE não faz qualquer distinção entre os acordos que têm como objetivo pôr termo a um processo e aqueles que prosseguem outras finalidades, de modo que uma transação judicial pode ser nula por ter violado o direito da concorrência da União¹⁰³. De facto, o objetivo de encorajar os acordos de resolução amigável não pode colocar tais acordos fora do âmbito de aplicação do direito da concorrência, cujas regras são de ordem pública¹⁰⁴.

134. Em seguida, como a Comissão salienta corretamente, mesmo no caso de um litígio real relativo a uma patente regular com desfecho incerto, importa, para apreciar se um acordo de resolução amigável de tal litígio tem um objetivo anticoncorrencial, apurar se esse acordo resolveu realmente o litígio em causa e se a sua redação reflete um compromisso entre as partes nesta matéria. Por outras palavras, trata-se de saber se o acordo é um compromisso real encontrado com base numa apreciação autónoma feita pelas partes da sua situação em relação à patente, ou se o acordo consiste antes em pôr termo ao litígio através de um pagamento por parte de uma das partes em benefício da outra, para que esta deixe de contestar a patente e não faça mais concorrência.

101 V. n.ºs 66 e segs. e 110 e segs., *supra*, das presentes conclusões.

102 V. n.ºs 77 e segs., *supra*, das presentes conclusões.

103 Acórdão de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448, n.ºs 14 a 16).

104 V., a este respeito, Acórdão de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.ºs 37 a 39).

135. Ora, contrariamente ao que afirmam as partes no caso em apreço, decorre das conclusões do CAT quanto aos factos que os acordos em causa no processo principal não parecem ter resolvido os litígios entre as partes relativos à patente, mas apenas diferido a resolução do desacordo a esse respeito para o período posterior ao termo de vigência dos acordos. Assim, afigura-se que os diferendos entre as partes, em vez de terem sido resolvidos, foram apenas colocados entre parênteses durante o prazo de validade dos acordos.

136. De facto, segundo as conclusões do CAT¹⁰⁵, os acordos GUK e Alpharma previam apenas o compromisso desses fabricantes de genéricos de retirar a sua contestação da patente da GSK e de se abster de introduzir no mercado os seus produtos durante o período acordado. Em contrapartida, não estava, de modo algum, previsto que, após esse período, esses fabricantes pudessem entrar no mercado sem enfrentar novamente contestações por parte da GSK.

137. De igual modo, não se afigura que o compromisso de retirar a contestação da patente da GSK e de não entrar no mercado, por um lado, e o montante dos pagamentos, por outro, estivessem de alguma forma relacionados com os riscos de perdas que poderiam sofrer quer a GSK, em caso de entrada ilegal dos genéricos no mercado, quer os fabricantes de genéricos, em caso de abstenção de entrar no mercado que viesse a revelar-se injustificada em consequência da invalidade da patente ou do carácter não contrafeito dos produtos genéricos.

138. Ora, não se pode pretender que, sob o pretexto de ter sido celebrado como resolução amigável de um litígio relativo a uma patente real, um acordo possa deixar de ser qualificado como restrição da concorrência por objetivo se, na verdade, não tem como objetivo resolver amigavelmente um litígio pendente relativo a uma patente, mas apenas diferir esse litígio através de um pagamento que incentiva o concorrente do titular da patente a deixar de fazer concorrência enquanto o acordo estiver em vigor.

139. Daqui decorre que as recorrentes no processo principal também não podem argumentar que a proibição desse tipo de acordos privaria as partes nos litígios relativos a patentes de qualquer possibilidade de resolução amigável. De facto, tais resoluções amigáveis continuam a ser possíveis se tiverem realmente como objetivo resolver os litígios em causa e refletirem um compromisso entre as partes, obtido após uma avaliação autónoma feita por estas da situação concorrencial. Tal é, além do mais, confirmado por um estudo empírico americano citado pelo CAT¹⁰⁶, que revelou que, após as autoridades da concorrência terem começado a propor ações judiciais contra acordos como os que estão em causa no caso em apreço, o número de acordos dessa natureza reduziu-se de forma drástica, enquanto o número total de resoluções amigáveis relativas a patentes não baixou.

140. Por último, resulta de todas estas considerações que o argumento da Alpharma de que as restrições impostas pelos acordos em causa deviam ser analisadas como restrições acessórias da resolução amigável dos litígios relativos a patentes, também não pode ser considerado procedente. Assim, decorre efetivamente da jurisprudência que a proibição prevista no artigo 101.º TFUE não abrange uma restrição da concorrência necessária à realização de uma operação que não seja, ela própria, abrangida pela referida proibição¹⁰⁷. Contudo, no caso em apreço, não se afigura que se trate da operação legítima para a realização da qual as restrições convencionadas eram necessárias, dado que essas restrições constituíam precisamente, elas próprias, o objetivo dos acordos em causa.

105 V. n.º 47 e 48, *supra*, das presentes conclusões.

106 V. n.º 324 da sentença do CAT.

107 Acórdãos de 11 de julho de 1985, Remia e o./Comissão (42/84, EU:C:1985:327, n.º 19 e 20), de 12 de dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e o. (C-399/93, EU:C:1995:434, n.º 12 a 15), e de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 89).

iv) Conclusão

141. Decorre das considerações que antecedem que um acordo de resolução amigável de um processo judicial com desfecho incerto num litígio real relativo à validade de uma patente ou ao caráter contrafeito de um produto genérico, nos termos do qual o titular da patente se compromete a efetuar uma transferência de valor a favor de um fabricante de genéricos suficientemente elevada para incentivar esse fabricante de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente, constitui uma restrição da concorrência por objetivo se ficar demonstrado que essa transferência de valor apenas tem como contrapartida a abstenção do fabricante de genéricos de introduzir o seu produto no mercado e de prosseguir a contestação da patente durante o período acordado, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Esta conclusão é igualmente válida quando as restrições impostas por tal acordo não ultrapassem o âmbito e o prazo de validade remanescente da patente e quando o montante da transferência para o fabricante de genéricos seja inferior ao lucro por este esperado em caso de entrada independente no mercado.

2) Quanto à questão prejudicial n.º 5

142. A questão prejudicial n.º 5 do CAT diz respeito ao entendimento, do ponto de vista do artigo 101.º TFUE, dos benefícios proporcionados aos consumidores pelos acordos GUK e Alpharma.

143. Segundo o CAT, no caso em apreço, esses acordos proporcionaram alguns benefícios aos consumidores pelo facto de preverem o fornecimento pela GSK de volumes significativos, mas limitados, de paroxetina genérica autorizada aos fabricantes de genéricos, que este distribuíram a um preço mais baixo do que o preço praticado pela GSK no que respeita ao Seroxat, o que implicou uma ligeira redução do preço médio da paroxetina¹⁰⁸.

144. Além disso, segundo o CAT, a substituição das importações paralelas de paroxetina pela paroxetina genérica autorizada da IVAX, da GUK e da Alpharma¹⁰⁹ trouxe benefícios limitados para os consumidores em termos de qualidade, porquanto as importações paralelas tinham sido objeto de uma sobre-etiquetagem em língua estrangeira, pouco atrativa para os doentes¹¹⁰. Em contrapartida, como esclareceu o CAT, a reclassificação da paroxetina na tabela de reembolsos do NHS e a diminuição equivalente dos custos suportados por este deveram-se apenas ao acordo IVAX¹¹¹.

145. Com este pano de fundo, o CAT pergunta ao Tribunal de Justiça, através da sua quinta questão prejudicial, se se verifica uma restrição da concorrência por objetivo

- quando um acordo com as características descritas nas questões 3 e 4 preveja ainda o fornecimento pelo titular da patente ao fabricante de genéricos, para comercialização por este, de volumes significativos, mas limitados, de um produto genérico autorizado;
- e quando tal não origine uma restrição concorrencial significativa sobre os preços praticados pelo titular da patente, mas proporcione aos consumidores benefícios que não teriam obtido se os fabricantes de genéricos não tivessem chegado a entrar no mercado;
- e quando esses benefícios sejam, contudo, claramente inferiores aos benefícios que adviriam da entrada independente desses fabricantes no mercado.

¹⁰⁸ V. n.º 22, *supra*, das presentes conclusões.

¹⁰⁹ V. n.ºs 21 e 22, *supra*, das presentes conclusões.

¹¹⁰ V. n.ºs 283, 292 e 325, *supra*, da sentença do CAT.

¹¹¹ V. n.º 23, *supra*, das presentes conclusões.

146. Além disso, o CAT pretende saber se esta questão é relevante para a resposta à questão de saber se um acordo constitui uma restrição da concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, ou se, pelo contrário, apenas pode ser apreciada à luz do artigo 101.º, n.º 3, TFUE.

147. Quanto a este último aspeto, há que observar que é efetivamente verdade que, *desde que fique demonstrado* que um acordo é abrangido pela proibição estabelecida no artigo 101.º, n.º 1, TFUE porque constitui uma restrição da concorrência na aceção desta disposição, os eventuais benefícios desse acordo apenas podem ser apreciados à luz do artigo 101.º, n.º 3, TFUE¹¹².

148. Como reconheceu a jurisprudência, se assim não fosse, o artigo 101.º, n.º 3, TFUE perderia grande parte do seu efeito útil. Por conseguinte, o direito da União não reconhece qualquer «regra de razão», que implicaria uma ponderação dos aspetos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de um acordo para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE¹¹³.

149. Contudo, na análise da questão de saber se um acordo constitui uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a apreciação dos benefícios pretensamente gerados por esse acordo pode ser relevante, nomeadamente, por duas razões: por um lado, a existência de tais benefícios pode, em circunstâncias excecionais, pôr em causa a *própria conclusão* de que existe uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Por outro lado, a existência de tais benefícios pode, em determinadas condições, pôr em causa a conclusão de que existe uma restrição da concorrência *por objetivo*, tornando então necessária a análise dos efeitos do acordo em questão.

i) Quanto à relevância de benefícios resultantes de um acordo para a conclusão de que existe uma simples restrição da concorrência à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE

150. Antes de mais, resulta da jurisprudência que os aspetos positivos para a concorrência de uma prática concertada entre empresas podem ser tomados em consideração desde a fase da análise da aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1, TFUE se esses aspetos forem de molde a pôr em causa a própria conclusão de que existe uma restrição da concorrência proibida por esta disposição.

151. Assim, o Tribunal de Justiça concluiu, por exemplo, que os sistemas de distribuição seletiva, embora influenciem necessariamente a concorrência no mercado comum, podem, em determinadas condições, estar em conformidade com o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, uma vez que visam atingir um resultado legítimo¹¹⁴.

112 V., nesse sentido, Acórdãos de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, EU:C:1966:41, Colet., p. 423), de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41, n.º 24), de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 21), e de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.ºs 93 e 180); V., igualmente, Acórdão de 13 de julho de 1966, Itália/Conselho e Comissão (32/65, EU:C:1966:42, Colet., p. 590) («a concessão da isenção do artigo [101.º, n.º 3] a um determinado acordo pressupõe o reconhecimento prévio de que este cai sob a proibição estabelecida no artigo [101.º, n.º 1, TFUE]»).

113 V., nesse sentido, Acórdão de 8 de julho de 1999, Montecatini/Comissão (C-235/92 P, EU:C:1999:362, n.º 133), bem como Acórdãos do Tribunal Geral de 18 de setembro de 2001, M6 e o./Comissão (T-112/99, EU:T:2001:215, n.ºs 72 a 74), de 23 de outubro de 2003, Van den Bergh Foods/Comissão (T-65/98, EU:T:2003:281, n.º 107), de 30 de junho de 2016, CB/Comissão (T-491/07 RENV, não publicado, EU:T:2016:379, n.ºs 67 e segs.), e de 24 de setembro de 2019, HSBC Holdings e o./Comissão (T-105/17, EU:T:2019:675, n.º 154).

114 V. Acórdão de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, n.º 39 e segs. e jurisprudência referida).

152. De igual modo, o Tribunal de Justiça admitiu que uma prática concertada suscetível de restringir a concorrência no mercado interno porque restringe a liberdade de ação das partes não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 101.º, n.º 1, TFUE se, atendendo ao seu contexto global e aos seus objetivos, os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem forem inerentes à prossecução dos referidos objetivos. Para admitir que tal é o caso, importa, no entanto, que os efeitos restritivos da concertação em causa que daí decorrem fiquem estritamente limitados ao que é necessário para assegurar a prossecução de objetivos legítimos¹¹⁵.

153. O Tribunal de Justiça reconheceu, por exemplo, que essas condições podiam estar reunidas no caso da proibição imposta aos membros de uma associação de compras no domínio agrícola de fazerem parte de cooperativas concorrentes¹¹⁶, da proibição das colaborações integradas entre advogados e revisores de contas¹¹⁷ ou ainda da regulamentação de controlo de dopagem no domínio desportivo¹¹⁸. Por conseguinte, tal é válido nos casos em que a cooperação entre empresas constitua um todo indivisível¹¹⁹ que prossegue um ou vários objetivos legítimos, que apenas podem ser atingidos através da imposição de determinadas restrições da concorrência indispensáveis à sua execução.

154. Contudo, com base nas conclusões do órgão jurisdicional de reenvio quanto aos factos, afigura-se duvidoso que as condições para a aplicação desta jurisprudência estejam reunidas nas circunstâncias em causa no processo principal.

155. Assim, no processo principal, nem sequer se alega que os benefícios para os consumidores decorrentes dos acordos GUK e Alpharma, ou seja, a descida do preço médio da paroxetina e a melhoria da etiquetagem das embalagens de medicamentos¹²⁰, constituíram o objetivo principal dos respetivos acordos. De igual modo, ninguém alega que as restrições impostas à GUK e à Alpharma por esses acordos, ou seja, a proibição de fabricar, importar ou fornecer paroxetina que não a fornecida pela GSK através da IVAX¹²¹, eram indispensáveis para a obtenção desses benefícios.

156. As recorrentes no processo principal limitam-se antes a afirmar que, em virtude dos referidos benefícios, os acordos GUK e Alpharma tinham uma ambivalência em termos de concorrência, pelo que é impossível concluir que esses acordos revelavam de forma manifesta um grau suficiente de nocividade para a concorrência para poderem ser considerados restrições da concorrência por objetivo.

ii) Quanto à relevância de benefícios resultantes de um acordo para a conclusão de que existe uma restrição da concorrência por objetivo à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE

157. Quanto a este último aspeto, a outra parte da questão prejudicial n.º 5 do CAT incide justamente sobre a questão de saber se um acordo que gera determinados benefícios para os consumidores, como os acordos GUK e Alpharma, pode constituir uma restrição da concorrência *por objetivo* na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

115 V. Acórdãos de 19 de fevereiro de 2002, Wouters e o. (C-309/99, EU:C:2002:98, n.ºs 97 e segs.), de 18 de julho de 2006, Meca-Medina e Majcen/Comissão (C-519/04 P, EU:C:2006:492, n.ºs 42 e segs.), de 18 de julho de 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, EU:C:2013:489, n.ºs 53 e segs.), e de 4 de setembro de 2014, API e o. (C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13, EU:C:2014:2147, n.ºs 46 e segs.); V., igualmente, já, Acórdãos de 15 de dezembro de 1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413, n.ºs 33 e segs.), e de 21 de setembro de 1999, Albany (C-67/96, EU:C:1999:430, n.ºs 59 e segs.).

116 Acórdão de 15 de dezembro de 1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413, n.ºs 33 e segs.).

117 Acórdão de 19 de fevereiro de 2002, Wouters e o. (C-309/99, EU:C:2002:98, n.ºs 97 e segs.).

118 Acórdão de 18 de julho de 2006, Meca-Medina e Majcen/Comissão (C-519/04 P, EU:C:2006:492, n.ºs 42 e segs.).

119 É quanto a esta questão que a situação prevista pela corrente jurisprudencial em causa se distingue da que pode dar lugar ao reconhecimento de que uma restrição da concorrência é acessória de uma operação que não constitui, em si mesma, uma restrição da concorrência; V., a este respeito, n.º 140, *supra*, das presentes conclusões.

120 V. n.ºs 143 e 144, *supra*, das presentes conclusões.

121 V. n.ºs 16 e 19, *supra*, das presentes conclusões.

158. Como decorre da jurisprudência referida *supra* sobre a forma de determinar se um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, a apreciação a efetuar para esse efeito comporta necessariamente a análise de elementos contextuais do acordo em questão¹²². De facto, como foi afirmado em várias ocasiões, o objetivo de um acordo não deve ser apreciado de forma abstrata, mas sim concreta, tendo em conta todos os elementos relevantes¹²³. Ora, eventuais benefícios ou pretensos efeitos positivos de um acordo são inegavelmente elementos contextuais que devem ser apreciados na análise da questão de saber se o referido acordo tem como objetivo restringir a concorrência.

159. A qualificação de um acordo como restritivo da concorrência pelo seu objetivo tem como consequência, do ponto de vista processual, dispensar a autoridade da concorrência em causa de uma análise completa dos seus efeitos, mais consumidora de recursos¹²⁴. A razão de ser dessa dispensa reside no facto de a experiência mostrar que um acordo que, pelo seu objetivo, se destine a restringir a concorrência, por exemplo, através do alinhamento dos preços ou da repartição dos mercados entre concorrentes, é suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, pelo que não é necessário analisar se e em que medida esse efeito se verifica realmente¹²⁵.

160. Por conseguinte, como observou recentemente o advogado-geral M. Bobek, a análise do contexto de um acordo permite também confirmar que a nocividade de um acordo que é suscetível, atendendo ao seu conteúdo e aos seus objetivos, de constituir uma restrição da concorrência por objetivo, não é posta em causa por elementos contextuais relevantes. Por outras palavras, trata-se de, «à luz dos elementos constantes dos autos, verificar se não existem *circunstâncias específicas* que possam pôr em causa a presumível natureza prejudicial do acordo em questão»¹²⁶.

161. Ora, a partir de que momento se está perante uma situação que suscita dúvidas quanto à presumível nocividade e, por conseguinte, quanto ao objetivo anticoncorrencial de um determinado acordo?

162. Como referiu o Tribunal de Justiça, para ter um objetivo anticoncorrencial, uma prática concertada entre empresas deve ser suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, o que significa que tem de estar concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Em contrapartida, a questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente não é determinante¹²⁷. Tal significa que a proibição das «infrações por objetivo» não pode em caso algum ser interpretada no sentido de que a presença de um objetivo anticoncorrencial apenas estabelece uma espécie de presunção de ilicitude, que pode ser ilidida se, no caso concreto, não se comprovar a existência de quaisquer efeitos negativos no mercado¹²⁸.

163. Consequentemente, como esclareceu ainda a jurisprudência, para concluir que um acordo apresenta, em si mesmo, um grau suficiente de nocividade para a concorrência para que não seja necessário analisar os seus efeitos para determinar se é suscetível de restringir a concorrência, a capacidade do acordo para afetar negativamente a concorrência deve resultar de forma suficientemente manifesta do acordo e do seu contexto¹²⁹.

122 V. n.º 101, *supra*, das presentes conclusões.

123 V., nomeadamente, as minhas Conclusões apresentadas no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 48), Conclusões apresentadas pelo advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 41), ou, ainda, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Bobek no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.º 46).

124 V. Conclusões que apresentámos no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 43), bem como Conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Bobek no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.º 27).

125 Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 49 a 51).

126 V. Conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Bobek no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.ºs 41 a 49, especificamente n.º 48) (sublinhado no original).

127 V., nesse sentido, Acórdãos de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 31), de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 38).

128 V. as minhas Conclusões apresentadas no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.º 45).

129 V., nesse sentido, jurisprudência referida no n.º 102, *supra*, das presentes conclusões.

164. Daqui decorre que, para se poder concluir que um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, deve ser possível determinar que esse acordo está apto para restringir a concorrência, sem que seja necessário analisar os seus efeitos. Por conseguinte, a análise do objetivo anticoncorrencial de um acordo deve orientar-se para uma análise dos efeitos anticoncorrenciais do referido acordo quando se revele impossível determinar, apesar da análise de todos os elementos intrínsecos e contextuais relevantes, que esse acordo está apto para restringir a concorrência¹³⁰.

165. Daqui decorre que um acordo que gere determinados benefícios para os consumidores deixa de poder ser qualificado como restritivo da concorrência pelo seu objetivo se a existência desses benefícios fizer com que deixe de ser possível saber, sem analisar os seus efeitos, se esse acordo está, no seu todo, apto para restringir a concorrência. Por outras palavras, a questão é a de saber se, tendo em conta os benefícios gerados pelo acordo, continua a ser possível concluir que este tem, contudo, um objetivo anticoncorrencial. Se assim não for porque esses benefícios suscitam dúvidas quanto ao objetivo anticoncorrencial do acordo ou porque não é claro se um acordo que gere tais benefícios pode ter um objetivo anticoncorrencial, então já não é possível concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo e há que passar à análise dos efeitos.

166. Em contrapartida, contrariamente ao que alega, nomeadamente, a Merck no âmbito do presente processo, não se passa automaticamente para a obrigação de analisar os efeitos de um acordo a partir do momento em que se conclui que esse acordo gerou determinados benefícios ou efeitos positivos que importa ter em conta na análise da questão de saber se o acordo constitui uma restrição da concorrência pelo seu objetivo. De facto, não é por se apreciar determinados efeitos positivos anexos a um acordo que se passa da análise do objetivo do acordo para a análise dos seus efeitos, mas apenas por, se for o caso, esses efeitos suscitarem dúvidas sobre o objetivo anticoncorrencial do acordo.

167. No caso em apreço, decorre das considerações tecidas *supra* que, sob reserva da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio de que a transferência de valor efetuada pela GSK a favor da GUK e da Alpharma não tinha outra contrapartida para além da abstenção desses operadores de introduzir no mercado os seus produtos e de prosseguir a contestação da patente durante o período acordado, os acordos GUK e Alpharma tinham como objetivo eliminar o risco de uma entrada independente dos genéricos no mercado¹³¹.

168. Ora, se assim for, os benefícios proporcionados aos consumidores pelos acordos em causa, ou seja, a descida do preço médio da paroxetina de 4 % e a melhoria da etiquetagem das embalagens de medicamentos¹³², não são de molde a pôr em causa o facto de esses acordos constituírem restrições da concorrência pelo seu objetivo. De facto, esses efeitos positivos não são, tendo em conta o pano de fundo jurídico e económico dos referidos acordos, de molde a suscitar dúvidas quanto à questão de saber se esses acordos apresentavam manifestamente um grau suficiente de nocividade para a concorrência para poderem ser considerados restrições da concorrência por objetivo.

169. Assim, é verdade que o CAT afirma que a ligeira redução dos preços da paroxetina gerada pelos acordos não era completamente desprovida de importância. Contudo, de acordo com as conclusões do CAT, o fornecimento de paroxetina pela GSK aos fabricantes de genéricos previsto nos acordos não originava uma pressão concorrencial significativa sobre a GSK porquanto, em virtude dos volumes limitados fornecidos, cujo plafonamento não correspondia a nenhum condicionalismo de ordem técnica, os fabricantes de genéricos não tinham interesse praticar uma concorrência pelos preços.

130 V., nesse sentido, Acórdãos de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 74 e segs.), e de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, n.ºs 22 a 24); V., igualmente, nesse sentido, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Bobek no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.ºs 50 e 78 e segs.).

131 V. n.ºs 47, 48, 106 e 141, *supra*, das presentes conclusões.

132 V. n.ºs 143 e 144, *supra*, das presentes conclusões. As conclusões constantes do presente número valem, de resto, sem prejuízo da questão de saber em que momento devemos situar-nos para apreciar estes efeitos e se é possível tomar em consideração efeitos reais verificados após a celebração dos acordos ou apenas efeitos previsíveis à data da celebração destes. Seja como for, no caso em apreço, os efeitos positivos em causa eram globalmente previsíveis à data da celebração dos acordos devido aos termos em que estes estavam redigidos.

170. Nestas condições, o CAT tem razão quando conclui que a modificação da estrutura do mercado originada pelos acordos não se devia à introdução de concorrência, mas à reorganização controlada do mercado da paroxetina realizada pela GSK, e que o fornecimento de paroxetina e a cessão de quotas de mercado pela GSK aos fabricantes de genéricos devem ser vistas como transferências de valor não monetárias¹³³.

171. A análise dos termos dos acordos em causa efetuada pelo CAT não revela, por isso, um conjunto complexo com componentes pró e anticoncorrenciais que torne impossível determinar se tem, globalmente, um objeto anticoncorrencial¹³⁴. Pelo contrário, afigura-se que os acordos tinham claramente como objetivo eliminar, através de uma transferência de valor, o risco da entrada independente dos fabricantes de genéricos em causa no mercado, e que a implementação da sua entrada controlada com paroxetina autorizada fornecida pela GSK fazia parte dos incentivos que lhes eram oferecidos para esse fim.

172. A este respeito, a implementação desta entrada controlada através do fornecimento de paroxetina a preços preferenciais e com a possibilidade de realizar uma margem de lucro, até garantida pelos termos do acordo¹³⁵, afigura-se não apenas como um meio de encobrir a transferência de valor realizada, mas também como uma concessão de uma mais-valia aos fabricantes de genéricos, em comparação com uma simples transferência monetária. Esta mais-valia consistia, de facto, na possibilidade de os fabricantes de genéricos distribuírem a paroxetina autorizada fornecida pela GSK com a sua própria marca e de criar, assim, uma clientela e redes de distribuição. Tal pode igualmente corresponder a uma concessão que a GSK estava obrigada a fazer, mas que, simultaneamente, lhe trazia benefícios em termos de manutenção da sua própria produção¹³⁶.

173. Mesmo admitindo que as partes tiveram deliberadamente a intenção de conferir determinados benefícios aos consumidores com a implementação da entrada controlada da GUK e da Alpharma no mercado, tal não é, ainda assim, de molde a suscitar dúvidas quanto à nocividade dos acordos em causa em termos de concorrência.

174. Com efeito, como precisou a jurisprudência, o artigo 101.º TFUE, à semelhança das outras regras da concorrência enunciadas no Tratado, não se destina a proteger unicamente os interesses diretos dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência enquanto tal. A conclusão de que uma prática concertada entre empresas tem um objetivo anticoncorrencial não pode, por isso, depender do facto de esta estar diretamente ligada aos preços finais de venda ao consumidor¹³⁷.

175. Tal deve significar, pelo contrário, que o facto de conferir alguns benefícios mínimos aos consumidores em virtude de uma ligeira descida dos preços não pode pôr em causa o objetivo anticoncorrencial de um acordo que tem, além do mais, como objetivo aniquilar a concorrência em relação a um determinado produto ou num determinado mercado. Ora, no caso em apreço, verificou-se que este era precisamente o objetivo dos acordos em causa, uma vez que estes tinham como finalidade incentivar os fabricantes de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar de forma independente no mercado¹³⁸.

133 V. n.ºs 47 e 48, *supra*, das presentes conclusões, e números da sentença do CAT aí referidos.

134 V., para exemplos de cooperação entre empresas que apresentam tais características, jurisprudência referida no n.º 164 das presentes conclusões.

135 V. n.ºs 17 e 20, *supra*, das presentes conclusões.

136 V., nesse sentido, n.º 213 da sentença do CAT.

137 Acórdãos de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343, n.ºs 38 e 39), de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610, n.º 63), e de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão (C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 125); V., igualmente, as minhas Conclusões apresentadas no processo T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:110, n.ºs 58 a 60).

138 V. n.ºs 116 a 118, *supra*, das presentes conclusões.

176. Neste contexto, concluiu-se, de resto, igualmente que o cenário «concorrencial» com o qual importa comparar a situação concertada implementada pelos acordos não é o da entrada independente garantida dos fabricantes de genéricos no mercado, mas o da prossecução dos seus esforços nesse sentido em função da sua apreciação autónoma dos riscos e das oportunidades a esse respeito¹³⁹.

177. Por conseguinte, há que considerar improcedente a argumentação da GSK e dos fabricantes de genéricos de que os acordos eram benéficos, uma vez que permitiram a entrada controlada dos fabricantes de genéricos no mercado, quando não era certo, devido à impossibilidade de prever o desfecho dos litígios pendentes relativos à patente, que esses fabricantes tivessem podido entrar de forma independente no mercado se não existissem os acordos. O mesmo se aplica ao argumento de que, pelo menos no que respeita ao período em que a providência cautelar e o compromisso judicial que proibiam a GUK e a Alphanova de entrar no mercado estiveram em vigor¹⁴⁰, os acordos permitiram a entrada desses fabricantes no mercado, a qual teria sido certamente impossível se aqueles não existissem.

178. De facto, como foi referido¹⁴¹, o que importa não é a entrada a qualquer preço dos genéricos no mercado, mas o facto de esta entrada se realizar ou não em virtude do livre jogo da concorrência e não em virtude de uma concertação entre as partes que se substituiu a este.

179. Além disso, como realça o CAT, embora os benefícios para os consumidores gerados pelos acordos fossem certos e não potenciais, eram irrisórios em comparação com os benefícios gerados pela entrada independente posterior dos genéricos no mercado da paroxetina¹⁴². Ora, os acordos eliminaram precisamente a possibilidade de tal entrada se realizar durante o período acordado.

iii) Conclusão

180. Decorre das considerações que antecedem que a apreciação dos benefícios proporcionados aos consumidores por um acordo entre concorrentes é relevante à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE para analisar se a presença desses benefícios pode suscitar dúvidas quanto à existência de uma restrição da concorrência em geral e de uma restrição da concorrência por objetivo em particular. O facto de um acordo de resolução amigável de um litígio entre o titular de uma patente e um fabricante de genéricos prever a entrada controlada desse fabricante no mercado, que não origina uma pressão concorrencial significativa sobre o titular da patente, mas proporciona aos consumidores benefícios limitados que estes não teriam se o titular da patente tivesse obtido ganho de causa no litígio, não pode, contudo, suscitar tais dúvidas se o acordo em causa tiver, por outro lado, como objetivo incentivar o fabricante de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente através de uma transferência de valor, sem outra contrapartida para além do referido abandono, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

c) Quanto ao conceito de restrição da concorrência por efeito (questão prejudicial n.º 6)

181. A questão prejudicial n.º 6 do CAT incide sobre os efeitos anticoncorrenciais dos acordos GUK e Alphanova.

139 V. n.ºs 124 a 128, *supra*, das presentes conclusões.

140 V. n.ºs 15, 16, 18 e 19, *supra*, das presentes conclusões.

141 V. n.º 128, *supra*, das presentes conclusões.

142 V. n.ºs 22 e 27, *supra*, das presentes conclusões.

182. Antes de responder a esta questão, é necessário recordar, a título preliminar, que, como se observou *supra*, o objetivo anticoncorrencial e o efeito anticoncorrencial não são condições cumulativas, mas sim alternativas, para aplicar a proibição enunciada no artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Por outras palavras, um acordo é proibido, independentemente dos seus efeitos, se o seu objetivo for contrário à concorrência. A tomada em consideração dos efeitos de um acordo é, assim, supérflua quando se demonstre que este tem como objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum¹⁴³.

183. Por conseguinte, no caso em apreço, o CAT pode, pelo menos do ponto de vista do direito da União, não apreciar a questão dos efeitos anticoncorrenciais dos acordos GUK e Alpharma se concluir, com base nas respostas do Tribunal de Justiça às suas questões prejudiciais n.ºs 3 a 5, que esses acordos constituíam restrições da concorrência pelo seu objetivo. Contudo, na medida em que o CAT deva ainda efetuar essa análise na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça proferido no presente processo, a sua questão relativa aos efeitos anticoncorrenciais dos acordos GUK e Alpharma permanece relevante.

184. Além disso, e em todo o caso, como explicou recentemente o advogado-geral M. Bobek nas Conclusões que apresentou no processo Budapest Bank e o., o facto de uma autoridade da concorrência ou um órgão jurisdicional competente não ter de analisar os efeitos de um acordo se tiver concluído que esse acordo tem um objetivo anticoncorrencial, não significa que tal autoridade ou órgão jurisdicional não possa analisar simultaneamente se um acordo tem um objetivo e efeitos anticoncorrenciais. De igual modo, pode também apenas analisar se um acordo tem efeitos anticoncorrenciais, se tal lhe parecer necessário e adequado devido às circunstâncias do caso concreto. Como observou ainda o advogado-geral M. Bobek, compete, todavia, a tal autoridade ou órgão jurisdicional reunir os elementos de prova necessários e efetuar a qualificação jurídica dessas provas para cada tipo de infração em causa¹⁴⁴.

185. Dito isto, através da sua sexta questão prejudicial, o CAT pergunta ao Tribunal de Justiça se, em circunstâncias como as descritas nas questões 3 a 5, existe uma restrição da concorrência por efeito na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Mais concretamente, o CAT pretende saber se, para concluir que existe tal restrição, deve determinar que, na falta do acordo em causa, o fabricante de genéricos teria provavelmente (isto é, com uma probabilidade superior a 50 %) obtido ganho de causa no processo judicial relativo à patente ou as partes teriam provavelmente (isto é, com uma probabilidade superior a 50 %) celebrado um acordo de resolução amigável menos restritivo.

186. Para responder a esta questão, importa, antes de mais, procurar saber se os critérios a que se refere o órgão jurisdicional de reenvio são relevantes para apreciar os efeitos restritivos dos acordos em causa no caso em apreço. Em seguida, há que examinar o que significa, no caso em apreço, a exigência de que, para proibir um acordo devido aos seus efeitos, é necessário que esses efeitos sobre a concorrência sejam *sensíveis*.

143 V. n.ºs 99 e 100, *supra*, das presentes conclusões e jurisprudência aí referida.

144 V., considerações do advogado-geral M. Bobek nas Conclusões apresentadas no processo Budapest Bank e o. (C-228/18, EU:C:2019:678, n.ºs 18 e segs., especialmente n.º 29).

1) Quanto aos critérios para apreciar os efeitos sobre a concorrência de acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes em matéria farmacêutica.

187. De acordo com a jurisprudência, no caso de a análise do teor de um acordo não revelar um grau suficiente de nocividade para a concorrência para se concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo, importa então analisar os seus efeitos e, para que o mesmo possa ser objeto de a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efetivamente impedido, restringido ou falseado de modo sensível¹⁴⁵.

188. Para se determinar se um acordo deve ser considerado proibido em razão das alterações do jogo da concorrência que provoca, é necessário analisar o jogo da concorrência no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido¹⁴⁶. Além disso, a apreciação dos efeitos de um acordo implica a necessidade de tomar em consideração o quadro concreto em que este se insere, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em questão¹⁴⁷.

189. Por força desta jurisprudência, é verdade que, no caso em apreço, para analisar se os acordos GUK e Alpharma constituíram restrições da concorrência por efeito, há que ter em conta o contexto desses acordos relativo à patente, uma vez que esta faz parte do quadro concreto no qual aqueles se inseriram.

190. Contudo, tal não pode significar que, para analisar a concorrência no quadro real em que se produziria se não existissem esses acordos, seja necessário avaliar as probabilidades respetivas de as partes terem obtido ganho de causa nos processos respeitantes aos litígios relativos à patente nos quais estavam envolvidas ou de terem celebrado um acordo de resolução amigável menos restritivo em termos de concorrência.

191. Assim, é efetivamente verdade que, de acordo com o Tribunal de Justiça, o cenário previsto a partir da hipótese de inexistência do acordo em causa deve ser realista e, nesta ótica, é possível, sendo caso disso, ter em conta os desenvolvimentos *prováveis* que se produziriam no mercado na falta desse acordo¹⁴⁸.

192. Porém, este elemento de probabilidade não pode significar, num contexto como o que está em causa no processo principal, que a autoridade da concorrência em causa deva avaliar as probabilidades de a patente ser considerada inválida ou de os produtos genéricos em causa serem considerados contrafeitos para analisar os efeitos restritivos da concorrência dos acordos em causa.

193. De facto, como foi demonstrado *supra*, não compete às autoridades da concorrência proceder à verificação da conformidade da introdução no mercado de um medicamento genérico com o direito das patentes¹⁴⁹. Portanto, também não se pode exigir que tal autoridade faça previsões a respeito dos desfechos prováveis de litígios relativos a patentes.

¹⁴⁵ Acórdãos de 30 de junho de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, Colet., p. 388), de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 15), e de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 34).

¹⁴⁶ Acórdãos de 30 de junho de 1996, LTM (56/65, EU:C:1996:38, Colet., p. 389), de 6 de abril de 2006, General Motors/Comissão (C-551/03 P, EU:C:2006:229, n.º 72), e de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 161).

¹⁴⁷ Acórdãos de 11 de dezembro de 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, n.º 19), de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 49), e de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 165); v., igualmente, nesse sentido, Acórdão de 28 de fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, n.ºs 19 a 22).

¹⁴⁸ Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 166) (o sublinhado é meu).

¹⁴⁹ V. n.ºs 77 a 82, *supra*, das presentes conclusões.

194. Mas, como foi igualmente referido *supra*, tais previsões a respeito dos desfechos prováveis dos litígios relativos à patente em curso também não são necessárias para permitir às autoridades da concorrência avaliar o impacto de acordos como os que estão em causa no processo principal em termos de concorrência¹⁵⁰.

195. De facto, como foi observado, a probabilidade de um fabricante de genéricos obter ganho de causa num litígio com o titular de uma patente de um medicamento não constitui o critério determinante para a análise da relação concorrencial entre esses operadores¹⁵¹. Pelo contrário, como foi demonstrado, no contexto do direito das patentes em matéria farmacêutica, a incerteza quanto à validade das patentes dos medicamentos originais e ao carácter contrafeito dos produtos genéricos é precisamente um elemento constitutivo das relações de concorrência, pelo menos antes e, em determinados casos, logo após a entrada destes últimos no mercado¹⁵². Os litígios a esse propósito são, por isso, a expressão da existência de concorrência potencial entre titulares de patentes e fabricantes de genéricos¹⁵³.

196. Por conseguinte, para analisar se o titular de uma patente de um medicamento e o fabricante de um genérico desse mesmo medicamento, entre os quais está pendente um litígio, estão numa relação de concorrência potencial, a autoridade da concorrência não tem de demonstrar que o segundo teria certamente, ou muito provavelmente, obtido ganho de causa no litígio e teria entrado no mercado com o seu medicamento¹⁵⁴. Pelo contrário, basta que essa autoridade conclua que, apesar dos direitos de patente em causa, o fabricante de genéricos dispunha de possibilidades reais e concretas de entrar no mercado na data relevante, com base nos elementos apresentados *supra*¹⁵⁵.

197. Se assim for, a autoridade em causa deve, em seguida, para demonstrar que um acordo como os que estão em causa teve efeitos restritivos da concorrência, analisar se esse acordo teve como efeito eliminar a concorrência entre esses dois operadores e, consequentemente, as possibilidades reais e concretas de o fabricante de genéricos entrar no mercado. Em caso de resposta afirmativa, a autoridade poderá então concluir que o acordo teve efeitos restritivos da concorrência, uma vez que eliminou um concorrente potencial e, desse modo, a possibilidade de este se tornar num concorrente real ao entrar no mercado.

198. De facto, como o Tribunal de Justiça esclareceu, a apreciação dos efeitos de um acordo não se limita apenas aos efeitos atuais, mas deve igualmente ter em conta efeitos potenciais¹⁵⁶. Tal é, de resto, perfeitamente coerente na medida em que, como foi salientado, o artigo 101.º TFUE não protege apenas a concorrência atual, mas igualmente a concorrência potencial sem a qual a entrada de novos operadores no mercado nunca se poderia concretizar¹⁵⁷.

199. No caso em apreço, decorre das considerações tecidas que, sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio de que a transferência de valor realizada pela GSK a favor da GUK e da Alpharma não tinha outra contrapartida para além da abstenção desses operadores de entrar no mercado com os seus produtos e de prosseguir a contestação da patente, os acordos GUK e Alpharma

150 V. n.º 83 a 88, *supra*, das presentes conclusões.

151 V. n.º 77, *supra*, das presentes conclusões.

152 V. n.º 67 a 71, *supra*, das presentes conclusões.

153 V. n.º 73 a 75, *supra*, das presentes conclusões.

154 V. n.º 75 a 77, *supra*, das presentes conclusões.

155 V. n.º 83 a 88, *supra*, das presentes conclusões.

156 V. Acórdãos de 17 de novembro de 1987, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão (142/84 e 156/84, EU:C:1987:490, n.º 54), de 28 de maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95 P, EU:C:1998:256, n.º 77), e de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 50).

157 V. n.º 76, *supra*, das presentes conclusões.

incentivaram esses fabricantes de genéricos a pôr termo aos seus esforços para entrar no mercado com os seus produtos e a renunciar à prossecução da sua contestação da patente durante o período acordado¹⁵⁸. Daqui decorre que esses acordos tiveram como efeito eliminar, durante esse período, a concorrência entre a GSK e esses operadores.

200. Ora, como também foi referido, nestas condições, o cenário contrafactual a prever a partir da hipótese de inexistência do acordo não é uma situação em que a GUK e a Alpharma teriam certamente, ou muito provavelmente, entrado no mercado com os seus produtos, mas uma situação em que estas teriam, com base numa apreciação autónoma das suas possibilidades de sucesso, continuado a desenvolver esforços nesse sentido. De igual modo, não é necessário prever uma situação em que um acordo menos restritivo teria certamente, ou muito provavelmente, sido celebrado, mas basta prever uma situação em que um acordo teria sido celebrado não com base numa concertação entre as partes que substitui a concorrência, mas com base em apreciações autónomas das partes quanto às suas possibilidades de sucesso no litígio entre elas. De facto, como já foi dito, a situação que se verificaria se não existissem os acordos em causa não deve ser analisada em termos de direito das patentes, mas em termos de direito da concorrência¹⁵⁹.

201. Acresce que exigir de uma autoridade da concorrência previsões sobre as possibilidades de qualquer uma das partes num acordo ganhar um litígio relativo a uma patente significaria, precisamente, não ter em conta o quadro real em que esse acordo se insere. De facto, não corresponde à realidade do direito das patentes no setor farmacêutico que uma autoridade da concorrência possa prever com certeza ou com grande probabilidade o desfecho de litígios relativos à validade de patentes e ao carácter contrafeito de produtos genéricos¹⁶⁰.

202. Daqui resulta que, sem prejuízo das confirmações em matéria de facto a efetuar pelo órgão jurisdicional de reenvio, ao eliminar a concorrência entre a GSK e, respetivamente, a GUK e a Alpharma, os acordos celebrados pela GSK com esses operadores tiveram efeitos restritivos da concorrência.

2) Quanto ao requisito de efeitos sensíveis sobre a concorrência

203. De acordo com a jurisprudência referida *supra*, para proibir um acordo devido aos seus efeitos, há que analisar se, por causa desse acordo, a concorrência foi efetivamente impedida, restringida ou falseada de modo sensível¹⁶¹. Esta exigência explica-se pelo facto de os acordos não serem abrangidos pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, quando apenas afetem o mercado de modo insignificante¹⁶².

204. Para determinar se um acordo afeta a concorrência de modo sensível devido aos seus efeitos, importa, no que respeita ao contexto desse acordo, ter em conta, nomeadamente, a natureza dos produtos objeto desse acordo, a posição e a importância das partes no mercado dos produtos em causa e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em

158 V. n.ºs 47, 48, 106 e 141, *supra*, das presentes conclusões.

159 V. n.ºs 122 a 127, *supra*, das presentes conclusões.

160 V. n.ºs 67 a 70 e 77 a 82, *supra*, das presentes conclusões.

161 V. n.º 187, *supra*, das presentes conclusões.

162 Acórdãos de 9 de julho de 1969, Völk (5/69, EU:C:1969:35, n.º 7), de 21 de janeiro de 1999, Bagnasco e o. (C-215/96 e C-216/96, EU:C:1999:12, n.º 34), e de 13 de dezembro de 2012, Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, n.º 16).

questão¹⁶³. Além disso, pode ter-se em conta o carácter isolado do acordo controvertido ou, pelo contrário, a inserção deste num conjunto de acordos. A este respeito, a existência de contratos semelhantes, sem ser necessariamente determinante, é uma circunstância que, acrescida de outras, pode constituir um contexto económico e jurídico no qual o acordo deve ser apreciado¹⁶⁴.

205. A necessidade de tomar em consideração estes elementos para determinar se os efeitos de um acordo sobre a concorrência são sensíveis faz-se sentir especialmente no caso de acordos, como os que estão em causa no caso em apreço, entre um operador num determinado mercado e um operador potencial, que incentivam o segundo a pôr termo aos seus esforços para entrar no mercado e cujos efeitos consistem, por conseguinte, na eliminação da concorrência entre os dois.

206. Assim, se um operador no mercado eliminar, através de tal acordo, apenas um concorrente potencial insignificante entre outros, os efeitos sobre a concorrência podem não ser sensíveis, uma vez que esta continua a exercer-se entre o operador no mercado e os outros concorrentes potenciais. Em contrapartida, se o operador no mercado eliminar, através de um ou vários acordos desse tipo, o seu único ou os seus únicos concorrentes potenciais significativos, os efeitos desses acordos consistem em afetar muito sensivelmente ou mesmo aniquilar, pelo menos durante um determinado período antes do aparecimento de novos concorrentes potenciais, a concorrência no mercado relevante.

207. A estrutura do mercado no qual decorrem esses acordos, a posição das partes nesse mercado e, se for o caso, a existência de vários acordos do mesmo tipo são, portanto, elementos essenciais para medir a sensibilidade dos efeitos de tais acordos.

208. No que respeita ao setor farmacêutico, este caracteriza-se, do ponto de vista da sua estrutura, geralmente pelo facto de, antes da caducidade da patente da molécula e do direito à exclusividade dos dados relativos ao IFA de um determinado medicamento, o produto do titular da patente ser, em princípio, o único no mercado. Em contrapartida, após ou quando está próxima a caducidade desses direitos de exclusividade, fabricantes de genéricos procuram entrar no mercado com cópias genéricas do medicamento original, o que provoca fortes descidas do preço deste¹⁶⁵.

209. Em tal situação, acordos celebrados pelo titular da patente do IFA do medicamento original com um ou vários operadores potenciais de genéricos podem ter efeitos muito sensíveis sobre a concorrência. De facto, dependendo da posição e do número desses fabricantes de genéricos concorrentes, tais acordos podem ter como efeito eliminar em grande parte, ou mesmo totalmente, a concorrência potencial relativa ao produto em causa. Ora, tal é suscetível não apenas de atrasar a abertura do mercado aos produtos genéricos e, consequentemente, a inerente descida de preços, mas igualmente de reduzir os incentivos do operador no mercado, que conserva a sua renda de monopólio, em termos de inovação para o desenvolvimento de novos produtos.

210. No caso em apreço, a paroxetina produzida pela GSK era claramente a única paroxetina presente no mercado britânico até à caducidade da patente da molécula e do direito à exclusividade dos dados relativos ao IFA desse medicamento, embora, nessa altura, vários fabricantes de genéricos previssem entrar no mercado com a paroxetina genérica. De acordo com as indicações do CAT, neste caso, tratava-se precisamente e, pelo menos num primeiro momento, também unicamente, da IVAX, da GUK e da Alpharma, sendo que, nomeadamente, as duas primeiras eram fornecedores de primeiro plano de produtos genéricos no Reino Unido¹⁶⁶.

163 V. n.º 188, *supra*, das presentes conclusões.

164 V. Acórdãos de 12 de dezembro de 1967, Brasserie de Haecht (23/67, EU:C:1967:54, Colet., p. 707), de 11 de dezembro de 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, n.º 19), e de 28 de fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, EU:C:1991:91, n.º 14), bem como Despacho de 28 de setembro de 2006, Unilever Bestfoods/Comissão (C-552/03 P, EU:C:2006:607, n.ºs 53).

165 V., quanto a esta questão, n.ºs 27, 40, 41, 72, 76 e 85, *supra*, das presentes conclusões.

166 V. n.ºs 10 a 12, *supra*, das presentes conclusões.

211. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, com base nos critérios definidos na jurisprudência, se, nessas condições, os acordos GUK e Alpharma não tiveram apenas efeitos, mas igualmente efeitos sensíveis sobre a concorrência. Para tal, o CAT poderá ter em conta não apenas cada acordo isoladamente, mas também os seus efeitos cumulativos sobre a situação global do mercado. De igual modo, o CAT poderá ter em conta o acordo IVAX que, apesar de não dar origem a uma sanção por motivo de restrição da concorrência por objetivo ou por efeito¹⁶⁷, é indubitavelmente um elemento relevante do contexto económico e jurídico no qual se inseriram os acordos GUK e Alpharma.

3) Conclusão

212. Decorre das considerações que antecedem que um acordo de resolução amigável de um litígio entre o titular de uma patente de um medicamento e o fabricante de um produto genérico desse medicamento constitui uma restrição da concorrência por efeito proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE se esse acordo tiver como efeito eliminar a concorrência entre esses operadores e se esse efeito for sensível em virtude do contexto do acordo, que inclui, nomeadamente, a estrutura do mercado, a posição das partes nesse mercado e, sendo caso disso, a existência de outros acordos do mesmo tipo. Em contrapartida, a conclusão de que esse acordo tem tais efeitos restritivos da concorrência não pressupõe que se verifique que, se o referido acordo não existisse, o fabricante de genéricos teria provavelmente obtido ganho de causa no litígio relativo à patente ou as partes teriam provavelmente celebrado um acordo de resolução amigável menos restritivo.

2. Quanto ao artigo 102.º TFUE

213. As questões do CAT relativas ao artigo 102.º TFUE incidem, por um lado, sobre a questão de saber se as versões genéricas da paroxetina podiam ser tomadas em consideração para efeitos da definição do mercado relevante no qual a GSK operava e, por outro, sobre a questão de saber se a celebração dos acordos IVAX, GUK e Alpharma pela GSK pode ser qualificada como abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE.

a) Quanto à definição do mercado relevante (questão prejudicial n.º 7)

214. Antes de responder à questão do CAT relativa à definição do mercado relevante para efeitos da aplicação do artigo 102.º TFUE, há que delimitar de forma mais precisa os contornos desta questão.

1) Quanto ao alcance da questão prejudicial n.º 7

215. Com a sua questão prejudicial n.º 7, o CAT pretende saber se, quando, no plano terapêutico, um produto farmacêutico patenteado possa ser substituído por uma série de outros produtos de uma classe e a pretensa prática abusiva na aceção do artigo 102.º consista no facto de o titular da patente excluir do mercado as versões genéricas desse produto, importa ter em conta os referidos produtos genéricos para efeitos da definição do mercado de produtos relevante, embora não seja possível saber se podiam ser introduzidos no mercado antes da caducidade da patente em causa sem a violar.

216. No processo principal, as partes estão de acordo quanto ao facto de o mercado geográfico relevante para efeitos da aplicação do artigo 102.º TFUE ser o Reino Unido. Em contrapartida, estão em desacordo quanto à questão de saber se o mercado de produtos relevante era composto apenas pela paroxetina, como sustenta a CMA¹⁶⁸, ou se, pelo contrário, incluía todos os medicamentos

¹⁶⁷ V. n.ºs 28 e 29, *supra*, das presentes conclusões.

¹⁶⁸ N.º 4.97 da decisão da CMA.

antidepressivos da família dos ISRS de que a mesma faz parte¹⁶⁹, como afirma a GSK. Esta questão é crucial na medida em que a GSK admite que, se se definir que o mercado de produtos relevante é apenas o da paroxetina, então tinha uma posição dominante à data da celebração dos acordos, enquanto a CMA admite que, se se definir que esse mercado engloba todos os ISRS, então a GSK não tinha aí uma posição dominante.

217. Na sua sentença¹⁷⁰, tal como no seu pedido de decisão prejudicial, o CAT referiu que preferia a abordagem da CMA, de acordo com a qual o mercado de produtos relevante era apenas o da paroxetina e não o de todos os ISRS. Contudo, observa que necessita de uma resposta à questão, controversa entre as partes, de saber se há que incluir as versões genéricas da paroxetina para efeitos da definição do mercado de produtos à data da celebração dos acordos, embora, nessa altura, esses produtos genéricos ainda não se encontrassem no mercado e não se saiba, dada a incerteza quanto ao desfecho dos litígios entre a GSK e os fabricantes de genéricos, se aí podiam entrar sem violar os direitos de patente da GSK.

218. Decorre das considerações constantes da sentença do CAT¹⁷¹ que este considera que a resposta a esta questão é decisiva porque, no seu entender, o mercado de produtos relevantes no qual a paroxetina se desenvolveu mudou com o surgimento da ameaça de entrada no mercado dos genéricos desse medicamento. Assim, ao passo que antes do surgimento dessa ameaça, podia considerar-se que a paroxetina integrava o mercado mais amplo de todos os ISRS, com o surgimento da ameaça de entrada dos genéricos da paroxetina, formou-se um mercado de produtos próprio apenas para essa molécula. Esta abordagem é relevante, segundo o CAT, nomeadamente porque a definição do mercado relevante para efeitos do artigo 102.º TFUE reveste um carácter dinâmico e deve ser efetuada tendo em conta o comportamento abusivo em análise. Ora, para confirmar tal abordagem, o CAT necessita de saber se pode incluir os genéricos da paroxetina, embora ainda não existissem no mercado à data da celebração dos acordos, na sua análise do mercado relevante no qual o comportamento da GSK ocorreu.

219. Importa recordar que a posição dominante referida no artigo 102.º TFUE diz respeito a uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado relevante, conferindo-lhe a possibilidade de se comportar com um grau apreciável de independência relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por último, aos seus consumidores¹⁷².

220. Por conseguinte, a definição do mercado relevante é, no âmbito da aplicação do artigo 102.º TFUE, efetuada para definir o perímetro dentro do qual deve ser apreciada a questão de saber se uma empresa pode comportar-se com um grau apreciável de independência relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e aos consumidores. O conceito de mercado relevante implica, assim, que possa haver uma concorrência efetiva entre os produtos ou serviços que dele fazem parte, o que pressupõe um grau suficiente de permutabilidade para a mesma utilização entre todos os produtos ou serviços que façam parte de um mesmo mercado¹⁷³. As possibilidades de concorrência devem, portanto, ser apreciadas no âmbito do mercado que agrupa o conjunto dos produtos que, em

169 V. n.º 9, *supra*, das presentes conclusões.

170 V. n.ºs 395, 402, 407 e 409, *supra*, da sentença do CAT.

171 V. n.ºs 395 a 409 da sentença do CAT.

172 Acórdãos de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continental/Comissão* (27/76, EU:C:1978:22, n.º 65), e de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, EU:C:1979:36, n.º 38).

173 Acórdãos de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, EU:C:1979:36, n.º 28), e de 23 de janeiro de 2018, *F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2018:25, n.º 51)*.

função das suas características, estão particularmente aptos para satisfazer as necessidades constantes e são pouco substituíveis por outros produtos. Neste contexto, há que não restringir a apreciação às características objetivas dos produtos em questão, devendo as condições da concorrência e a estrutura da procura e da oferta no mercado ser igualmente tomadas em consideração¹⁷⁴.

221. Como a Comissão resumiu no n.º 2 da sua Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência¹⁷⁵, esta definição constitui, assim, um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas. Por conseguinte, o seu principal objetivo consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar e identificar os concorrentes efetivos suscetíveis de restringir o comportamento dessas empresas ou de as impedir de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva. Por outras palavras, trata-se, de acordo com o Tribunal de Justiça, de analisar se existem produtos concorrentes que exerçam uma pressão concorrencial significativa sobre as empresas em causa¹⁷⁶.

222. Tal análise dos condicionalismos concorrenciais que uma determinada empresa enfrenta, baseada nas condições de concorrência e na estrutura da procura e da oferta num determinado mercado, tem, naturalmente, um caráter dinâmico. Afigura-se, por isso, perfeitamente concebível que o surgimento de uma nova oferta de produtos modifique a estrutura do mercado relevante de modo que exclua desse mercado outros produtos que anteriormente faziam parte dele. Assim, no caso concreto, não se pode excluir que o mercado relevante no qual a paroxetina se desenvolveu fosse composto, como parece considerar o CAT, por todos os ISRS no início do ciclo de vida desse princípio ativo, embora esse mercado se tenha depois modificado de modo que compreenda unicamente a paroxetina quando surgiu a ameaça de entrada no mercado dos genéricos desta molécula.

223. Contudo, importa observar que, no âmbito de um processo de reenvio prejudicial no termos do artigo 267.º TFUE, qualquer apreciação dos factos da causa é da competência do órgão jurisdicional de reenvio¹⁷⁷. Por conseguinte, no caso em apreço, é ao CAT que compete apreciar a pressão concorrencial que o Seroxat enfrentava e, desse modo, definir o mercado relevante no qual este produto se desenvolveu. Compete, portanto, apenas ao CAT analisar a pressão concorrencial exercida sobre o Seroxat tanto pelos outros ISRS como, sendo caso disso, pelos genéricos da paroxetina e, consequentemente, determinar se e, se for o caso, em que período, esses medicamentos faziam parte do mesmo mercado relevante ou de mercados relevantes diferentes.

224. Daqui decorre que a função do Tribunal de Justiça se limita, no âmbito da presente questão prejudicial, a esclarecer o CAT sobre a questão de saber se, na apreciação da pressão concorrencial a que o Seroxat estava exposto à data da celebração dos acordos em causa, pode ter em conta os genéricos da paroxetina, embora, nessa altura, estes ainda não tivessem entrado no mercado e não fosse certo que pudessem entrar no mercado sem violar os direitos de patente da GSK.

174 V. Acórdãos de 9 de novembro de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão* (322/81, EU:C:1983:313, n.º 37), de 1 de julho de 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 32), e de 23 de janeiro de 2018, *F. Hoffmann-La Roche e o.* (C-179/16, EU:C:2018:25, n.º 51), bem como Acórdãos do Tribunal Geral de 1 de julho de 2010, *AstraZeneca/Comissão* (T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 30), e de 29 de março de 2012, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão* (T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 111). V., igualmente, nesse sentido, Acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, EU:C:1973:22, n.º 32), e de 14 de novembro de 1996, *Tetra Pak/Comissão* (C-333/94 P, EU:C:1996:436, n.º 13).

175 JO 1997, C 372, p. 5.

176 V., nesse sentido, Acórdão de 6 de dezembro de 2012, *AstraZeneca/Comissão* (C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.ºs 38 e segs.).

177 V. Acórdãos de 1 de julho de 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 30), e de 14 de março de 2013, *Allianz Hungária Biztosító e o.* (C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 29).

2) Quanto à inclusão dos genéricos da paroxetina para efeitos da determinação do mercado relevante

225. Decorre da formulação da sétima questão prejudicial do CAT que a sua dúvida quanto à questão de saber se pode ter em conta os genéricos da paroxetina na definição do mercado de produtos relevante à data da celebração dos acordos prende-se, antes de mais, com o facto de não ser possível determinar se esses genéricos podiam entrar no mercado sem violar os direitos de patente da GSK antes da caducidade destes.

226. Contudo, a este propósito, decorre das considerações tecidas *supra* que a incerteza quanto à validade da patente de um medicamento e ao carácter contrafeito de um produto genérico não inviabiliza, de modo algum, a existência de uma relação concorrencial entre os operadores em causa. De facto, como ficou demonstrado, tal incerteza é, pelo contrário, um elemento constitutivo das relações de concorrência potencial entre titulares de patentes e fabricantes de medicamentos genéricos no setor farmacêutico¹⁷⁸.

227. De igual modo, não compete às autoridades da concorrência dedicar-se a fazer análises e previsões sobre a licitude, em termos de direito das patentes, da entrada no mercado de um genérico de um medicamento patenteado¹⁷⁹. Por conseguinte, o estado de incerteza que rodeia a licitude da introdução no mercado de um medicamento genérico à luz do direito das patentes não se opõe a que uma autoridade da concorrência, para efeitos da aplicação do direito da concorrência, conclua que esse medicamento está numa relação de concorrência com o medicamento original protegido pela patente cuja violação é alegada e, consequentemente, integra o mesmo mercado de produto que este¹⁸⁰.

228. Daqui decorre que não é a incerteza quanto à questão de saber se os fabricantes de genéricos podiam entrar no mercado antes da caducidade dos direitos de patente da GSK sem violar estes direitos que pode impedir o CAT de ter em conta os genéricos da paroxetina para efeitos da definição do mercado de produtos relevante no âmbito do presente processo.

229. Contudo, decorre das explicações do CAT que as suas dúvidas a este respeito se prendem não apenas com o facto de não se saber se os genéricos da paroxetina podiam entrar no mercado sem violar os direitos de patente da GSK na data relevante, mas igualmente com o facto de, nessa data, esses genéricos não se encontrarem ainda no mercado e não serem, por isso, concorrentes atuais da GSK.

230. A este propósito, a GSK alega que uma eventual pressão concorrencial exercida sobre um produto por produtos fornecidos por potenciais concorrentes não é importante para definir o mercado relevante para efeitos da aplicação do artigo 102.º TFUE. A análise da substituíbilidade dos produtos deve, pelo contrário, ser realizada apenas tendo como referência produtos que estejam efetivamente disponíveis no mercado na data em causa. Este ponto de vista é confirmado pelo n.º 24 da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência¹⁸¹, que refere que a concorrência potencial não é tomada em consideração na definição dos mercados.

178 V. n.ºs 67 a 70, 77 e 94, *supra*, das presentes conclusões.

179 V. n.ºs 77 a 82, *supra*, das presentes conclusões.

180 V., nesse sentido, Acórdãos de 7 de fevereiro de 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, n.ºs 14 e 19 a 21), e de 23 de janeiro de 2018, F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2018:25, n.ºs 48 e segs.); v., igualmente, Conclusões apresentadas pelo advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe no processo F. Hoffmann-La Roche e o. (C-179/16, EU:C:2017:714, n.ºs 85 e segs.).

181 JO 1997, C 372, p. 5.

231. Todavia, decorre da jurisprudência que o critério para apreciar se um produto pode ser tomado em consideração para efeitos da definição do mercado de produtos relevante no âmbito da aplicação do artigo 102.º TFUE não é necessariamente o de saber se o respetivo produtor é um concorrente potencial, mas antes o de saber se este pode entrar no mercado com suficiente rapidez e força para exercer uma pressão concorrencial significativa sobre a empresa estabelecida no mercado relevante.

232. De facto, como já foi referido, a definição do mercado relevante é, no âmbito da aplicação de artigo 102.º TFUE, efetuada para definir o perímetro dentro do qual deve ser apreciada a questão de saber se uma empresa pode comportar-se com um grau apreciável de independência relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e aos consumidores e, assim, impedir a manutenção de uma concorrência efetiva. A definição do mercado relevante serve, portanto, para identificar os condicionalismos concorrenciais significativos que as empresas em causa têm de enfrentar¹⁸².

233. Ora, na identificação de tais condicionalismos concorrenciais num determinado mercado, pode ter-se em conta não apenas a substituíbilidade do lado da procura, mas igualmente a substituíbilidade do lado da oferta quando esta tenha efeitos equivalentes aos da substituíbilidade do lado da procura em termos de imediatismo e eficácia. Neste contexto, o critério da substituíbilidade do lado da oferta implica que os produtores possam, através de uma simples adaptação, concorrer nesse mercado com força suficiente para constituir um contrapeso sério aos produtores já ativos no mercado¹⁸³.

234. Como analisou o Tribunal Geral, embora seja verdade que as questões da concorrência potencial e da substituíbilidade do lado da oferta se sobrepõem parcialmente, elas distinguem-se, contudo, pelo carácter imediato ou não da possível entrada do concorrente em causa no mercado¹⁸⁴. Assim, a substituíbilidade necessária para efeitos da definição do mercado relevante deve materializar-se a curto prazo¹⁸⁵.

235. No caso em apreço, a questão de saber se as versões genéricas da paroxetina podem ser tomadas em consideração para efeitos da definição do mercado de produtos no qual a GSK operava à data da celebração dos acordos diz respeito à substituíbilidade do lado da oferta, uma vez que se trata de saber se os produtores dessas versões genéricas podiam entrar no mercado com suficiente rapidez e força para exercer uma pressão concorrencial significativa sobre a GSK antes mesmo da sua entrada no mercado.

236. Por conseguinte, para apreciar essa questão, o órgão jurisdicional de reenvio deverá analisar se, apesar da incerteza quanto ao desfecho dos litígios relativos à patente em curso entre a GSK, por um lado, e a IVAX¹⁸⁶, a GUK e a Alpharma, por outro, estas exerciam uma pressão concorrencial significativa sobre a GSK à data da celebração dos acordos, porque podiam entrar no mercado com suficiente rapidez e força para constituir um contrapeso sério à GSK.

237. Como foi referido, nessa análise, importa ter em conta as condições de concorrência e a estrutura da procura e da oferta no mercado relevante¹⁸⁷. Por conseguinte, no caso concreto, o CAT poderá ter em conta, nomeadamente, o facto de, no setor farmacêutico, ser normal que, após a caducidade dos direitos de patente do IFA de um medicamento original, os fabricantes de genéricos exerçam uma

182 V. n.º 219 a 221, *supra*, das presentes conclusões.

183 V. Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão (6/72, EU:C:1973:22, n.º 33), bem como Acórdãos do Tribunal Geral de 7 de julho de 1999, British Steel/Comissão (T-89/96, EU:T:1999:136, n.º 84), de 28 de abril de 2010, Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comissão (T-446/05, EU:T:2010:165, n.º 57), e de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão (T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 113); v., igualmente, n.ºs 20 e segs. da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5).

184 Acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão (T-191/98 e T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, n.º 834).

185 Acórdão do Tribunal Geral de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão (T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 123).

186 Quanto à inclusão da IVAX para efeitos da aplicação da proibição do abuso de posição dominante, v. n.ºs 28, 29 e 49, *supra*, das presentes conclusões.

187 V. n.º 220, *supra*, das presentes conclusões.

forte pressão concorrencial sobre o laboratório de medicamentos originais, não obstante a existência de eventuais patentes de processo que não impedem, independentemente da questão da sua validade, os fabricantes de genéricos de entrar no mercado com o IFA em questão fabricado de acordo com outros processos¹⁸⁸.

238. De igual modo, o CAT deverá tomar em consideração o andamento dos preparativos de cada um dos fabricantes de genéricos em causa para a sua entrada no mercado, em termos, nomeadamente, de investimentos, de constituição de *stocks* do medicamento em questão ou ainda de diligências comerciais e de pedido e obtenção da AIM para os seus produtos.

239. Por último, poderão ser igualmente tidos em conta elementos que demonstrem a perceção, por parte da GSK, da iminência da ameaça de entrada no mercado da IVAX, da GUK e da Alpharma para avaliar o caráter significativo da pressão concorrencial exercida por estes fabricantes sobre a GSK na data em causa. A este respeito, revela-se relevante, nomeadamente, que a GSK estivesse disposta a efetuar avultadas transferências de valor a favor desses fabricantes para incentivá-los a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente, transferências de valor essas que não fariam sentido se os fabricantes de genéricos não exercessem pressão concorrencial sobre a GSK.

3) Conclusão

240. Resulta das considerações que antecedem que as versões genéricas de um medicamento patenteado que ainda não se encontrem no mercado na data em causa podem ser tomadas em consideração para efeitos da definição do mercado de produtos relevante na aceção do artigo 102.º TFUE se os respetivos fabricantes puderem entrar no mercado com suficiente rapidez e força para constituir um contrapeso sério ao medicamento patenteado e, assim, exercer uma pressão concorrencial significativa sobre o titular da patente, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Neste contexto, o facto de, na data em causa, existir uma incerteza quanto à questão de saber se as referidas versões genéricas podem entrar no mercado antes da caducidade dos direitos de patente do titular sem violar esses direitos não significa que não exista uma relação concorrencial entre o titular da patente e os fabricantes de genéricos em causa e, por conseguinte, não impede que se tenha em conta os produtos genéricos em questão para efeitos da definição do mercado de produtos relevante.

b) Quanto ao abuso de posição dominante (questões prejudiciais n.ºs 8 a 10)

241. As questões prejudiciais do CAT relativas ao abuso de posição dominante articulam-se em torno de dois pontos centrais. Com a primeira série de questões, o CAT pretende saber se a celebração de acordos como os acordos IVAX, GUK e Alpharma, considerados isoladamente ou no seu conjunto, pelo titular de uma patente que se encontre numa posição dominante, constitui um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE. A segunda série de questões gira em torno do entendimento, a este propósito, dos benefícios proporcionados pelos acordos em questão.

242. Assim, por um lado, com a sua questão n.º 8, o CAT pretende saber, antes de mais, se o facto de o titular de uma patente que se encontre numa posição dominante celebrar um acordo nas circunstâncias descritas nas questões n.ºs 3 a 5, constitui um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE. Em seguida, com a sua questão n.º 9, o CAT pergunta se a resposta a essa questão será diferente quando o acordo em causa não tenha sido celebrado como resolução amigável de um processo judicial pendente, mas para evitar que tal processo judicial seja iniciado, como foi o caso no

¹⁸⁸ V. n.ºs 10, 11, 27, 40, 41, 42, 72, 85 e 119, *supra*, das presentes conclusões.

que diz respeito ao acordo IVAX. Por último, com a sua questão n.º 10, alínea a), o CAT pretende saber se a resposta a essas questões será diferente quando o titular da patente tenha como estratégia celebrar vários acordos desse tipo para eliminar o risco de uma entrada independente de um produto genérico no mercado.

243. Por outro lado, com a sua questão n.º 10, alíneas b) e c), o CAT interroga o Tribunal de Justiça sobre o entendimento, para efeitos do artigo 102.º TFUE, dos benefícios proporcionados pelo acordo IVAX. É conveniente abordar igualmente, no tratamento desta questão, os benefícios proporcionados pelos acordos GUK e Alpharma. De facto, o CAT refere-se a estes benefícios na sua questão n.º 8, ao remeter para as circunstâncias descritas nas questões n.ºs 3 a 5: como decorre das considerações tecidas *supra*, as circunstâncias invocadas nas questões n.ºs 3 e 4 relacionam-se com a situação em matéria de patentes e com os compromissos respetivos das partes nos acordos GUK e Alpharma, enquanto as circunstâncias referidas na questão n.º 5 dizem respeito aos benefícios proporcionados por esses acordos¹⁸⁹. Por conseguinte, é conveniente tratar destas circunstâncias em conjunto com a apreciação dos benefícios proporcionados pelo acordo IVAX, para efeitos da questão n.º 10, alíneas b) e c).

1) Quanto à qualificação da celebração de um ou vários acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes como abuso de posição dominante [(questões prejudiciais n.ºs 8, 9 e 10, alínea a)]

244. Como acaba de ser referido, com as suas questões n.ºs 8, 9 e 10, alínea a), o CAT pergunta ao Tribunal de Justiça se a celebração de acordos como os acordos IVAX, GUK e Alpharma, considerados isoladamente ou no seu conjunto, pelo titular de uma patente que se encontre numa posição dominante, constitui um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE. Assim, essas questões dizem respeito, nomeadamente, à articulação da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE.

i) Quanto à articulação da aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE

245. A este respeito, o Tribunal de Justiça já esclareceu que decorre dos próprios termos dos artigos 101.º e 102.º TFUE que uma mesma prática pode dar lugar a uma infração às duas disposições, que podem, por isso, ser aplicadas de forma concomitante¹⁹⁰. De facto, como o artigo 102.º TFUE se refere de forma expressa a situações que manifestamente tenham a sua origem em relações contratuais, nestes casos, as autoridades da concorrência têm a possibilidade, atendendo nomeadamente à natureza dos compromissos reciprocamente assumidos e à posição concorrencial dos diversos contratantes no mercado ou nos mercados a que pertencem, de dar continuidade ao processo com base no artigo 101.º ou no artigo 102.º TFUE¹⁹¹.

246. Apesar de terem a mesma finalidade, ou seja, a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado interno, os artigos 101.º e 102.º TFUE distinguem-se, no entanto, na medida em que o artigo 101.º TFUE se aplica aos acordos entre empresas, decisões de associação de empresas e práticas concertadas, enquanto o artigo 102.º TFUE se refere à ação unilateral de uma ou várias empresas¹⁹².

247. Além disso, o artigo 101.º TFUE aplica-se aos acordos, decisões e práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros de modo sensível, sem tomar em consideração a posição das empresas em causa no mercado. Em contrapartida, o artigo 102.º TFUE aplica-se ao comportamento de um ou vários operadores económicos, que consiste em explorar de modo abusivo

189 V. n.ºs 95, 96 e 142, *supra*, das presentes conclusões.

190 Acórdão de 16 de março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão* (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 33); v., igualmente, Acórdãos de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, EU:C:1979:36, n.º 116), e de 11 de abril de 1989, *Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro* (66/86, EU:C:1989:140, n.º 37), bem como Acórdão do Tribunal Geral de 10 de julho de 1990, *Tetra Pak/Comissão* (T-51/89, EU:T:1990:41, n.ºs 21, 25 e 30).

191 Acórdão de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, EU:C:1979:36, n.º 116).

192 Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, EU:C:1973:22, n.º 25).

uma situação de poder económico que permite ao operador em causa impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em questão, conferindo-lhe a possibilidade de se comportar com um grau apreciável de independência relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por último, aos consumidores¹⁹³.

248. É verdade que a verificação da existência de uma posição dominante não implica, em si, qualquer censura relativamente à empresa em questão¹⁹⁴, uma vez que o artigo 102.º TFUE não tem, de modo algum, como finalidade impedir que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, a posição dominante num mercado¹⁹⁵.

249. Contudo, a verificação de que uma empresa detém uma posição dominante num determinado mercado significa que incumbe a essa empresa, independentemente das causas de tal posição, a responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno¹⁹⁶. O âmbito de aplicação material desta responsabilidade especial que impende sobre uma empresa em posição dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfraquecimento da concorrência¹⁹⁷.

250. Quanto ao conceito de «exploração abusiva», trata-se de um conceito objetivo que se refere aos comportamentos de uma empresa em posição dominante que sejam suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente devido à presença dessa empresa, o grau de concorrência já esteja enfraquecido e que tenham como consequência impedir, recorrendo a meios diferentes dos que regem uma concorrência normal entre produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência¹⁹⁸. Daqui decorre que o artigo 102.º TFUE proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce, assim, a sua posição recorrendo a meios diferentes dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito¹⁹⁹.

251. Se a celebração de um acordo proibido pelo artigo 101.º TFUE é *a priori* sempre passível de constituir um meio diferente dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito, a celebração de tal acordo por uma empresa em posição dominante é, portanto, nomeadamente, passível de ser abrangida, além disso, pela proibição constante do artigo 102.º TFUE se for suscetível de influenciar a estrutura do mercado relevante por forma a entravar ou mesmo a eliminar a concorrência existente nesse mercado²⁰⁰.

193 Acórdão de 16 de março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão* (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 34).

194 Acórdãos de 9 de novembro de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão* (322/81, EU:C:1983:313, n.º 57), de 16 de março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão* (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 37), e de 27 de março de 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 21).

195 Acórdãos de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 24), e de 27 de março de 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 21).

196 Acórdãos de 9 de novembro de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão* (322/81, EU:C:1983:313, n.º 57), de 16 de março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão* (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 37), e de 27 de março de 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 23).

197 Acórdão de 14 de novembro de 1996, *Tetra Pak/Comissão* (C-333/94 P, EU:C:1996:436, n.º 24).

198 Acórdãos de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, EU:C:1979:36, n.º 91), de 3 de julho de 1991, *AKZO/Comissão* (C-62/86, EU:C:1991:286, n.º 69), e de 6 de dezembro de 2012, *AstraZeneca/Comissão* (C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 74).

199 Acórdãos de 3 de julho de 1991, *AKZO/Comissão* (C-62/86, EU:C:1991:286, n.º 70), de 6 de dezembro de 2012, *AstraZeneca/Comissão* (C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 75), e de 6 de setembro de 2017, *Intel/Comissão* (C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 136).

200 V., nesse sentido, Acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, EU:C:1973:22, n.ºs 24 a 26 e 29), e 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, EU:C:1979:36, n.ºs 120 e 125), bem como Acórdãos do Tribunal Geral de 10 de julho de 1990, *Tetra Pak/Comissão* (T-51/89, EU:T:1990:41, n.º 24), e de 23 de outubro de 2003, *Van den Bergh Foods/Comissão* (T-65/98, EU:T:2003:281, n.ºs 159 e 160).

ii) Quanto à celebração dos acordos em causa no processo principal como utilização pela GSK de meios diferentes dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito

252. No caso em apreço, decorre das explicações do CAT que este considera que a resposta às suas questões prejudiciais relativas ao artigo 102.º TFUE depende, em grande medida, da resposta às suas perguntas relativas à questão de saber se os acordos celebrados pela GSK eram passíveis de constituir restrições da concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º TFUE, de modo que a sua celebração era igualmente passível de constituir um meio diferente dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito, utilizado pela GSK para reforçar a sua posição no mercado na aceção do artigo 102.º TFUE. Ora, decorre das considerações tecidas *supra* que, sem prejuízo das verificações que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, tal é o caso no que respeita aos acordos GUK e Alpha²⁰¹.

253. Igualmente sem prejuízo das verificações em matéria de facto que compete ao CAT efetuar, a conclusão não pode ser outra no que respeita ao acordo IVAX, que não foi objeto de sanção por parte da CMA à luz da proibição dos acordos anticoncorrenciais e que não foi especificamente analisado *supra* a propósito das questões sobre o artigo 101.º TFUE²⁰². Assim, segundo as indicações do CAT, a única diferença visível entre o acordo IVAX e os acordos GUK e Alpha residia no facto de não existir qualquer processo judicial pendente entre as partes à data da celebração do acordo IVAX. Contudo, segundo o CAT, se esse acordo não tivesse sido celebrado, a IVAX teria querido entrar no mercado de forma independente e a GSK teria intentado uma ação por contrafação da patente contra a IVAX. Além disso, ainda que, contrariamente aos acordos GUK e Alpha, não existisse no acordo IVAX qualquer restrição contratual expressa à entrada independente da IVAX no mercado²⁰³, segundo o CAT, essa era, todavia, a intenção das partes e foi dessa forma que estas entenderam o acordo.

254. Daqui decorre que, sem prejuízo da questão de saber se o acordo IVAX constituía então igualmente uma restrição da concorrência por objetivo na aceção artigo 101.º TFUE e se a sua isenção da proibição prevista nesta disposição para efeitos do direito britânico estava em conformidade com o direito da União, o que não cabe ao Tribunal de Justiça decidir no âmbito do presente processo, há que concluir que as considerações tecidas *supra* relativamente aos acordos GUK e Alpha se aplicam também plenamente no que respeita ao acordo IVAX. Assim, se este não tinha qualquer outro objetivo, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, que não fosse o de incentivar a IVAX a abster-se de entrar no mercado de forma independente através de uma transferência de valor por parte da GSK, sem outra contrapartida para além da referida abstenção, a sua celebração corresponde à utilização pela GSK de um meio diferente dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito e é, por isso, suscetível de constituir um abuso de posição dominante na aceção artigo 102.º TFUE. O facto de o acordo IVAX não ter sido celebrado como resolução amigável de um processo judicial pendente, mas para evitar que tal processo judicial fosse iniciado, não pode, na verdade, alterar em nada essa conclusão.

iii) Quanto à celebração pela GSK dos acordos em causa no processo principal como meio de influenciar a estrutura do mercado relevante por forma a entravar ou mesmo a eliminar a concorrência existente nesse mercado

255. Relativamente ao entendimento dos acordos em causa no processo principal do ponto de vista do artigo 102.º TFUE, importa, a título preliminar, referir que, como esclareceu a jurisprudência, embora seja verdade que a existência de uma posição dominante não pode privar uma empresa que se encontre nessa posição do direito de preservar os seus próprios interesses comerciais quando estes

201 V. n.º 141, *supra*, das presentes conclusões.

202 V. n.ºs 28, 29 e 49 e segs., *supra*, das presentes conclusões.

203 V. n.º 14, *supra*, das presentes conclusões.

sejam atacados, tal defesa não pode ser admitida se se manifestar através de um comportamento constitutivo de um abuso de posição dominante²⁰⁴. De igual modo, embora o exercício de uma prerrogativa do titular de um direito de propriedade intelectual, mesmo quando se trate de uma empresa em posição dominante, não constitua, em si mesmo, um abuso desta posição, o exercício do direito exclusivo do titular pode, em circunstâncias excepcionais, originar um comportamento abusivo²⁰⁵.

256. Em seguida, como foi referido *supra*, a celebração por uma empresa em posição dominante de um acordo proibido pelo artigo 101.º TFUE, que constitui a utilização de um meio diferente dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito, pode, nomeadamente, ser também abrangida pela proibição constante do artigo 102.º TFUE se for suscetível de influenciar a estrutura do mercado relevante por forma a entrar ou mesmo a eliminar a concorrência existente nesse mercado²⁰⁶. A verificação de que a celebração de um acordo constitui também uma prática proibida pelo artigo 102.º TFUE depende, por conseguinte, nomeadamente, da estrutura concorrencial do mercado relevante e da posição das partes no acordo nesse mercado²⁰⁷.

257. No caso concreto, se se provar que um acordo entre o titular de uma patente de um medicamento, que tenha uma posição dominante no mercado relevante, e o fabricante de um genérico desse medicamento tem como objetivo incentivar o segundo a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente através de uma transferência de valor, sem outra contrapartida para além do referido abandono, a celebração de tal acordo pelo titular da patente é passível de ser abrangida pela proibição constante do artigo 102.º TFUE se tiver como efeito influenciar a estrutura da concorrência no mercado relevante de forma a entrar o desenvolvimento dessa concorrência ou mesmo a eliminá-la.

258. Ora, esta consequência é tanto mais previsível quanto, como foi referido, devido às características inerentes ao setor farmacêutico, tal acordo celebrado entre o titular de uma patente e um fabricante de genéricos pode, em função do momento em que é celebrado e da posição e do número de concorrentes genéricos potenciais, ter como efeito eliminar, em grande parte ou mesmo completamente, a concorrência potencial relativa ao produto em causa²⁰⁸, reforçando assim a posição do titular da patente através do recurso a um meio diferente dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito.

259. Contudo, decorre dos factos subjacentes ao litígio no processo principal que a GSK não foi punida à luz da disposição interna equivalente ao artigo 102.º TFUE pela celebração de apenas um acordo anticoncorrencial, mas pela celebração dos acordos IVAX, GUK e Alpharma no seu conjunto²⁰⁹.

260. Por conseguinte, a questão que se coloca no caso em apreço não é a de saber se a celebração de apenas um desses acordos é passível de constituir um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE por parte da GSK, mas se a celebração de todos esses acordos pode ser objeto de tal qualificação.

204 V., Acórdão de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continental/Comissão* (27/76, EU:C:1978:22, n.º 189).

205 Acórdãos de 5 de outubro de 1988, *Volvo* (238/87, EU:C:1988:477, n.ºs 8 e 9), de 29 de abril de 2004, *IMS Health* (C-418/01, EU:C:2004:257, n.ºs 34 e 35), e de 16 de julho de 2015, *Huawei Technologies* (C-170/13, EU:C:2015:477, n.ºs 46 e 47).

206 V. n.º 251, *supra*, das presentes conclusões.

207 V., nesse sentido, igualmente, jurisprudência referida nos n.ºs 245 e 249, *supra*, das presentes conclusões.

208 V. n.ºs 208 e 209, *supra*, das presentes conclusões.

209 V. n.ºs 28 e 49, *supra*, das presentes conclusões.

261. Nestas condições, caberá ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se a celebração pela GSK dos acordos IVAX, GUK e Alpharma era suscetível de entravar ou mesmo eliminar a concorrência no mercado relevante e, assim, de reforçar a posição dominante da GSK com recurso a meios diferentes dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito. No âmbito dessa análise, o CAT poderá ter em conta, nomeadamente, a posição e a importância respetivas dos fabricantes de genéricos em causa em termos de pressão concorrencial exercida sobre a GSK, bem como a existência ou inexistência de outras fontes de condicionalismos concorrenciais na data em causa²¹⁰. De igual modo, o CAT poderá tomar em consideração a existência de uma eventual intenção anticoncorrencial e de uma estratégia global por parte da GSK com vista a eliminar os seus concorrentes, que constituem elementos de facto passíveis de ser tidos em conta na determinação da existência de abuso de posição dominante²¹¹.

iv) Conclusão

262. Decorre das considerações que antecedem que a celebração de vários acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes, tenham estes dado origem a processos judiciais ou não, pelo titular de uma patente que ocupe uma posição dominante no mercado relevante com vários fabricantes de genéricos constitui um abuso de posição dominante se esses acordos tiverem como objetivo incentivar os referidos fabricantes a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente através de uma transferência de valor, sem outra contrapartida para além do referido abandono, e se a sua celebração for suscetível de influenciar a estrutura do mercado relevante por forma a entravar ou mesmo a eliminar a concorrência existente nesse mercado e a reforçar, assim, a posição dominante do titular da patente com recurso a meios diferentes dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

2) Quanto aos benefícios proporcionados pelos acordos em causa no processo principal [questão prejudicial n.º 10, alíneas b) e c)]

263. Com a sua questão prejudicial n.º 10, alíneas b) e c), em conjugação com a sua questão n.º 8, o CAT pergunta se a resposta às suas questões precedentes sobre o abuso de posição dominante será diferente quando os acordos em causa tenham proporcionado determinados benefícios ao sistema nacional de saúde e aos consumidores, que, no entanto, eram claramente inferiores aos benefícios que uma entrada independente de genéricos no mercado teria proporcionado²¹². Além disso, o CAT pretende saber que papel desempenha, a este propósito, o facto de as partes não terem intenção de gerar esses benefícios quando celebraram os acordos em causa.

264. Em matéria de facto, o CAT refere-se aqui, por um lado, no que respeita aos acordos GUK e Alpharma, aos benefícios limitados, referidos *supra*, proporcionados por estes aos consumidores em termos de custos e de qualidade²¹³. Por outro lado, no que respeita ao acordo IVAX, o CAT refere-se ao facto de este ter implicado uma redução do nível de reembolso da paroxetina por força da estrutura do sistema nacional de reembolso das farmácias pelas autoridades públicas de saúde, gerando poupanças substanciais para estas²¹⁴.

210 V., quanto a tais elementos, já, n.ºs 207 a 210, *supra*, das presentes conclusões.

211 V., nesse sentido, Acórdãos de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.ºs 19 e 20), e de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 50 a 57).

212 V. n.º 243, *supra*, das presentes conclusões.

213 V. n.ºs 143 e 144, *supra*, das presentes conclusões.

214 V. n.º 23, *supra*, das presentes conclusões.

i) Quanto à obrigação de tomar em consideração os alegados benefícios

265. Antes de mais, importa esclarecer que a questão de saber se gerar esses benefícios proporcionados aos consumidores e à caixa nacional de saúde era ou não intenção das partes no momento em que celebraram os acordos não é decisiva para a tomada em consideração pelo CAT dos referidos benefícios na sua análise da existência de um abuso de posição dominante por parte da GSK.

266. De facto, como foi referido *supra*, o conceito de «exploração abusiva» de posição dominante é um conceito objetivo²¹⁵. Além disso, embora eventuais intenções ou estratégias anticoncorrenciais por parte da empresa dominante possam ser tomadas em consideração para concluir pela existência de um abuso de posição dominante, a existência de tais intenções ou estratégias não é, de modo algum, indispensável para chegar a tal conclusão²¹⁶. Ora, tal deve significar, pelo contrário, que eventuais benefícios proporcionados por uma prática suscetível de ser abrangida pela proibição constante do artigo 102.º TFUE deverão igualmente ser apreciados de forma objetiva e sem exigência de uma intenção das partes nesse sentido.

267. Acresce que, como concluiu o Tribunal de Justiça no seu Acórdão proferido no processo Intel/Comissão, as autoridades e os órgãos jurisdicionais encarregados de aplicar o direito da concorrência estão obrigados a analisar todos os argumentos e elementos apresentados pela empresa em questão com vista a pôr em causa o mérito das conclusões quanto à existência de um abuso de posição dominante por parte desta. Neste quadro, as autoridades e os órgãos jurisdicionais em causa estão, nomeadamente, obrigados a analisar elementos apresentados pela empresa que sejam suscetíveis de demonstrar que os efeitos prejudiciais de uma determinada prática para a concorrência podem ser compensados ou mesmo superados por ganhos em termos de eficiência que beneficiem também o consumidor²¹⁷.

ii) Quanto à possibilidade de justificar comportamentos suscetíveis de ser abrangidos pela proibição enunciada no artigo 102.º TFUE

268. Em seguida, quanto ao impacto da tomada em consideração de tais elementos na conclusão de que existe um abuso de posição dominante, importa observar que, de acordo com a jurisprudência, uma empresa que detenha uma posição dominante pode justificar comportamentos suscetíveis de ser abrangidos pela proibição enunciada no artigo 102.º TFUE. Em especial, tal empresa pode demonstrar, para esse efeito, quer que o seu comportamento é objetivamente necessário quer que o efeito de eliminação que este comporta pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos em termos de eficiência que beneficiem também os consumidores²¹⁸.

269. A este respeito, o Tribunal de Justiça esclareceu que compete à empresa que detém uma posição dominante demonstrar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultar do comportamento em causa neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência e os interesses dos consumidores nos mercados afetados, que esses ganhos de eficiência foram ou são suscetíveis de ser realizados graças ao referido comportamento e que este é indispensável à realização desses ganhos e não elimina uma concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial²¹⁹.

215 V. n.º 250, *supra*, das presentes conclusões.

216 V., nesse sentido, Acórdão de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.ºs 19 a 21).

217 V., Acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 138 a 141).

218 Acórdão de 27 de março de 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.ºs 40 e 41 e jurisprudência referida); v., igualmente, Acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 140).

219 Acórdão de 27 de março de 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 42); v., também n.ºs 28 e segs. da Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (JO 2009, C 45, p. 7).

270. Ora, no caso em apreço, sem prejuízo das conclusões quanto aos factos, que são da competência do CAT, não se afigura, com base nas indicações fornecidas por este, que os benefícios proporcionados pelos acordos IVAX, GUK e Alpharma possam satisfazer as condições estabelecidas pelo Tribunal de Justiça para justificar um comportamento passível de ser abrangido pelo artigo 102.º TFUE e, dessa forma, escapar à proibição enunciada nesta disposição.

271. Assim, no que respeita aos benefícios proporcionados aos consumidores pelos acordos GUK e Alpharma, foi concluído *supra* que o fornecimento de quantidades limitadas de paroxetina pela GSK a esses fabricantes de genéricos não originava uma pressão concorrencial significativa sobre a GSK, mas correspondia apenas a uma reorganização controlada do mercado da paroxetina pela GSK, bem como à realização de transferências de valor não monetárias²²⁰. Ora, nada indica que se tenha passado de forma diferente no que respeita ao fornecimento de quantidades limitadas de paroxetina pela GSK à IVAX. O facto de este acordo ter tido ainda como efeito uma descida dos preços de reembolso do sistema nacional de saúde e, desse modo, ter permitido a este sistema realizar poupanças não pode, de facto, implicar qualquer alteração quanto ao mérito.

272. De facto, o artigo 102.º TFUE aplica-se não apenas às práticas que causem um prejuízo imediato aos consumidores, mas também às que lhes causem prejuízo por falsearem o jogo da concorrência²²¹. Por conseguinte, benefícios limitados proporcionados aos consumidores não podem compensar um prejuízo causado pela eliminação de qualquer concorrência no mercado relevante.

273. Ora, como decorre igualmente das considerações tecidas, os acordos IVAX, GUK e Alpharma tinham precisamente como efeito eliminar a concorrência efetiva em relação à paroxetina suprimindo a totalidade das fontes existentes de concorrência potencial à data da sua celebração, uma vez que incentivaram esses fabricantes de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente durante o período acordado em troca de uma transferência de valor. Por conseguinte, os benefícios limitados proporcionados por esses acordos não eram, de modo algum, suscetíveis de neutralizar ou mesmo de apenas compensar os efeitos negativos sobre a concorrência.

274. Tal é tanto mais verdade quanto, como foi igualmente referido, mesmo sem se saber se os fabricantes de genéricos teriam podido entrar no mercado de forma independente se não existissem os acordos, uma vez que o desfecho dos litígios relativos à patente entre a GSK e os fabricantes de genéricos era incerto, o que conta não é a entrada a qualquer preço dos fabricantes de genéricos no mercado, mas o facto de essa entrada se realizar ou não em virtude do livre jogo da concorrência e não em virtude de um comportamento abusivo por parte da GSK, que visava, além do mais, eliminar toda a concorrência no mercado relevante²²². De facto, não compete à empresa em posição dominante determinar a forma como os seus concorrentes são autorizados a entrar no mercado e substituir, assim, o livre jogo da concorrência por uma reorganização do mercado realizada sob o seu controlo²²³.

220 V. n.ºs 169 e 170, *supra*, das presentes conclusões.

221 Acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão (6/72, EU:C:1973:22, n.º 26), de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 24), e de 27 de março de 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 20).

222 V. n.ºs 177 e 178, *supra*, das presentes conclusões.

223 V., nesse sentido, Acórdão de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 42).

iii) Conclusão

275. Decorre das considerações que antecedem que, na análise da existência de um abuso de posição dominante, uma autoridade da concorrência ou um órgão jurisdicional competente deve ter em conta eventuais benefícios gerados pela prática em causa, tenha a realização destes sido intenção dos operadores envolvidos ou não. Contudo, tais benefícios só podem justificar comportamentos suscetíveis de ser abrangidos pela proibição enunciada no artigo 102.º TFUE se a empresa que detenha uma posição dominante demonstrar que os mesmos neutralizam os efeitos prejudiciais dessa prática sobre a concorrência nos mercados afetados. O facto de vários acordos de resolução amigável celebrados pelo titular de uma patente com fabricantes de genéricos preverem uma entrada controlada desses fabricantes no mercado que proporcione aos consumidores benefícios limitados não é, no entanto, passível de satisfazer essas condições se esses acordos tiverem, por outro lado, como efeito eliminar uma concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência potencial, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

VI. Conclusão

276. À luz das considerações que antecedem, propomos que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais da Competition Appeal Tribunal (Tribunal da concorrência, Reino Unido) da seguinte forma:

- 1) A incerteza quanto à validade da patente de um medicamento ou quanto ao carácter contrafeito de um genérico desse medicamento não impede que se considere que o titular da patente e o fabricante do genérico são potenciais concorrentes. A existência de um litígio de boa-fé sobre a validade de uma patente ou o carácter contrafeito de um produto genérico, tenha ou não já dado origem a um processo judicial e a providências cautelares ou compromissos judiciais provisórios, é, pelo contrário, um elemento suscetível de demonstrar que existe concorrência potencial entre o titular da patente e o fabricante de genéricos. De igual modo, a percepção do titular da patente e o facto de este considerar que o fabricante de genéricos é um potencial concorrente são elementos suscetíveis de demonstrar a existência de concorrência potencial entre estes dois operadores.
- 2) Um acordo de resolução amigável de um processo judicial com desfecho incerto num litígio real relativo à validade de uma patente ou ao carácter contrafeito de um produto genérico, nos termos do qual o titular da patente se compromete a efetuar uma transferência de valor a favor de um fabricante de genéricos suficientemente elevada para incentivar esse fabricante de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente, constitui uma restrição da concorrência por objetivo se ficar demonstrado que essa transferência de valor apenas tem como contrapartida a abstenção do fabricante de genéricos de introduzir o seu produto no mercado e de prosseguir a contestação da patente durante o período acordado, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Esta conclusão é igualmente válida quando as restrições impostas por tal acordo não ultrapassem o âmbito e o prazo de validade remanescente da patente e quando o montante da transferência para o fabricante de genéricos seja inferior ao lucro por este esperado em caso de entrada independente no mercado.
- 3) A apreciação dos benefícios proporcionados aos consumidores por um acordo entre concorrentes é relevante à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE para analisar se a presença desses benefícios pode suscitar dúvidas quanto à existência de uma restrição da concorrência em geral e de uma restrição da concorrência por objetivo em particular. O facto de um acordo de resolução amigável de um litígio entre o titular de uma patente e um fabricante de genéricos prever a entrada controlada desse fabricante no mercado, que não origina uma pressão concorrencial significativa sobre o titular da patente, mas proporciona aos consumidores benefícios limitados que estes não teriam se o titular da patente tivesse obtido ganho de causa no litígio, não pode, contudo, suscitar tais dúvidas se o acordo em causa tiver, por outro lado, como objetivo incentivar o fabricante de genéricos a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente através de uma transferência de valor, sem outra contrapartida para além do referido abandono, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.
- 4) Um acordo de resolução amigável de um litígio entre o titular de uma patente de um medicamento e o fabricante de um produto genérico desse medicamento constitui uma restrição da concorrência por efeito proibida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE se esse acordo tiver como efeito eliminar a concorrência entre esses operadores e se esse efeito for sensível em virtude do contexto do acordo, que inclui, nomeadamente, a estrutura do mercado, a posição das partes nesse mercado e, sendo caso disso, a existência de outros acordos do mesmo tipo. Em contrapartida, a conclusão de que esse acordo tem tais efeitos restritivos da concorrência não pressupõe que se verifique que, se o referido acordo não existisse, o fabricante de genéricos teria provavelmente obtido ganho de causa no litígio relativo à patente ou as partes teriam provavelmente celebrado um acordo de resolução amigável menos restritivo.

- 5) As versões genéricas de um medicamento patenteado que ainda não se encontrem no mercado na data em causa podem ser tomadas em consideração para efeitos da definição do mercado de produtos relevante na aceção do artigo 102.º TFUE se os respetivos fabricantes puderem entrar no mercado com suficiente rapidez e força para constituir um contrapeso sério ao medicamento patenteado e, assim, exercer uma pressão concorrencial significativa sobre o titular da patente, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Neste contexto, o facto de, na data em causa, existir uma incerteza quanto à questão de saber se as referidas versões genéricas podem entrar no mercado antes da caducidade dos direitos de patente do titular sem violar esses direitos não significa que não exista uma relação concorrencial entre o titular da patente e os fabricantes de genéricos em causa e, por conseguinte, não impede que se tenha em conta os produtos genéricos em questão para efeitos da definição do mercado de produtos relevante.
- 6) A celebração de vários acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes, tenham estes dado origem a processos judiciais ou não, pelo titular de uma patente que ocupe uma posição dominante no mercado relevante com vários fabricantes de genéricos constitui um abuso de posição dominante se esses acordos tiverem como objetivo incentivar os referidos fabricantes a abandonar os seus esforços para entrar no mercado de forma independente através de uma transferência de valor, sem outra contrapartida para além do referido abandono, e se a sua celebração for suscetível de influenciar a estrutura do mercado relevante por forma a entravar ou mesmo a eliminar a concorrência existente nesse mercado e a reforçar, assim, a posição dominante do titular da patente com recurso a meios diferentes dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.
- 7) Na análise da existência de um abuso de posição dominante, uma autoridade da concorrência ou um órgão jurisdicional competente deve ter em conta eventuais benefícios gerados pela prática em causa, tenha a realização destes sido intenção dos operadores envolvidos ou não. Contudo, tais benefícios só podem justificar comportamentos suscetíveis de ser abrangidos pela proibição enunciada no artigo 102.º TFUE se a empresa que detenha uma posição dominante demonstrar que os mesmos neutralizam os efeitos prejudiciais dessa prática sobre a concorrência nos mercados afetados. O facto de vários acordos de resolução amigável celebrados pelo titular de uma patente com fabricantes de genéricos preverem uma entrada controlada desses fabricantes no mercado que proporcione aos consumidores benefícios limitados não é, no entanto, passível de satisfazer essas condições se esses acordos tiverem, por outro lado, como efeito eliminar uma concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência potencial, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.