



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Nona Secção Alargada)

12 de dezembro de 2018\*

«Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Abuso de posição dominante — Mercado do perindopril, medicamento destinado ao tratamento de doenças cardiovasculares, nas suas versões originais e genéricas — Decisão que declara uma infração aos artigos 101.º e 102.º TFUE — Princípio da imparcialidade — Consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes — Direito a um recurso efetivo — Brevidade do prazo de recurso tendo em conta a extensão da decisão recorrida — Acordos de resolução amigável de litígios em matéria de patentes — Acordos de licença — Acordos de aquisição de tecnologia — Acordo de compra exclusiva — Concorrência potencial — Restrição de concorrência por objetivo — Restrição de concorrência por efeito — Conciliação entre direito da concorrência e direito das patentes — Qualificação de infrações distintas ou de infração única — Definição do mercado relevante ao nível da molécula do medicamento em causa — Coimas — Cúmulo de coimas a título dos artigos 101.º e 102.º TFUE — Princípio da legalidade dos crimes e das penas — Valor das vendas — Modalidades de cálculo em caso de cúmulo de infrações sobre os mesmos mercados»

No processo T-691/14,

**Servier SAS**, com sede em Suresnes (França),

**Servier Laboratories Ltd**, com sede em Wexham (Reino Unido),

**Les Laboratoires Servier SAS**, com sede em Suresnes,

representadas inicialmente por I. S. Forrester, QC, J. Killick, barrister, O. de Juvigny, advogado, e Utges Manley, solicitor, posteriormente por Killick, de Juvigny, Utges Manley, J. Jourdan e T Reymond, advogados,

recorrentes,

apoiadas por:

**European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)**, com sede em Genebra (Suíça), representada por F. Carlin, barrister, N. Niejahr e C. Paillard, advogados,

interveniente,

contra

\* Língua do processo: francês.

**Comissão Europeia**, representada inicialmente por T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras e T. Vecchi, posteriormente por Christoforou, Mongin, Vollrath, Castilla Contreras e J. Norris-Usher, na qualidade de agentes,

recorrida,

que tem por objeto um pedido baseado no artigo 263.º TFUE e destinado, a título principal, à anulação da Decisão da Comissão C (2014) 4955 final, de 9 de julho de 2014, relativa a um processo de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE [AT.39.612 — Perindopril (Servier)], na parte aplicável às recorrentes e, a título subsidiário, à redução do montante da coima que lhes foi aplicada pela referida decisão,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção Alargada),

composto por S. Gervasoni (relator), presidente, E. Bieliūnas, L. Madise, R. da Silva Passos e K. Kowalik-Bańczyk, juízes,

secretário: G. Predonzani, administradora,

vista a fase escrita do processo e após a audiência de 6 a 9 de junho de 2017,

profere o presente

## Acórdão<sup>1</sup>

### I. Antecedentes do litígio

#### A. Quanto às recorrentes

- 1 O grupo Servier, formado, nomeadamente, pela Servier SAS, a sua sociedade-mãe com sede em França, a Laboratoires Servier SAS e a Servier Laboratories Ltd (a seguir, considerado individualmente ou em conjunto, «Servier» ou as «recorrentes»), reúne sociedades farmacêuticas a nível mundial. O controlo exclusivo da gestão da sociedade-mãe do grupo é assegurado pela Stichting FIRS, fundação sem fins lucrativos de direito neerlandês.

#### B. Quanto ao perindopril e suas patentes

##### 1. Perindopril

- 2 A Servier desenvolveu o perindopril, medicamento indicado na medicina cardiovascular, principalmente destinado a combater a hipertensão e a insuficiência cardíaca, através de um mecanismo de inibição da enzima de conversão da angiotensina (a seguir «ECA»).
- 3 O ingrediente farmacêutico ativo (a seguir «IPA») do perindopril, ou seja, a substância química biologicamente ativa que produz os efeitos terapêuticos visados, apresenta-se sob a forma de um sal. O sal utilizado inicialmente era a erbumina (ou tert-butilamina), que apresenta uma forma cristalina devido ao processo utilizado pela Servier para a sua síntese.

1 Só são reproduzidos os pontos do presente acórdão cuja publicação o Tribunal considera útil.

## **2. Patente relativa à molécula**

- 4 A patente relativa à molécula do perindopril (patente EP0049658, a seguir «patente 658») foi depositada no Instituto Europeu de Patentes (IEP) em 29 de setembro de 1981. A patente 658 devia expirar em 29 de setembro de 2001, mas a sua proteção foi estendida em vários Estados-Membros da União Europeia, entre os quais o Reino Unido, até 22 de junho de 2003, como o permitia o Regulamento (CEE) n.º 1768/92 do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativo à criação de um certificado complementar de proteção para os medicamentos (JO 1992, L 182, p. 1). Em França, a proteção da patente 658 foi estendida até 22 de março de 2005 e, em Itália, até 13 de fevereiro de 2009.

## **3. Patentes secundárias**

- 5 Em 1988, a Servier, além disso, depositou no IEP várias patentes relativas aos processos de produção da molécula do perindopril que expiravam em 16 de setembro de 2008: as patentes EP0308339, EP0308340, EP0308341 e EP0309324 (a seguir, respetivamente, «patente 339», «patente 340», «patente 341» e «patente 324»).
- 6 Em 2001, a Servier depositou no IEP novas patentes relativas à erbumina e aos seus processos de produção, entre as quais a patente EP1294689 (designada «patente beta», a seguir «patente 689»), a patente EP1296948 (designada «patente gamma», a seguir «patente 948») e a patente EP1296947 (designada «patente alpha», a seguir «patente 947»).
- 7 A patente 947, relativa à forma cristalina alpha da erbumina e ao seu processo de preparação, foi depositada em 6 de julho de 2001 e concedida pelo IEP em 4 de fevereiro de 2004.
- 8 A Servier apresentou igualmente pedidos de patentes nacionais em vários Estados-Membros da União antes de estes serem parte na Convenção relativa à concessão de patentes europeias, assinada em Munique em 5 de outubro de 1973 e entrada em vigor em 7 de outubro de 1977 (a seguir «CEP»). A Servier, por exemplo, apresentou pedidos de patentes correspondentes à patente 947 na Bulgária (BG 107 532), na República Checa (PV2003-357), na Estónia (P200300001), na Hungria (HU225340), na Polónia (P348492) e na Eslováquia (PP0149-2003). Todos os pedidos de patentes em questão eram relativos à mesma data de apresentação: em 6 de julho de 2001. As patentes foram concedidas em 16 de maio de 2006 na Bulgária, em 17 de agosto de 2006 na Hungria, em 23 de janeiro de 2007 na República Checa, em 23 de abril de 2007 na Eslováquia e em 24 de março de 2010 na Polónia.

## **4. Perindopril de segunda geração**

- 9 A partir de 2002, a Servier começou a desenvolver um perindopril de segunda geração, produzido a partir de um sal distinto da erbumina, a arginina. Este perindopril arginina devia apresentar melhorias em termos de duração de conservação, passando de dois para três anos, de estabilidade, permitindo um único tipo de embalagem para todas as zonas climáticas, e de armazenamento, não necessitando de qualquer condição específica.
- 10 A Servier apresentou um pedido de patente europeia para o perindopril arginina (patente EP1354873B, a seguir «patente 873») em 17 de fevereiro de 2003. A patente 873 foi concedida em 17 de julho de 2004, com uma data de expiração fixada em 17 de fevereiro de 2023. A introdução do perindopril arginina nos mercados da União iniciou-se em 2006.

## C. Quanto aos litígios relativos ao perindopril

### 1. Litígios no IEP

- 11 Dez sociedades de genéricos, entre as quais a Niche Generics Ltd (a seguir «Niche»), a Krka Tovarna Zdravil d.d. (a seguir «Krka»), a Lupin Ltd e a Norton Healthcare Ltd, filial da Ivax Europe (a seguir «Ivax»), que foi posteriormente objeto de fusão com a Teva Pharmaceuticals Ltd (a seguir, considerada individualmente ou com as outras sociedades do grupo Teva, «Teva»), deduziram oposição à patente 947 no IEP em 2004, com vista à obtenção da sua revogação na íntegra, invocando fundamentos relativos à falta de novidade e à atividade inventiva e ao caráter insuficiente da descrição da invenção.
- 12 Em 27 de julho de 2006, a Divisão de Oposição do IEP confirmou a validade da patente 947, na sequência de pequenas alterações das reivindicações iniciais da Servier (a seguir «decisão do IEP de 27 de julho de 2006»). Sete sociedades interpuseram recurso dessa decisão. A Niche retirou-se do processo de oposição em 9 de fevereiro de 2005, a Krka em 11 de janeiro de 2007 e a Lupin em 5 de fevereiro de 2007. Por decisão de 6 de maio de 2009, a Câmara de Recurso Técnica do IEP anulou a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 e revogou a patente 947. O pedido de revisão apresentado pela Servier contra esta decisão foi indeferido em 19 de março de 2010.
- 13 Em 11 de agosto de 2004, a Niche apresentou igualmente oposição contra a patente 948 no IEP, mas retirou-se do processo em 14 de fevereiro de 2005.
- 14 A Teva instaurou um processo de oposição contra a patente 873 em 13 de abril de 2005. A Divisão de Oposição rejeitou essa oposição, com o fundamento de que a Teva não tinha demonstrado a insuficiente atividade inventiva dessa patente. A Teva interpôs recurso dessa decisão em 22 de dezembro de 2008, antes de desistir em 8 de maio de 2012.

### 2. Litígios nos órgãos jurisdicionais nacionais

- 15 A validade da patente 947 foi, além disso, contestada pelas sociedades de genéricos nos órgãos jurisdicionais de alguns Estados-Membros, nomeadamente nos Países Baixos e no Reino Unido.

#### a) Litígio que opõe a Servier à Niche e à Matrix

- 16 No Reino Unido, a Servier propôs em 25 de junho de 2004 uma ação de contrafação na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes), Reino Unido], contra a Niche, invocando as suas patentes 339, 340 e 341, tendo esta apresentado pedidos de autorização de introdução no mercado (AIM) no Reino Unido para uma versão genérica do perindopril, desenvolvida em parceria com a Matrix Laboratories Ltd (a seguir «Matrix») em virtude de um acordo concluído em 26 de março de 2001 (a seguir «acordo Niche-Matrix»). Em 9 de julho de 2004, a Niche notificou à Servier um pedido reconvenicional de declaração de nulidade da patente 947.
- 17 A audiência na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], relativa ao mérito da alegada contrafação, acabou por ser fixada para 7 e 8 de fevereiro de 2005, mas durou apenas meio-dia, devido à resolução amigável celebrada entre a Servier e a Niche em 8 de fevereiro de 2005, que pôs termo ao contencioso entre estas duas partes.

- 18 A Matrix foi mantida informada pela Niche do desenrolar desse processo contencioso e foi igualmente associada ao mesmo mediante depoimentos na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], em nome da Niche. Por outro lado, a Servier enviou uma carta formal de advertência à Matrix em 7 de fevereiro de 2005, acusando-a de violar as patentes 339, 340 e 341 e ameaçando-a com a propositura de uma ação de contrafação.
- 19 No outono de 2004, a Servier, por outro lado, começou a considerar a possibilidade de aquisição da Niche. Para o efeito, a Servier mandou elaborar uma auditoria prévia, cuja primeira fase terminou em 10 de janeiro de 2005, data em que apresentou uma proposta preliminar não vinculativa de aquisição do capital de Niche por um montante compreendido entre 15 e 45 milhões de libras esterlinas (GBP). Na sequência da segunda fase da auditoria prévia, realizada em 21 de janeiro de 2005, a Servier informou oralmente a Niche em 31 de janeiro de 2005 de que já não pretendia proceder à sua aquisição.

***b) Litígios que opõem a Servier à Ivax e à Teva***

- 20 No Reino Unido, em 9 de agosto de 2005, a Ivax pediu a revogação da patente 947 na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)]. No entanto, a Servier e a Ivax decidiram, em outubro de 2005, suspender a instância até ser proferida decisão final no processo de oposição no IEP. Em contrapartida, a Servier comprometeu-se, perante a Ivax, os seus licenciados e os seus clientes, em relação ao período de suspensão e no Reino Unido, a não instaurar processos, a não requerer a restituição de lucros ou uma compensação financeira que não seja uma taxa razoável por qualquer ato de violação da patente 947 e a não procurar obter o ressarcimento pela via de injunção, nem a introduzir produtos. A Servier também se comprometeu a não instaurar o processo no IEP com diligência e a não procurar obter a injunção provisória no âmbito de uma ação de contrafação após o encerramento do processo no IEP.
- 21 Nos Países Baixos, a Pharmachemie BV, filial da Teva, apresentou no Rechtbank Den Haag (tribunal de comarca de Haia, Países Baixos), em 15 de agosto de 2007, um pedido de revogação da patente 947, tal como validado nos Países Baixos, com fundamento na falta de novidade e de atividade inventiva e na sua não reprodutibilidade. O Rechtbank Den Haag (tribunal de comarca de Haia) julgou procedente este pedido em 11 de junho de 2008. A Servier interpôs recurso desta decisão em 7 de outubro de 2008, mas, em seguida, não apresentou alegações.

***c) Litígios que opõem a Servier à Krka***

- 22 Em 30 de maio de 2006, a Servier apresentou na Hungria um pedido de injunção provisória com vista à proibição da comercialização de uma versão genérica do perindopril introduzido no mercado pela Krka, devido à violação da patente 947. Este pedido foi indeferido em setembro de 2006.
- 23 No Reino Unido, em 28 de julho de 2006, a Servier intentou na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], uma ação de contrafação da patente 340 contra a Krka. Em 2 de agosto de 2006, intentou igualmente uma ação de contrafação da patente 947 contra a Krka e apresentou um pedido de injunção provisória. Em 1 de setembro de 2006, a Krka apresentou um pedido reconvenicional de anulação da patente 947 e, em 8 de setembro de 2006, outro pedido reconvenicional de anulação da patente 340. Em 3 de outubro de 2006, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], deferiu o pedido de injunção provisória da Servier e indeferiu o pedido de processo sumário (motion of summary judgment) apresentado pela Krka em

1 de setembro de 2006, relativo à invalidação da patente 947. Em 1 de dezembro de 2006, a instância em curso foi extinta na sequência da resolução amigável entre as partes, tendo a injunção provisória sido levantada.

**d) Litígio que opõe a Servier à Lupin**

- 24 Em 18 de outubro de 2006, a Lupin intentou na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], uma ação de declaração de invalidade da patente 947, tal como validada no Reino Unido, e de declaração de não contrafação da referida patente pela versão genérica do perindopril que pretendia comercializar neste país.

**e) Litígios que opõem a Servier à Apotex**

- 25 No Reino Unido, a Servier intentou na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], uma ação de contrafação contra a Apotex Inc. em 1 de agosto de 2006, invocando a violação da patente 947, tendo esta lançado uma versão genérica do perindopril em 28 de julho de 2006. A Apotex apresentou um pedido reconvenicional de anulação dessa patente. Em 8 de agosto de 2006, foi decretada uma injunção provisória que proibia a Apotex de importar, propor para venda ou vender o perindopril. Em 6 de julho de 2007, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], declarou que a patente 947 era inválida, devido à falta de novidade e de atividade inventiva em relação à patente 341. Por conseguinte, a injunção foi imediatamente levantada e a Apotex pôde retomar as vendas da sua versão genérica do perindopril no mercado do Reino Unido. Em 9 de maio de 2008, a Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Tribunal de Recurso (Inglaterra e País de Gales) (divisão civil), Reino Unido] negou provimento ao recurso interposto pela Servier da decisão da High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)].
- 26 Em 9 de outubro de 2008, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], atribuiu uma indemnização à Apotex no montante de 17,5 milhões de GBP, devido à perda de volume de negócios sofrida durante a execução da injunção. Em 29 de março de 2011, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], pediu, no entanto, à Apotex para restituir essa quantia à Servier, com fundamento no princípio *ex turpi causa*, uma vez que uma patente canadiana válida protegia a molécula do perindopril até 2018 e a Apotex produzia e vendia o seu medicamento no Canadá. Todavia, a Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Tribunal de Recurso (Inglaterra e País de Gales) (divisão civil)] anulou esta decisão por acórdão de 3 de maio de 2012. Em 29 de outubro de 2014, a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) negou provimento ao recurso interposto pela Servier do acórdão da Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Tribunal de Recurso (Inglaterra e País de Gales) (divisão civil)].
- 27 Nos Países Baixos, a Katwijk Farma BV, filial da Apotex, apresentou no Rechtbank Den Haag (tribunal de comarca de Haia) um pedido de anulação da patente 947, tal como validada nos Países Baixos, em 13 de novembro de 2007. A Servier apresentou um pedido de injunção provisória contra a Katwijk Farma em 7 de dezembro de 2007, que foi indeferido pelo Rechtbank Den Haag (tribunal de comarca de Haia) em 30 de janeiro de 2008. Na sequência da anulação da patente 947 para os Países Baixos em 11 de junho de 2008 pelo Rechtbank Den Haag (tribunal de comarca de Haia) no âmbito da ação intentada pela Pharmachemie, a Servier e a Katwijk Farma retiraram-se dos processos em curso.

#### **D. Quanto às resoluções amigáveis dos litígios relativos às patentes**

28 A Servier celebrou uma série de acordos de resolução amigável em matéria de patentes com várias sociedades de genéricos com as quais tinha litígios relativos às patentes. No entanto, não celebrou qualquer resolução amigável com a Apotex.

##### ***1. Acordos celebrados pela Servier com a Niche e a Unichem e com a Matrix***

29 Em 8 de fevereiro de 2005, a Servier celebrou dois acordos de resolução, um com a Niche e a sua sociedade-mãe, a Unichem Laboratories Ltd (a seguir «Unichem»), e outro com a Matrix. No mesmo dia, a Niche concluiu um contrato de licença e de fornecimento com a Biogaran, filial a 100% dos Laboratoires Servier.

30 O acordo celebrado pela Servier com a Niche e a Unichem (a seguir «acordo Niche») cobria todos os países em que as patentes 339, 340, 341 e 947 existiam (artigo 3.º).

31 No acordo Niche, a Niche e a Unichem obrigaram-se a não produzir, mandar produzir, deter, importar, fornecer, propor fornecer ou dispor de perindopril genérico produzido segundo o processo desenvolvido pela Niche e que a Servier considerava que violava as patentes 339, 340 e 341, tais como validadas no Reino Unido, segundo um processo substancialmente semelhante ou segundo qualquer outro processo suscetível de violar as patentes 339, 340 e 341 (a seguir «processo controvertido») até à expiração local destas patentes (artigo 3.º). Em contrapartida, o acordo Niche estipulava que seriam livres de comercializar o perindopril produzido a partir do processo controvertido sem violar essas patentes, após a expiração das referidas patentes (artigos 4.º e 6.º). Além disso, a Niche estava a obrigada a anular, rescindir ou suspender, até à data de expiração das patentes, todos os seus contratos já concluídos relativos ao perindopril produzido a partir do processo controvertido, assim como os pedidos de AIM deste perindopril (artigo 11.º). Por outro lado, a Niche e a Unichem obrigaram-se a não apresentar qualquer pedido de AIM do perindopril produzido a partir do processo controvertido e a não ajudar qualquer terceiro a obter tal AIM (artigo 10.º). Por último, não deviam intentar ações de declaração de invalidade ou de declaração de não contrafação contra as patentes 339, 340, 341, 947, 689 e 948 até à sua expiração, salvo a título de defesa no âmbito de uma ação de contrafação de patente (artigo 8.º). Além disso, a Niche aceitou retirar as suas oposições contra as patentes 947 e 948 no IEP (artigo 7.º).

32 Em contrapartida, a Servier obrigou-se, por um lado, a não intentar a ação de contrafação contra a Niche ou os seus clientes e a Unichem, com base nas patentes 339, 340, 341 e 947, relativamente a qualquer ato de alegada contrafação ocorrido antes da celebração do acordo Niche (artigo 5.º), e, por outro, a pagar à Niche e à Unichem uma quantia de 11,8 milhões de GBP em dois pagamentos (artigo 13.º). Esta quantia representa a contrapartida dos compromissos da Niche e da Unichem e dos «custos substanciais e responsabilidades potenciais que poderiam ser suportados pela Niche e pela Unichem devido à cessação do seu programa de desenvolvimento do perindopril produzido segundo o processo [controvertido]».

33 Além disso, em 8 de fevereiro de 2005, a Niche celebrou um contrato de licença e de fornecimento com a Biogaran (a seguir «acordo Biogaran»), relativo à transmissão, por um lado, de todas as informações e dados detidos pela Niche referentes a três medicamentos e necessários para obtenção das AIM e, por outro, da sua AIM francesa para um deles. Em contrapartida, a Biogaran devia pagar à Niche uma quantia de 2,5 milhões de GBP, não reembolsável, mesmo em caso de não obtenção das AIM pela Biogaran. A Biogaran devia, além disso, encomendar os produtos em causa à Niche após ter obtido as suas AIM. No caso de as AIM não serem obtidas num prazo de 18 meses desde a data de entrada em vigor do acordo, este devia ser automaticamente rescindido (artigo 14.4), sem que qualquer uma das partes tivesse direito a indemnização (artigo 14.5).

- 34 O acordo celebrado pela Servier com a Matrix (a seguir «acordo Matrix») cobria todos os países em que as patentes 339, 340, 341 e 947 existiam, com exceção de um Estado não membro do Espaço Económico Europeu (EEE) [secção 1, n.º 1, alínea xiii), do acordo Matrix].
- 35 No acordo Matrix, a Matrix obrigou-se a não produzir, mandar produzir, deter, importar, fornecer, propor fornecer ou dispor de perindopril produzido segundo o processo controvertido, até à expiração local dessas patentes (artigos 1.º e 2). Em contrapartida, o acordo estipulava que a Matrix seria livre de comercializar o perindopril produzido a partir do processo controvertido sem violar estas patentes, após a expiração das referidas patentes (artigo 4.º). Além disso, a Matrix estava obrigada a anular, rescindir ou suspender, até à data de expiração das patentes, todos os seus contratos já concluídos relativos ao perindopril produzido a partir do processo controvertido, assim como os pedidos de AIM deste perindopril, o mais tardar em 30 de junho de 2005 (artigos 7.º e 8.º). Por outro lado, obrigou-se a não apresentar qualquer pedido de AIM do perindopril produzido a partir do processo controvertido e a não ajudar nenhum terceiro a obter tal AIM (artigo 6.º). Por último, a Matrix não devia intentar qualquer ação de declaração de invalidade ou de declaração de não contrafação contra as patentes 339, 340, 341, 947, 689 e 948 até à sua expiração, salvo a título de defesa no âmbito de uma ação de contrafação de patente (artigo 5.º).
- 36 Em contrapartida, a Servier obrigou-se, por um lado, a não intentar uma ação de contrafação contra a Matrix, baseada nas patentes 339, 340, 341 e 947, relativamente a qualquer alegado ato de contrafação ocorrido antes da celebração do acordo Matrix (artigo 3.º), e, por outro, a pagar à Matrix uma quantia de 11,8 milhões de GBP em dois pagamentos (artigo 9.º). Esta quantia representava a contrapartida dos compromissos da Matrix e dos «custos substanciais e responsabilidades potenciais que poderiam ser suportados pela Matrix devido à cessação do seu programa de desenvolvimento do perindopril produzido segundo o processo [controvertido]».

## ***2. Acordo celebrado pela Servier com a Teva***

- 37 Em 13 de junho de 2006, a Servier celebrou com a Teva um acordo de resolução amigável e de compra exclusiva (a seguir «acordo Teva»). O perindopril visado pelo acordo Teva era o perindopril erbumina (artigo 1.12).
- 38 Em virtude das cláusulas relativas à resolução amigável, a Teva obrigou-se a destruir todo o perindopril de que era proprietária ou que estava sob o seu controlo e que se destinava a ser vendido no Reino Unido (artigo 2.2). Além disso, a Teva, no Reino Unido, não devia produzir, mandar produzir, deter, importar, fornecer, propor fornecer ou dispor de perindopril genérico quer fosse produzido em conformidade com o processo que tinha desenvolvido e que a Servier considerava que violava as patentes 947 e 339 a 341, tais como validadas no Reino Unido, quer violasse essas patentes até à rescisão ou a expiração do acordo Teva ou a expiração das referidas patentes (artigo 2.3). Por outro lado, a Teva comprometeu-se a não contestar as patentes referidas no Reino Unido durante o período de vigência do acordo Teva, sendo precisado que não estava proibida de instaurar um processo de oposição contra as patentes controvertidas no IEP (artigo 2.4).
- 39 Em contrapartida dos compromissos de Teva, a Servier obrigava-se a renunciar a qualquer reivindicação relativamente à Teva referente a uma eventual violação das patentes controvertidas no Reino Unido anterior à entrada em vigor do acordo Teva (artigo 2.1).
- 40 Em virtude das cláusulas relativas à obrigação de compra exclusiva, a Teva assumiu o compromisso de se abastecer exclusivamente junto da Servier para todas as suas necessidades de perindopril genérico destinado à distribuição no Reino Unido durante o período de vigência do acordo Teva (artigos 3.1 e 1.14). Em caso de não abastecimento pela Servier, a Teva não dispunha de qualquer direito de recurso ou de rescisão, mas do direito ao pagamento de uma indemnização fixa de 500 000 GBP por mês (artigos 1.8 e 3.8.3).

- 41 Em virtude das suas disposições gerais, o acordo Teva era celebrado por um período de três anos e era renovável por um período adicional de dois anos (artigos 8.1 e 8.2). Por outro lado, a Servier devia pagar à Teva, no momento da assinatura do acordo Teva, mediante apresentação de uma «fatura adequada», uma quantia de 5 milhões de GBP, enquanto «contribuição nas despesas incorridas pela Teva na sua preparação para a conclusão do presente acordo, incluindo, e sem restrição, as despesas associadas à rescisão dos seus contratos de fornecimento existentes para o Reino Unido» (artigo 10.º).
- 42 Em 23 de fevereiro de 2007, a Servier e a Teva celebraram um aditamento ao acordo Teva (a seguir «aditamento ao acordo Teva»), que confirmava a aplicação efetiva da obrigação de compra exclusiva, estipulando uma data em que a Teva poderia começar a distribuir o perindopril genérico fornecido pela Servier. Esta data devia ser fixada unilateralmente pela Servier, corresponder à data de revogação ou de expiração da patente 947 ou ser aquela em que a Apotex começaria a distribuir perindopril genérico no Reino Unido na sequência da resolução do litígio que a opõe à Servier.

### ***3. Acordos celebrados pela Servier com a Krka***

- 43 Em 27 de outubro de 2006, a Servier celebrou com a Krka um acordo de resolução amigável e um acordo de licença, completado por um aditamento celebrado em 2 de novembro de 2006.
- 44 No acordo de resolução amigável celebrado com a Krka, está previsto que a patente 947 abrange igualmente as patentes nacionais equivalentes (anexo B).
- 45 Em virtude do acordo de resolução amigável celebrado com a mesma, em vigor até à expiração ou à revogação das patentes 947 ou 340, a Krka obrigou-se a renunciar a qualquer pretensão existente contra a patente 947 no mundo inteiro e da patente 340 no Reino Unido e a não contestar nenhuma destas duas patentes futuramente no mundo inteiro [artigo I, alínea ii)]. Além disso, a Krka e as suas filiais não estavam autorizadas a lançar ou a comercializar uma versão genérica do perindopril que violasse a patente 947 durante o período de vigência de validade deste último e no país em que ainda era válida, salvo autorização expressa da Servier (artigo V). De igual modo, a Krka não podia fornecer a nenhum terceiro uma versão genérica do perindopril que violasse a patente 947, sem a autorização expressa da Servier (artigo V, n.º 2). Em contrapartida, a Servier estava obrigada a desistir dos processos em curso no mundo inteiro contra a Krka baseados na contrafação das patentes 947 e 340, incluindo os seus pedidos de injunção provisória [artigo I, alínea i)].
- 46 Em virtude do acordo de licença, celebrado com a Krka para um período correspondente à validade da patente 947 (artigo 5.º), a Servier concedeu à Krka uma licença «exclusiva» e irrevogável sobre a patente 947, com vista a utilizar, produzir, vender, propor para venda, promover e importar os seus próprios produtos que contêm a forma cristalina alpha da erbumina (artigo 2.º) na República Checa, na Letónia, na Lituânia, na Hungria, na Polónia, na Eslovénia e na Eslováquia (artigo 1.º). Em contrapartida, a Krka estava obrigada a pagar à Servier uma taxa de 3% do montante líquido das suas vendas em todos estes territórios (artigo 3.º). A Servier estava autorizada, nestes mesmos Estados, a utilizar direta ou indiretamente (ou seja, por uma das suas filiais ou por um único terceiro por país) a patente 947 (artigo 2.º).
- 47 Em 5 de janeiro de 2007, a Servier também concluiu com a Krka um acordo de cessão e de licença.
- 48 Em virtude do acordo de cessão e de licença, a Krka transferiu dois pedidos de patentes para a Servier, um relativo a um processo de síntese do perindopril (WO 2005 113500) e o outro relativo à preparação de formulações de perindopril (WO 2005 094793) (artigo 1.º). A tecnologia protegida por estes pedidos de patentes era utilizada para a produção do perindopril da Krka.
- 49 A Krka comprometeu-se a não contestar a validade das patentes que seriam concedidas com base nos pedidos em causa (artigo 3.º).

- 50 Em contrapartida desta cessão, a Servier pagou à Krka um montante de 15 milhões de euros para cada um dos pedidos em causa (artigo 2.º).
- 51 A Servier também concedeu à Krka uma licença não exclusiva, irrevogável, não negociável e isenta de taxas, sem direito de concessão de sublicenças (exceto às suas filiais), sobre os pedidos ou as patentes que daí resultavam, não estando esta licença limitada no tempo, no espaço ou nas utilizações que dela podiam ser feitas (artigo 4.º).

#### ***4. Acordo celebrado pela Servier com a Lupin***

- 52 Em 30 de janeiro de 2007, a Servier celebrou um acordo de resolução amigável com a Lupin (a seguir «acordo Lupin»).
- 53 Assim, as duas partes decidiram pôr fim aos litígios que as opunham relativamente ao perindopril (artigos 1.1, 1.2 e 1.4).
- 54 Além disso, a Lupin obrigou-se a não tentar, direta ou indiretamente, nem a ajudar ou a encarregar um terceiro, fazer revogar, invalidar ou contestar a patente 947 ou qualquer patente detida pela Servier ou pelas suas filiais que proteja o perindopril, em todos os países, com exceção de um Estado não membro do EEE (artigo 1.3). Além disso, a Lupin e as suas filiais não deviam vender ou propor para venda qualquer produto farmacêutico que contenha, como IPA, «perindopril[-]erbumina [...] e todo o sal deste», em qualquer país, com exceção de um Estado não membro do EEE (artigo 1.6). No entanto, a Lupin estava autorizada a comercializar produtos fornecidos pela Servier ou o seu próprio perindopril nos países em que uma versão genérica do perindopril autorizada pela Servier existia no mercado ou em caso de expiração de todas as patentes relevantes da Servier ou nos países em que um terceiro tinha introduzido no mercado uma versão genérica do perindopril e nos quais a Servier não tinha apresentado qualquer pedido de injunção relativo à proibição da sua venda (artigos 1.6 e 4.1).
- 55 Por outro lado, a Servier e Lupin celebraram igualmente, no âmbito do acordo Lupin, um acordo de cessão de direitos de propriedade intelectual e um acordo de licença.
- 56 Com efeito, a Servier adquiriu três pedidos de patentes de processo de perindopril apresentados pela Lupin:
- o pedido W0 2004/075889 (EP1603558 B1), relativo a um novo processo de preparação do perindopril e de sais deste, por 20 milhões de euros;
  - o pedido W0 2006/097941 (EP1861367 A), relativo a um novo processo melhorado de purificação do perindopril, por 10 milhões de euros;
  - o pedido W0 2005/037788 (EP1675827 A 1), relativo a um novo processo de preparação do perindopril «erbumina cristalina», por 10 milhões de euros.
- 57 A Servier concedeu igualmente à Lupin uma licença não exclusiva, não transferível, que não podia ser objeto de uma sublicença, gratuita, permanente e irrevogável sobre estes três pedidos de patentes, para efeitos de produção de perindopril nos países abrangidos pelos pedidos em causa (artigo 3.1).
- 58 O acordo Lupin previa, por último, a celebração de um contrato de fornecimento entre as partes num prazo de quatro semanas, que, no entanto, não foi celebrado.

### **E. Quanto à aquisição de tecnologias capacitantes**

- 59 Em 3 de setembro de 2001, as recorrentes concluíram com a Rolabo, SL um acordo de venda de um pedido de patente apresentado por esta em 24 de julho de 2001, relativo a um IPA de perindopril e a um processo químico para o IPA de perindopril, no montante de 10 milhões de dólares dos Estados Unidos (USD).
- 60 Em 9 de novembro de 2004, as recorrentes concluíram com a Azad Pharmaceutical Ingredients AG (a seguir «Azad») um acordo de cessão de um pedido de patente apresentado por esta para duas novas formas polimórficas de perindopril, delta e epsilon, e o conhecimento especializado correspondente para o mundo inteiro, por uma quantia de 13 374 243 euros.
- 61 Em 15 de outubro de 2007, as recorrentes concluíram um protocolo de acordo com a Sandoz AG que previa que procederiam à aquisição da tecnologia de IPA de perindopril desenvolvida pela Sandoz, se esta tecnologia se revelasse livre de patentes e uma fonte de concorrência viável ao nível industrial, por um montante que podia exceder 50 milhões de USD. As negociações decorreram até julho de 2008, mas acabou por não ser concluído qualquer acordo.

### **F. Quanto à investigação setorial**

- 62 Em 15 de janeiro de 2008, a Comissão das Comunidades Europeias decidiu abrir uma investigação sobre o setor farmacêutico com fundamentos no disposto no artigo 17.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 [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), com o objetivo de identificar, por um lado, as causas da redução da inovação no referido setor, medida pelo número de novos medicamentos que entram no mercado, e, por outro, as razões da entrada tardia no mercado de determinados medicamentos genéricos.
- 63 A Comissão publicou um relatório preliminar sobre os resultados da sua investigação em 28 de novembro de 2008, seguida de uma consulta pública. Em 8 de julho de 2009, adotou uma comunicação que tinha por objeto a síntese do seu relatório de investigação sobre o setor farmacêutico. Nesta comunicação, a Comissão referiu, nomeadamente, que se deviam continuar a controlar as resoluções amigáveis dos litígios em matéria de patentes concluídas entre as sociedades de medicamentos originais e as sociedades de genéricos, a fim de compreender melhor a utilização que era feita desses acordos e identificar os acordos que atrasam a entrada dos medicamentos genéricos no mercado em prejuízo dos consumidores da União e que podem constituir infrações às regras da concorrência. Em seguida, a Comissão apresentou seis relatórios anuais relativos ao controlo dos acordos de resolução amigável ligados às patentes.

### **G. Quanto ao procedimento administrativo e à decisão recorrida**

- 64 Em 24 de novembro de 2008, a Comissão realizou inspeções sem aviso prévio, nomeadamente, nas instalações da Servier. A Comissão dirigiu pedidos de informações a várias sociedades, entre as quais a Servier, em janeiro de 2009. Em 2 de julho de 2009, a Comissão adotou uma decisão de abertura do processo.
- 65 Em agosto de 2009 e posteriormente de dezembro de 2009 a maio de 2012, a Comissão dirigiu novos pedidos de informações à Servier. Tendo este recusado responder a algumas partes dos pedidos de informações de 7 de fevereiro e 11 de abril de 2011 relativos ao acordo Biogaran, a Comissão adotou uma decisão baseada no disposto no artigo 18.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003. A Servier prestou as informações pedidas em 7 de novembro de 2011.

- 66 De 2009 a 2012, a Servier foi convidada a participar em várias reuniões para fazer o ponto da situação.
- 67 Em 27 de julho de 2012, a Comissão adotou uma comunicação de acusações, dirigida a várias sociedades, entre as quais a Servier, que lhe respondeu em 14 de janeiro de 2013.
- 68 Na sequência da audição das sociedades em causa em 15, 16, 17 e 18 de abril de 2013, foram organizadas novas reuniões para fazer o ponto da situação e foram enviados novos pedidos de informações à Servier.
- 69 Em 18 de dezembro de 2013, a Comissão deu à Servier acesso aos elementos de prova recolhidos ou divulgados mais amplamente após a comunicação de acusações e enviou uma exposição dos factos, a que a Servier respondeu em 31 de janeiro de 2014. O auditor apresentou o seu relatório final em 7 de julho de 2014.
- 70 Em 9 de julho de 2014, a Comissão adotou a Decisão C (2014) 4955 final, relativa a um processo de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE [processo AT.39612—Perindopril (Servier)] (a seguir «decisão recorrida»), que foi notificada às recorrentes em 11 de julho de 2014.
- 71 A Comissão considerou que as recorrentes tinham violado, por um lado, o artigo 101.º TFUE, ao participarem em cinco acordos de resolução amigável em matéria de patentes contra pagamento compensatório (artigos 1.º a 5.º da decisão recorrida), e, por outro, o artigo 102.º TFUE, ao elaborarem e executarem, através de aquisição de tecnologia e desses cinco acordos de resolução amigável, uma estratégia de exclusão que abrangia o mercado das formulações de perindopril em França, nos Países Baixos, na Polónia e no Reino Unido e o mercado da tecnologia do IPA de perindopril (artigo 6.º da decisão recorrida).
- 72 No que respeita às infrações ao artigo 101.º TFUE, a Comissão aplicou as coimas seguintes às recorrentes, no montante total de 289 727 200 euros (artigo 7.º, n.ºs 1 a 5, da decisão recorrida):
- pelo acordo Niche: 131 532 600 euros, conjunta e solidariamente com a Biogaran;
  - pelo acordo Matrix: 79 121 700 euros;
  - pelo acordo Teva: 4 309 000 euros;
  - pelos acordos celebrados com a Krka: 37 661 800 euros;
  - pelo acordo Lupin: 37 102 100 euros.
- 73 No que respeita à infração ao artigo 102.º TFUE, a Comissão aplicou às recorrentes uma coima de 41 270 000 euros (artigo 7.º, n.º 6, da decisão recorrida).

## **II. Tramitação do processo e pedidos das partes**

- 74 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 21 de setembro de 2014, as recorrentes interpuseram o presente recurso.
- 75 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- anular total ou parcialmente os artigos 1.º a 8.º da decisão recorrida na medida em que lhes dizem respeito;

- a título subsidiário, anular as coimas que lhes foram aplicadas ou reduzir muito substancialmente o seu montante;
  - conceder-lhes o benefício de qualquer anulação, total ou parcial, da decisão recorrida nos recursos interpostos pela Biogaran e pelos outros destinatários desta decisão;
  - condenar a Comissão nas despesas.
- 76 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- negar provimento ao recurso;
  - condenar as recorrentes nas despesas.
- 77 Por requerimento apresentado em 2 de fevereiro de 2015, a European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) (a seguir «EFPIA» ou «interveniente») pediu para intervir no litígio em apoio dos pedidos das recorrentes.
- 78 As recorrentes e a Comissão pediram tratamento confidencial, relativamente à EFPIA, de determinados elementos incluídos na petição, na contestação, na réplica, na tréplica, na resposta a algumas medidas de organização do processo, nas observações relativas a essas respostas e nas observações das recorrentes sobre o articulado de intervenção.
- 79 Por Despacho do presidente da Segunda Secção do Tribunal Geral de 14 de outubro de 2015, foi admitida a intervenção da EFPIA no presente processo em apoio dos pedidos das recorrentes. Na falta de contestação dos pedidos de tratamento confidencial pela EFPIA, o Tribunal Geral não se pronunciou sobre o seu mérito.
- 80 A interveniente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- anular a decisão recorrida, na medida em que respeita às recorrentes;
  - condenar a Comissão nas despesas da interveniente.
- 81 No âmbito de medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º, n.º 3, alíneas a) e d), do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, a Comissão foi convidada a responder por escrito às questões e a apresentar os documentos relativos, em particular, à consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes, ao cálculo do montante da coima e aos dados relativos aos acordos concluídos com a Krka tornados confidenciais na decisão recorrida. Transmitiu as suas respostas nos prazos que lhe foram fixados.
- 82 Tendo a composição das secções do Tribunal Geral sido alterada, o juiz-relator foi afetado à Nona Secção, à qual o presente processo foi, por conseguinte, atribuído.
- 83 Sob proposta da Nona Secção, o Tribunal Geral decidiu, em aplicação do artigo 28.º do Regulamento de Processo, remeter o processo a uma formação de julgamento alargada.
- 84 Sob proposta do juiz-relator, o Tribunal Geral decidiu abrir a fase oral do processo e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º, n.º 3, alínea a), do Regulamento de Processo, colocar às partes questões escritas, convidando-as a responder-lhes na audiência.

- 85 Em 24 de fevereiro de 2017, as partes foram convidadas pelo Tribunal Geral a assistir a uma reunião informal, ao abrigo do artigo 89.º, n.º 3, alínea e), do Regulamento de Processo, perante o presidente da Nona Secção Alargada do Tribunal Geral e o juiz-relator, a fim de serem discutidas as modalidades do desenrolar da audiência e o tratamento confidencial de determinados dados. As recorrentes e a Comissão assistiram a esta reunião, que se realizou no Tribunal Geral em 3 de maio de 2017.
- 86 Na audiência que se realizou de 6 a 9 de junho de 2017, foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões escritas e orais colocadas pelo Tribunal Geral.

### III. Questão de direito

#### A. Quanto à admissibilidade

##### 1. Quanto à admissibilidade do terceiro pedido

###### a) Argumentos das partes

[omissis]

###### b) Apreciação do Tribunal Geral

- 89 Segundo jurisprudência constante, as condições de admissibilidade dos recursos são questões de ordem pública que os órgãos jurisdicionais da União podem e devem, se for caso disso, suscitar oficiosamente (Acórdãos de 21 de março de 2002, Joynson/Comissão, T-231/99, EU:T:2002:84, n.º 154, e de 14 de dezembro de 2005, Honeywell/Comissão, T-209/01, EU:T:2005:455, n.º 53). Por conseguinte, mesmo que a Comissão não tenha contestado nos seus articulados, mas apenas na audiência em resposta a uma questão do Tribunal Geral, a admissibilidade do terceiro pedido das recorrentes, cabe ao Tribunal Geral conhecer oficiosamente da sua admissibilidade.
- 90 Nos termos do artigo 21.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, aplicável ao processo no Tribunal Geral em aplicação do artigo 53.º, primeiro parágrafo, do mesmo estatuto, e do artigo 44.º, n.º 1, alíneas c) e d), do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991, aplicável à data da interposição do recurso, qualquer petição deve indicar o objeto do litígio, as conclusões e uma exposição sumária dos respetivos fundamentos. O objetivo prosseguido por esta exigência é obter indicações suficientemente claras e precisas para permitir à recorrida defender-se eficazmente e ao juiz da União exercer a sua fiscalização jurisdicional, eventualmente sem outra informação (Acórdãos de 29 de junho de 1995, ICI/Comissão, T-37/91, EU:T:1995:119, n.º 42; de 24 de fevereiro de 2000, ADT Projekt/Comissão, T-145/98, EU:T:2000:54, n.º 66, e de 16 de março de 2004, Danske Busvognmænd/Comissão, T-157/01, EU:T:2004:76, n.º 45). Deste modo, como a Comissão alegou na audiência, uma remissão geral, numa petição, para os fundamentos e argumentos invocados em apoio de um recurso interposto no âmbito de um processo conexo não responde a esta exigência (Acórdão de 24 de março de 2011, Legris Industries/Comissão, T-376/06, não publicado, EU:T:2011:107, n.º 32).
- 91 Todavia, importa assinalar que o juiz da União aceitou que se pode considerar que certos fundamentos não expressamente referidos na petição possam ser validamente suscitados através de uma remissão para fundamentos invocados noutra processo no caso de o recorrente ter remetido para os seus próprios articulados noutra processo (v., Acórdão de 14 de dezembro de 2005, Honeywell/Comissão, T-209/01, EU:T:2005:455, n.ºs 61 e 62, e jurisprudência aí referida). Estes casos abrangiam situações em que as partes eram idênticas, tal como os agentes e os advogados que as representavam. Contrariamente, o Tribunal Geral considera que aceitar a admissibilidade de fundamentos não

expostos de forma expressa na petição com base no facto de terem sido invocados por um terceiro noutra processo, para a qual seria feita remissão na petição, permitiria contornar as exigências imperativas do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991 (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de dezembro de 2005, Honeywell/Comissão, T-209/01, EU:T:2005:455, n.ºs 63 e 64; de 27 de setembro de 2012, Dura Vermeer Infra/Comissão, T-352/06, não publicado EU:T:2012:483, n.ºs 25 e 26; de 27 de setembro de 2012, Koninklijke BAM Groep/Comissão, T-355/06, não publicado EU:T:2012:486, n.ºs 26 e 27, e de 27 de setembro de 2012, Heijmans/Comissão, T-360/06, não publicado EU:T:2012:490, n.ºs 25 e 26). Por último, cabe recordar que cada parte é exclusivamente responsável pelo conteúdo dos atos processuais que apresenta, sendo que esta regra está consagrada, nomeadamente, no artigo 43.º, n.º 1, do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991 (v., neste sentido, Acórdãos de 29 de junho de 1995, ICI/Comissão, T-37/91, EU:T:1995:119, n.º 46, e de 14 de dezembro de 2005, Honeywell/Comissão, T-209/01, EU:T:2005:455, n.º 66). Ora, no caso em apreço é pacífico que as recorrentes pretendem invocar uma eventual anulação obtida por terceiros e que, por conseguinte, não existe nem identidade das partes nem identidade dos seus representantes.

92 Por outro lado, importa recordar que uma decisão adotada em matéria de concorrência relativamente a várias empresas, embora redigida e publicada sob a forma de uma única decisão, deve ser entendida como um conjunto de decisões individuais que declaram verificada ou verificadas, em relação a cada uma das empresas destinatárias, a infração ou as infrações que lhes são imputadas e lhes aplicam, se for caso disso, uma coima (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de setembro de 1999, Comissão/AssiDomän Kraft Products e o., C-310/97 P, EU:C:1999:407, n.º 49, e de 15 de outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, n.º 100). O Tribunal de Justiça declarou que, se um destinatário de uma decisão decidir interpor um recurso de anulação, só são submetidos ao juiz da União os elementos da decisão que lhe dizem respeito, ao passo que os elementos que dizem respeito aos outros destinatários não fazem parte do objeto do litígio que o juiz da União foi chamado a decidir (Acórdãos de 14 de setembro de 1999, Comissão/AssiDomän Kraft Products e o., C-310/97 P, EU:C:1999:407, n.º 53; de 29 de março de 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Comissão e Comissão/ArcelorMittal Luxembourg e o., C-201/09 P e C-216/09 P, EU:C:2011:190, n.º 142, e de 11 de julho de 2013, Team Relocations e o./Comissão, C-444/11 P, não publicado EU:C:2013:464, n.º 66). Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considera que, em princípio, a autoridade de um fundamento de um acórdão de anulação não pode ser aplicada às pessoas que não eram partes no processo e relativamente às quais o acórdão não pode, portanto, ter decidido o que quer que seja (Acórdão de 14 de setembro de 1999, Comissão/AssiDomän Kraft Products e o., C-310/97 P, EU:C:1999:407, n.º 55). Assim, a anulação de uma decisão individual produz efeitos *erga omnes* e impõe-se a todos, mas não beneficia a todos, contrariamente ao que sucede com a anulação de um ato de alcance geral (v., Acórdão de 15 de julho de 2015, Emesa-Trefilería e Industrias Galycas/Comissão, T-406/10, EU:T:2015:499, n.º 126, e jurisprudência aí referida).

93 Não obstante, o Tribunal de Justiça moderou este princípio no Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Comissão/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29, n.ºs 43 a 49), no qual considerou que, na medida em que a responsabilidade da sociedade-mãe derivava exclusivamente da responsabilidade da sua filial e em que a sociedade-mãe e a sua filial tinham interposto recursos paralelos com o mesmo objeto, o Tribunal Geral não se tinha pronunciado *ultra petita* ao ter em conta o resultado do recurso interposto pela filial para anular a decisão controvertida no tocante ao período em causa no que respeita à sociedade-mãe, apesar de esta não ter contestado a existência da infração para todo o período contestado pela sua filial. No entanto, o Tribunal de Justiça considerou necessário, para poder aplicar tal solução à coima aplicada a uma sociedade-mãe cuja responsabilidade deriva exclusivamente da responsabilidade da sua filial, que estejam reunidas circunstâncias específicas, nomeadamente, que as duas sociedades tenham invocado fundamentos «com o mesmo objeto» e que a sociedade-mãe recorrente invoque tais circunstâncias (v., neste sentido, Acórdão de 11 de julho de 2013, Team Relocation/Comissão, C-444/11 P, não publicado EU:C:2013:464, n.º 66).

- 94 Contudo, o Tribunal de Justiça não definiu este conceito de «mesmo objeto» e desenvolveu a sua posição sobre a questão de saber se circunstâncias específicas como as que estão em causa no Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Comissão/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), eram de ordem pública e deviam ser suscitadas oficiosamente pelo juiz. Assim, antes de mais, aplicou esta solução quando as duas sociedades tinham contestado a duração da infração e quando pelo menos uma parte do período contestado era idêntica (Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Comissão/Tomkins, C-286/11 P, EU:C:2013:29, n.ºs 43 e 44). No entanto, validou igualmente um acórdão do Tribunal Geral que decidiu desta forma quando a filial tinha obtido uma redução do montante da coima que lhe tinha sido aplicada, com fundamento numa má tomada em conta da sua cooperação a título da clemência, considerando que, no caso em apreço, a sociedade-mãe tinha pedido, a título subsidiário, a redução do montante da coima aplicada à sua filial e solidariamente a si própria e que alguns dos seus fundamentos «tinham, nomeadamente, o objetivo de justificar a concessão dessa redução» (Acórdão de 26 de setembro de 2013, Alliance One International/Comissão, C-679/11 P, não publicado EU:C:2013:606, n.ºs 103 a 107). Por último, no Acórdão de 17 de setembro de 2015, Total/Comissão (C-597/13 P, EU:C:2015:613, n.ºs 31 a 42), o Tribunal de Justiça criticou um acórdão do Tribunal Geral que não teve em conta, no acórdão relativo à sociedade-mãe, uma redução do montante da coima concedida à sua filial noutra acórdão proferido no mesmo dia, devido ao método utilizado pela Comissão no cálculo do montante da coima para definir o multiplicador correspondente à duração da infração. Contudo, a sociedade-mãe não tinha invocado tal fundamento (tinha, em contrapartida, contestado a duração da infração) nem pedido ao Tribunal Geral para poder beneficiar de uma redução do montante da coima que lhe tinha sido aplicada se a sua filial obtivesse tal redução.
- 95 No caso em apreço, a Biogaran, filial da Servier, também interpôs recurso [processo que deu origem ao acórdão desse dia, Biogaran/Comissão (T-677/14)] dos artigos 1.º, 7.º e 8.º da decisão recorrida. Não obstante, assim como a Comissão recordou na audiência, as circunstâncias do caso em apreço diferem das que prevaleceram no processo que deu origem ao Acórdão de 22 de janeiro de 2013, Comissão/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), e na jurisprudência posterior, nomeadamente na medida em que a responsabilidade das recorrentes não deriva exclusivamente da responsabilidade da sua filial Biogaran (considerandos 3006 a 3013 da decisão recorrida). Além disso, em todo caso, uma vez que foi negado provimento ao recurso interposto pela Biogaran no processo que deu origem ao acórdão proferido nesse dia, Biogaran/Comissão (T-677/14), por tal acórdão, o pedido das recorrentes para poderem beneficiar de uma anulação decretada a favor da Biogaran não pode ser julgado procedente.
- 96 As recorrentes alegam igualmente que deveriam poder beneficiar de uma eventual anulação obtida por outro destinatário da decisão recorrida «para evitar qualquer tratamento diferenciado de situações jurídica e factualmente idênticas». Tanto o princípio da igualdade de tratamento como um «dever geral de coerência» exigem a aplicação desta abordagem.
- 97 Importa recordar, a este respeito, que o princípio da igualdade constitui um princípio geral do direito da União, consagrado pelos artigos 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que exige que as situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que as situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objetivamente justificado (v., Acórdão de 14 de setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Comissão e o., C-550/07 P, EU:C:2010:512, n.ºs 54 e 55, e jurisprudência referida). Ora, uma decisão adotada em matéria de concorrência em relação a várias empresas, embora redigida e publicada sob a forma de uma única decisão, deve ser entendida como um feixe de decisões individuais que declaram verificada ou verificadas, em relação a cada uma das empresas destinatárias, a infração ou as infrações que lhes são imputadas e lhes aplicam, se for caso disso, uma coima (v., n.º 92, *supra*). Assim, estas empresas encontram-se, *a priori*, e salvo exceção, em situações diferentes. Por conseguinte, o princípio da igualdade não permite ao juiz da União derrogar as regras processuais que regulam a admissibilidade dos pedidos, fazendo beneficiar uma empresa destinatária de uma decisão em matéria de direito da concorrência de uma anulação relativa a outro destinatário da referida decisão com base em fundamentos invocados exclusivamente por este.

- 98 Além disso, o dever de o Tribunal Geral fundamentar os seus acórdãos não pode ser alargado ao ponto de lhe impor o dever de justificar a solução adotada num processo em relação à decisão adotada noutro processo em que se pronunciou, mesmo que respeite à mesma decisão (v., neste sentido, Acórdão de 11 de julho de 2013, Team Relocation/Comissão, C-444/11 P, não publicado EU:C:2013:464, n.º 66).
- 99 Resulta do exposto que o terceiro pedido das recorrentes para beneficiarem de uma eventual anulação obtida por outros destinatários da decisão recorrida com base em fundamentos invocados por estes é inadmissível. Mesmo a ser admissível, este pedido deve, além disso, ser julgado improcedente, uma vez que as recorrentes não podem validamente invocar, em seu benefício, assim como decorre dos n.ºs 92 a 98, *supra*, uma solução proferida em benefício de outros destinatários da decisão recorrida.

## 2. Quanto à admissibilidade de determinados anexos da petição

### a) Argumentos das partes

[*omissis*]

### b) Apreciação do Tribunal Geral

- 102 A título principal, a Comissão alega que os anexos A 2 e A 3 da petição são inadmissíveis em virtude do princípio *iura novit curia*. Os anexos, que têm uma função unicamente probatória e instrumental, não podem, com efeito, ser utilizados para invocar ou aprofundar uma questão de direito da União, que está exclusivamente abrangida pela competência do Tribunal Geral. Invoca os Acórdãos de 5 de julho de 2011, Edwin/IHMI (C-263/09 P, EU:C:2011:452, n.º 53), e de 20 de março de 2013, El Corte Inglés/IHMI — Chez Gerard (CLUB GOURMET) (T-571/11, EU:T:2013:145, n.º 35), nos termos dos quais o princípio *iura novit curia* é aplicável apenas ao direito da União e não ao direito nacional. Importa recordar que este princípio significa que a determinação do sentido da lei é da competência exclusiva do juiz e não das partes. A jurisprudência aplicou este princípio para sublinhar que, embora deva conhecer apenas dos pedidos das partes, às quais cabe delimitar o quadro do litígio, o juiz não pode estar limitado unicamente pelos argumentos invocados por aquelas em apoio das suas pretensões, sob pena de se ver obrigado, eventualmente, a fundamentar a sua decisão em considerações jurídicas erradas (Despachos de 27 de setembro de 2004, UER/M6 e o., C-470/02 P, não publicado, EU:C:2004:565, n.º 69; de 13 de junho de 2006, Mancini/Comissão, C-172/05 P, EU:C:2006:393, n.º 41; Acórdãos de 21 de setembro de 2010, Suède e o./API e Comissão, C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, EU:C:2010:541, n.º 65, e de 8 de julho de 2010, Comissão/Putterie-De-Beukelaer, T-160/08 P, EU:T:2010:294, n.º 65). De igual modo, em virtude deste princípio, a determinação do sentido da lei não cabe no âmbito de aplicação de um princípio da livre disposição do litígio pelas partes e, assim, o juiz da União não está obrigado a comunicar às partes a interpretação que tem intenção de acolher para que estas se possam pronunciar a esse respeito (v., Acórdão de 5 de outubro de 2009, Comissão/Roodhuijzen, T-58/08 P, EU:T:2009:385, n.º 36, e jurisprudência referida), sob reserva do respeito, pelo juiz, da obrigação de permitir às partes tomarem conhecimento e discutir em contraditório tanto os elementos de facto como os elementos de direito que sejam determinantes à decisão da causa (Acórdão de 2 de dezembro de 2009, Comissão/Irlanda e o., C-89/08 P, EU:C:2009:742, n.º 56). No entanto, este princípio não pode significar que os anexos da petição relativos à interpretação do direito da União são inadmissíveis.
- 103 A inadmissibilidade invocada pela Comissão afigura-se, além disso, baseada no facto de os dois anexos em causa incluírem pareceres emitidos a favor das recorrentes por Sir Jacobs e F. Macken, na qualidade de advogados, mas cuja qualidade de antigos membros do Tribunal de Justiça da União Europeia é notória, e de as recorrentes invocarem esta última qualidade. Interrogada, na audiência, sobre a questão de saber se, através da contestação da admissibilidade dos pareceres jurídicos assim

emitidos, a Comissão pretendia invocar a violação, por parte destes antigos membros do Tribunal de Justiça, das obrigações que lhes incumbem nos termos do Código de Conduta dos membros do Tribunal de Justiça da União Europeia (JO 2007, C 223, p. 1), nomeadamente do artigo 6.º deste Código de Conduta, relativo ao compromisso dos membros após a cessação das suas funções, a Comissão respondeu que não era essa a sua intenção. O Tribunal Geral registou esta declaração na ata da audiência.

- 104 A título subsidiário, a Comissão alega que, segundo a jurisprudência, um parecer jurídico anexado a uma petição apenas é admissível para alicerçar e completar os elementos essenciais que devem figurar na petição, desde que as passagens relevantes dos documentos anexados sejam identificadas e referenciadas na petição. Ora, no caso em apreço, no que respeita a determinados fundamentos, os textos e os argumentos que figuram nos anexos A 2 e A 3 da petição incluem o essencial, ou mesmo a totalidade, da argumentação das recorrentes.
- 105 Importa recordar, a este respeito, que, segundo a jurisprudência que figura no n.º 90, *supra*, em virtude do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991, aplicável à data da interposição do recurso, qualquer petição deve indicar o objeto do litígio, as conclusões e uma exposição sumária dos fundamentos invocados e que é necessário, para que um recurso seja admissível, que os elementos essenciais de facto e de direito em que este se baseia resultem, pelo menos sumariamente, mas de um modo coerente e compreensível, do texto da própria petição.
- 106 Ainda que o corpo da petição possa ser escorado e completado, em pontos específicos, por remissões para determinadas passagens de documentos que a ela foram anexados, uma remissão global para outros documentos, mesmo anexos à petição, não pode suprir a ausência dos elementos essenciais da argumentação jurídica, os quais, por força das disposições atrás recordadas, devem constar da petição. Além disso, não compete ao Tribunal procurar e identificar, nos anexos, os elementos que possa considerar constituírem o fundamento do recurso, uma vez que os anexos têm uma função puramente probatória e instrumental (v., Acórdão de 17 de setembro de 2007, Microsoft/Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, n.º 94, e jurisprudência referida). Por conseguinte, no caso em apreço, o Tribunal Geral apenas pode tomar em consideração os anexos A 2 e A 3 da petição na medida em que alicerçam ou completam fundamentos ou argumentos expressamente invocados pelas recorrentes no corpo dos seus articulados e em que seja possível ao Tribunal Geral determinar com precisão quais os elementos neles contidos que alicerçam ou complementam os referidos fundamentos ou argumentos (Acórdão de 17 de setembro de 2007, Microsoft/Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, n.º 99).
- 107 No que respeita mais particularmente ao anexo A 2 da petição, há que constatar, ao contrário do que alega a Comissão, que o essencial da argumentação das recorrentes figura efetivamente no corpo da petição e que os elementos expostos neste anexo apenas alicerçam e complementam, em pontos específicos, os fundamentos e os argumentos que figuram no corpo da petição e que é fácil, para o Tribunal Geral, identificar.
- 108 Assim, no que respeita ao n.º 103 da petição, as recorrentes constataram que a decisão recorrida reconhecia que as resoluções amigáveis de processos de patentes entre concorrentes tinham, em geral, um objetivo legítimo e que alguns Estados-Membros incentivavam o acesso às resoluções amigáveis. No n.º 24 do anexo A 2 da petição, para o qual remete o n.º 103 da petição, é também indicado que a resolução amigável de litígios tem um interesse público significativo, que vários sistemas jurídicos nacionais incentivam, ou até impõem, a procura de uma resolução amigável antes da interposição de um recurso judicial e que a decisão recorrida, na medida em que constitui uma restrição ao direito de resolução amigável de um litígio, seria contrária a esta política e produziria o efeito de impor despesas inúteis às partes e aos órgãos jurisdicionais. Assim, uma vez que as recorrentes invocaram, no n.º 24 do anexo A 2 da petição, argumentos que se limitam a alicerçar e a completar os elementos expressamente invocados no corpo da petição, estes são admissíveis.

- 109 No que respeita aos n.ºs 29 e 818 da petição, em relação aos quais a Comissão alegou que as recorrentes se limitaram a remeter para o parecer de Sir Jacobs, importa observar que as recorrentes expuseram de forma detalhada nos n.ºs 816 a 822 da petição os motivos pelos quais a Comissão não podia, em seu entender, aplicar-lhes uma coima devido ao carácter inédito e imprevisível da posição adotada por esta e que os n.ºs 70 e 76 do anexo A 2 da petição não incluem argumentos ou desenvolvimentos novos a este respeito.
- 110 No que respeita ao n.º 147 da petição, no qual as recorrentes indicam que a abordagem que propõem adotar para identificar os acordos de resolução amigável contrários ao disposto no artigo 101.º TFUE é coerente com a posição adotada pelo acórdão do Supreme Court of the United States de 17 de junho de 2013, *Federal Trade Commission v. Actavis* [570 U. S. (2013)], a seguir «acórdão Actavis», há que constatar que este remete, na nota de rodapé n.º 153, para os n.ºs 32 e 33 do anexo A 2. Ora, no n.º 32 deste anexo, as recorrentes apenas demonstram este argumento e, no n.º 33 deste anexo, limitam-se a alegar que o alcance do acórdão Actavis não pode ser limitado a um contexto nacional estranho ao direito da União e que o ponto de vista da Supreme Court of the United States (Supremo Tribunal dos Estados Unidos, Estados Unidos) merece particular respeito, tendo em conta a sua reputação e a sua experiência em direito da concorrência. Por conseguinte, estes argumentos são admissíveis.
- 111 No que respeita ao anexo A 3 da petição, há que constatar, como alega a Comissão, que, embora, no n.º 11 da petição, as recorrentes afirmem que a atitude da Comissão não é neutra relativamente aos direitos de propriedade intelectual, limitam-se, no entanto, a remeter para os n.ºs 8, 15, 31, 34 e 41 do anexo A 3 da petição, nos quais F. Macken desenvolve argumentos relativos à necessidade de efetuar uma distinção entre os diferentes domínios da propriedade intelectual, devido ao facto de a concessão de um monopólio sobre as patentes constituir a contrapartida de uma divulgação da invenção ao público, à utilização errada do conceito de «exclusividade comercial» pela Comissão na decisão recorrida e a uma má interpretação da CEP por parte desta. Por conseguinte, tais argumentos não são admissíveis, com exceção do que se refere ao facto de a concessão de um monopólio sobre as patentes constituir a contrapartida de uma divulgação da invenção ao público. Com efeito, no n.º 67 da petição, os recorrentes aludiram ao facto de a Comissão ter «ignorado completamente este aspeto essencial das patentes que é a sua publicação para fins de disseminação das invenções».
- 112 De igual modo, no n.º 68 da petição, as recorrentes alegam que a Comissão citou de forma tendenciosa as declarações do juiz da Court of Appeal (England & Wales) (Civil division) [Tribunal de Recurso (Inglaterra e País de Gales) (divisão civil)] que figuram no acórdão de 9 de maio de 2008 que negou provimento ao recurso interposto pela Servier do acórdão da High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], e acusam a Comissão de não ter tido em conta o relatório do professor S. anexado à sua resposta à comunicação de acusações a este respeito. Remetem, além disso, nos n.ºs 113 a 117 do anexo A 3 da petição. Ora, nestes números, F. Macken não se limita a completar ou a desenvolver estes argumentos, mas invoca argumentos relativos à má utilização que a Comissão fez dos elementos de prova que lhe permitiram concluir que a patente 947 era inválida. Assim, desenvolve os argumentos que visam pôr em causa a interpretação da Comissão sobre a declaração da diretora de patentes da recorrente referida nos considerandos 127 e 185 da decisão recorrida, da declaração do consultor jurídico da Krka referida no considerando 883 desta decisão e da declaração do diretor de vendas para a Europa ocidental da Krka mencionada no n.º 895 da mesma decisão. Por conseguinte, estes argumentos não são admissíveis.
- 113 No que respeita ao n.º 76 da petição, importa igualmente constatar, assim como sublinha a Comissão, que, embora as recorrentes tenham referido na nota de rodapé n.º 79 da petição que o envio de notificações para cumprir era legítimo, limitaram-se, no entanto, a remeter para os n.ºs 58 a 67 do anexo A 3 da petição para exporem os motivos que permitem concluir que tais envios são legítimos. Os argumentos desenvolvidos no anexo A 3 da petição sobre este ponto não são, assim, admissíveis.

- 114 No n.º 103 da petição, as recorrentes limitaram-se a constatar que a decisão recorrida reconhecia que as resoluções amigáveis de processos de patentes entre concorrentes tinham, em geral, um objetivo legítimo e que alguns Estados-Membros incentivavam o acesso às resoluções amigáveis. Em contrapartida, os n.ºs 50 a 54 do anexo A 3 da petição, para os quais remete o n.º 103 da petição (nota de rodapé n.º 113), acusam a Comissão de não ter avaliado de forma suficiente as práticas de resolução amigável utilizadas no mundo, que são expostas de modo detalhado.
- 115 No que respeita ao n.º 46 da réplica, as recorrentes alegam que a ideia de que é preferível que qualquer litígio conduza a um julgamento é «contrária às reflexões atuais sobre o processo judiciário», remetendo para o n.º 112 do anexo A 3 da petição, no qual está indicado que a abordagem da Comissão é contrária à Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial (JO 2008, L 136, p. 3). Estes argumentos não se limitam a alicerçar ou a completar os elementos expressamente invocados no corpo da petição, são inadmissíveis.
- 116 Por último, no n.º 262 da petição, as recorrentes indicaram que era essencial a Teva figurar entre as primeiras sociedades de genéricos a entrar no mercado no Reino Unido, remetendo para o n.º 90 do anexo A 3 da petição. Ora, contrariamente ao que alega a Comissão, neste número do anexo A 3 da petição, as recorrentes apenas comprovaram e completaram esta afirmação, indicando os motivos pelos quais uma sociedade de genéricos só teria interesse em entrar num mercado se fizesse parte dos primeiros operadores. Por conseguinte, os argumentos desenvolvidos no anexo A 3 da petição sobre este número são admissíveis.

## **B. Quanto ao mérito**

### ***1. Quanto à violação do princípio da imparcialidade e do direito a uma boa administração***

#### ***a) Argumentos das partes***

[*omissis*]

#### ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

- 119 A título preliminar, importa observar que entre as garantias conferidas pelo direito da União nos processos administrativos, figura, nomeadamente, o princípio da boa administração, consagrado no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais, ao qual está associado o dever de a instituição competente examinar com cuidado e imparcialidade todos os elementos relevantes para o caso (Acórdãos 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 404, e de 27 de setembro de 2012, Shell Petroleum e o./Comissão, T-343/06, EU:T:2012:478, n.º 170). Esta exigência de imparcialidade abrange, por um lado, a imparcialidade subjetiva, no sentido de que nenhum membro da instituição em causa encarregada do processo deve manifestar ideias preconcebidas ou um juízo antecipado pessoal e, por outro, a imparcialidade objetiva, no sentido de que a instituição deve oferecer garantias suficientes para excluir a este respeito todas as dúvidas legítimas (v., Acórdão de 11 de julho de 2013, Ziegler/Comissão, C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 155, e jurisprudência referida). Importa igualmente recordar que a Comissão não pode ser qualificada de «tribunal» na aceção do artigo 6.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), e que, assim, é o artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais, e não o seu artigo 47.º, que regula o procedimento administrativo em matéria de acordos na Comissão (v., Acórdão de 11 de julho de 2013, Ziegler/Comissão, C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 154, e jurisprudência aí referida).

- 120 As recorrentes invocam dois acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»). Em primeiro lugar, as recorrentes invocam o acórdão do TEDH de 25 de março de 2008, *Vitan c. Roménia* (CE:ECHR:2008:0325JUD 004208402), relativo à presunção de inocência, consagrado no artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, no qual o TEDH constatou uma violação desta disposição, tendo o procurador responsável pela investigação penal contra o recorrente afirmado, numa conferência de imprensa, que o recorrente era culpado de tráfico de influência, apesar de a sua culpabilidade ainda não ter sido legalmente demonstrada, e não tendo «matizado as suas afirmações nem tido o cuidado de as situar no contexto do processo pendente contra o recorrente» (n.ºs 70 e 71). Importa recordar, a este respeito, que, segundo a jurisprudência do TEDH, uma violação da presunção de inocência pode não só provir de um juiz ou de um tribunal, mas também de outras autoridades públicas, que deve ser sublinhada a importância da escolha das palavras pelos agentes do Estado nas declarações que formulam antes de uma pessoa ter sido julgada e considerada culpada de uma infração e que o que importa para efeitos da aplicação do artigo 6.º, n.º 2, da CEDH é o sentido real das declarações em questão e não a sua forma literal (v., TEDH, 15 de março de 2011, *Begu c. Roménia*, CE:ECHR:2011:0315JUD 002044802, n.º 126, e jurisprudência referida). O TEDH reconhece, não obstante, que o artigo 6.º, n.º 2, da CEDH não pode impedir, tendo em conta o seu artigo 10.º, que protege a liberdade de expressão, as autoridades de informarem o público sobre as investigações penais em curso, mas exige que o façam com toda a discrição e toda a reserva que impõe o respeito da presunção de inocência (TEDH, 10 de fevereiro de 1995, *Allenet de Ribemont c. França*, CE:ECHR:1995:0210JUD 001517589, n.º 38).
- 121 Em segundo lugar, as recorrentes invocam o acórdão do TEDH de 16 de setembro de 1999, *Buscemi c. Itália* (CE:ECHR:1999:0916JUD 002956995), no qual o TEDH constatou uma violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH e do direito de qualquer pessoa a que a sua causa seja examinada equitativamente por um tribunal independente e imparcial, uma vez que o presidente do tribunal utilizou publicamente expressões nas quais está subjacente uma apreciação negativa da causa do recorrente antes de presidir ao órgão judiciário chamado a decidir o seu processo (n.ºs 68 e 69). Neste acórdão, o TEDH recordou, por outro lado, que se impunha a maior discrição às autoridades judiciárias quando eram chamadas a decidir, a fim de garantir a sua imagem de juízes imparciais, e que esta discrição devia fazer com que não utilizassem a imprensa, mesmo para responder a provocações (n.º 67). Contudo, importa recordar que, na jurisprudência da União, a Comissão não pode ser qualificada de «tribunal» na aceção do artigo 6.º da CEDH (v., n.º 119, *supra*).
- 122 As recorrentes invocam, além disso, o Acórdão de 8 de julho de 2008, *Franchet e Byk/Comissão* (T-48/05, EU:T:2008:257, n.ºs 210 a 219), no qual o Tribunal Geral constatou, no âmbito de uma ação de indemnização, uma violação pelo Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) dos princípios da presunção de inocência e da boa administração e da sua obrigação de confidencialidade, na medida em que tinha provocado a divulgação na imprensa de elementos sensíveis de investigações em curso e indicado que os demandantes podiam ter levado a cabo uma «vasta operação de apropriação de fundos [da União]» (n.º 216).
- 123 Por outro lado, o Tribunal Geral já efetuou precisões quanto à obrigação de imparcialidade e de respeito do princípio da boa administração a que está sujeita a Comissão nos processos de direito da concorrência. Assim, no Acórdão de 20 de março de 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Comissão* (T-31/99, EU:T:2002:77, n.ºs 99 a 107), o Tribunal Geral rejeitou um fundamento relativo a uma violação do princípio da boa administração num caso em que a recorrente tinha sido alvo, na sua audição na Comissão, de uma observação pejorativa relativa à sua reputação e de uma série de questões tendenciosas sobre factos que também não contestava, por parte de um funcionário da Comissão responsável pelo processo que conduziu à decisão recorrida, e onde o mesmo funcionário se manifestou, numa conferência sobre as questões do direito da concorrência realizada antes da adoção da decisão da Comissão, utilizando uma referência que descredibilizava as atividades da recorrente. Com efeito, reconhecendo que estas observações demonstravam um comportamento e uma linguagem pouco cuidadas da parte de um membro da equipa responsável pelo processo e recordando que o diretor-geral da Direção-Geral (DG) «Concorrência» da Comissão tinha apresentado as suas desculpas

à recorrente na sequência da observação efetuada na conferência, o Tribunal Geral considerou que estas observações não eram suscetíveis de originar dúvidas sobre o grau de cuidado e de imparcialidade com o qual a Comissão tinha realizado a sua investigação sobre a infração em causa e que o comportamento lamentável de um membro da equipa responsável por um processo não viciava, por si só, a legalidade da decisão adotada pelo colégio dos membros da Comissão.

- 124 No que respeita à acumulação, pela Comissão, das funções instrutórias e sancionatórias das infrações às regras de concorrência, o Tribunal de Justiça declarou que, por si só, não era contrária ao artigo 6.º da CEDH tal como interpretado pelo TEDH (v., neste sentido, Acórdão de 18 de julho de 2013, *Schindler Holding e o./Comissão*, C-501/11 P, EU:C:2013:522, n.ºs 33 e 34) e o Tribunal Geral considerou que não constituía uma violação da exigência de imparcialidade (v., neste sentido, Acórdão de 27 de junho de 2012, *Bolloré/Comissão*, T-372/10, EU:T:2012:325, n.ºs 65 a 67). A falta de separação entre as funções instrutórias e as funções sancionatórias nos serviços da Comissão implica, todavia, uma especial responsabilidade para os membros desta instituição, nomeadamente para o membro da Comissão responsável pela concorrência, ou seja, devem evitar ser parciais na instrução e na condução dos processos de infração, uma vez que detêm o poder de aplicar sanções às empresas em causa no termo dos referidos processos.
- 125 O Tribunal Geral, por outro lado, considerou que a afirmação pela Comissão da sua determinação de que os participantes em acordos anticoncorrenciais não escapem, por razões processuais, às sanções do direito da União não constituía uma manifestação de parcialidade, mas simplesmente a afirmação de uma vontade clara, plenamente conforme com a missão de que a Comissão é titular, de pôr cobro, caso a caso, às irregularidades processuais constatadas, para não prejudicar a eficácia do direito da concorrência da União (Acórdão de 27 de junho de 2012, *Bolloré/Comissão*, T-372/10, EU:T:2012:325, n.ºs 73 e 74).
- 126 Além disso, importa recordar que o juiz da União, para rejeitar um fundamento relativo à violação do direito a um processo equitativo ou do princípio da boa administração, devido a tomadas de posição públicas da Comissão ou de um dos seus agentes durante o procedimento administrativo, já se baseou no motivo de que nenhum elemento dos autos permitia presumir que a decisão impugnada não teria sido tomada, ou teria um conteúdo diferente, na ausência das manifestações em causa (v., neste 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 91, e de 7 de julho de 1994, *Dunlop Slazenger/Comissão*, T-43/92, EU:T:1994:79, n.º 29). Em conformidade com a jurisprudência, cabe à recorrente apresentar pelo menos indícios que venham sustentar tal conclusão (Acórdão de 15 de março de 2006, *BASF/Comissão*, T-15/02, EU:T:2006:74, n.º 606).
- 127 Importa igualmente recordar que o funcionamento da Comissão se rege pelo princípio da colegialidade decorrente do artigo 250.º TFUE, que assenta na igualdade dos membros da Comissão na participação na tomada de decisão e implica, nomeadamente, por um lado, que as decisões sejam deliberadas em comum e, por outro, que todos os membros do colégio sejam coletivamente responsáveis, no plano político, por todas as decisões adotadas. Em particular, é esse o caso dos atos, expressamente qualificados de decisões, que a Comissão pratica face às empresas com vista ao respeito das normas de concorrência e que têm por objeto a declaração de uma infração a essas normas, dirigir intimações a essas empresas e aplicar-lhes sanções pecuniárias. Uma vez que o dispositivo e a fundamentação de uma decisão constituem um todo indivisível, cabe exclusivamente ao colégio, em virtude do princípio da colegialidade, adotar tanto um como a outra (Acórdão de 27 de setembro de 2012, *Heijmans Infrastructuur/Comissão*, T-359/06, não publicado EU:T:2012:489, n.ºs 126 e 127). De resto, o Tribunal Geral declarou, em matéria de auxílios estatais, que a expressão de uma opinião do membro da Comissão responsável pelas questões de concorrência num processo em curso, na medida em que seja estritamente pessoal e reservada, apenas é imputável a esse membro e não antecipa a posição que o colégio dos membros da Comissão adotará no termo do processo (Acórdão de 8 de julho de 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij/Comissão*, T-266/97, EU:T:1999:144, n.ºs 49 e 54). Além disso, não é

possível presumir que os membros da Comissão foram condicionados na sua liberdade de apreciação por um sentimento de solidariedade incómoda relativamente ao seu colega que se ocupa dos processos de concorrência (Acórdão de 15 de março de 2006, BASF/Comissão, T-15/02, EU:T:2006:74, n.º 610).

- 128 No que respeita à imparcialidade objetiva, que visa o facto de a instituição dever oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima, há que observar que a Comissão, conforme precisou na audiência em resposta a uma questão do Tribunal Geral, adotou vários textos internos que lhe impõem o respeito de determinadas regras quando comunica publicamente. Em particular, o Código de Conduta dos Comissários [C (2011) 2904], adotado em 2011, prevê no seu artigo 1.7 que, em virtude do princípio da colegialidade, os membros da Comissão devem abster-se de qualquer comentário que possa pôr em causa uma decisão adotada pela Comissão e devem igualmente abster-se de revelar o teor dos debates da Comissão. Além disso, o anexo da Decisão 2000/633/CE, CECA, Euratom da Comissão, de 17 de outubro de 2000, que altera o seu regulamento interno (JO 2000, L 267, p. 63), sob a epígrafe «Código de boa conduta administrativa para o pessoal da comissão europeia nas suas relações com o público», refere, nas suas disposições, que um «serviço de qualidade implica, por parte da Comissão e do seu pessoal, cortesia, objetividade e imparcialidade» e, no seu n.º 2, relativo à objetividade e à imparcialidade, que «[o] pessoal deve atuar de forma objetiva e imparcial em todas as circunstâncias, em prol do interesse [da União] e do bem comum» e que a «[o]s membros do pessoal devem agir com independência no âmbito das políticas estabelecidas pela Comissão e a sua conduta nunca deve ser determinada por interesses pessoais ou nacionais nem por pressões políticas». De igual modo, o Código de Ética e de Integridade da DG «Concorrência», adotado em 28 de junho de 2010, recomenda ao seu pessoal, no que respeita à liberdade de expressão, que seja evitada qualquer discussão sobre um processo em relação ao qual a Comissão não tomou posição oficial e, no que respeita aos contactos com os meios de comunicação, evitar falar de um processo que ainda seja objeto de instrução e em relação ao qual a Comissão não tomou posição oficial.
- 129 As recorrentes alegam que o Provedor já constatou um caso de má administração relativo ao membro da Comissão responsável pela concorrência que estava em funções no momento da adoção da decisão recorrida, na medida em que, como sucedeu no presente processo, proferiu publicamente afirmações que deixavam entender que já teria chegado a uma conclusão antes do encerramento da investigação.
- 130 A este respeito, importa recordar que as conclusões do Provedor que constatarem a existência de um «ato de má administração» não vinculam o juiz da União e apenas podem constituir um simples indício da violação, pela instituição em causa, do princípio da boa administração. Com efeito, o processo no Provedor, que não tem o poder de tomar decisões vinculativas, é uma via alternativa extrajudicial para os cidadãos da União à do recurso para o juiz da União, que responde a critérios específicos e não tem necessariamente o mesmo objetivo que o de um recurso judicial (Acórdão de 25 de outubro de 2007, Komninou e o./Comissão, C-167/06 P, não publicado EU:C:2007:633, n.º 44). *A fortiori*, as interpretações do direito da União efetuadas pelo Provedor não são suscetíveis de vincular o juiz da União.
- 131 No caso em apreço, no que respeita à imparcialidade subjetiva, que visa a necessidade de nenhum membro da instituição em causa responsável pelo processo manifestar parcialidade ou preconceito pessoal, as recorrentes acusam os dois membros da Comissão sucessivamente responsáveis pela concorrência, N. Kroes e J. Almunia, de terem proferido publicamente, em três ocasiões, afirmações sobre o desfecho da investigação que lhes diz respeito, no decurso do procedimento administrativo. Como as recorrentes sublinharam na audiência, estes dois membros da Comissão ainda estavam em funções na Comissão no momento da adoção da decisão recorrida, participaram nesta adoção e eram diretamente responsáveis pela instrução do processo em períodos diferentes. Aliás, a decisão recorrida é assinada por J. Almunia.

- 132 Em primeiro lugar, resulta dos autos que N. Kroes, na conferência de imprensa relativa à apresentação das conclusões do relatório de investigação sobre o setor farmacêutico, indica que, «[l]amentavelmente, o relatório confirm[ava] que exist[iam] problemas de concorrência no setor farmacêutico», que «as práticas das empresas [era]m um fator importante a este respeito» e que, «[e]m particular, o relatório concluí[a] que os produtores de medicamentos originais tent[a]vam ativamente atrasar a entrada de medicamentos genéricos nos seus mercados» (discurso publicado no sítio da DG «Concorrência»). Segundo as recorrentes, N. Kroes acrescentou, além disso, que, «[g]lobalmente, com efeito, [podia] concluir-se que exist[ia] alguma coisa podre no reino» (extrato do sítio do jornal em linha *EU Observer*). A Comissão alega, na tréplica, que estas afirmações apenas foram relatadas por um jornalista e que o artigo confirma que o termo «podre» se referia à investigação setorial e não às recorrentes. Na mesma conferência de imprensa, o mesmo membro da Comissão responsável pela concorrência evocou, numa parte distinta sob a epígrafe «Processos de concorrência e controlo», a abertura de um processo contra as recorrentes e determinadas sociedades de genéricos, precisando que «se trata[vam] de alegadas violações das regras do Tratado [FUE] sobre as práticas comerciais restritivas (artigo [101.º TFUE]) e sobre o abuso de posição dominante no mercado (artigo [102.º TFUE])», que «[s]eria[am] apreciados, no âmbito deste processo, os acordos concluídos entre a Servier e um determinado número de sociedades de genéricos» e que «[e]stes acordos [tinham] afetado a entrada de concorrentes genéricos do perindopril, um medicamento de primeiro plano que combat[ia] as doenças cardíacas e a hipertensão arterial». O membro da Comissão responsável pela concorrência distinguiu, assim, os resultados da investigação setorial da decisão de abertura de um processo contra as recorrentes. No que respeita a esta, o membro da Comissão responsável pela concorrência teve o cuidado de precisar que se tratavam de potenciais violações das regras de concorrência. A mera circunstância de ter mencionado, no período seguinte, o facto de os acordos em causa terem afetado a entrada dos medicamentos genéricos no mercado não pode, por si só, deixar entender que considerava estar perante uma infração às regras de concorrência, tendo em conta o contexto recordado na fase anterior. O membro da Comissão responsável pela concorrência limitou-se assim, nessa conferência de imprensa, a informar o público sobre uma investigação em curso, com a discrição e a reserva que impõe o respeito da presunção de inocência.
- 133 Em segundo lugar, em 8 de outubro de 2012, num discurso de apresentação ao Parlamento Europeu do programa de atividade da Comissão em matéria de concorrência para o período 2013-2014, J. Almunia referiu, nomeadamente, o processo relativo aos acordos controvertidos, indicando que, «[n]o setor farmacêutico, [...] [foram] notificadas à Servier [as] acusações [da Comissão] antes do verão», que «rece[va] que estas sociedades tivessem abusado das suas patentes para entravar o acesso ao mercado dos medicamentos genéricos mais baratos» e que «espera[va] que as decisões que seria[m] adotadas — idealmente em 2013 — teria[m] por efeito alterar as práticas atuais de determinados agentes do setor, que deixa[vam] muito a desejar» (discurso publicado no sítio da DG «Concorrência»). Ao referir que a Comissão tinha enviado uma comunicação de acusações às recorrentes e a outras empresas no presente processo e noutro processo e que as decisões seriam adotadas em 2013, o membro da Comissão, no entanto, não violou a sua obrigação de imparcialidade e limitou-se a informar o Parlamento sobre uma investigação em curso, com a discrição e a reserva que impõe o respeito da presunção de inocência. Com efeito, cabe recordar o caráter preliminar da comunicação de acusações, a função deste documento, tal como definida pelos regulamentos da União, que consiste em fornecer às empresas todos os elementos de informação necessários para lhes permitir que se defendam efetivamente antes de a Comissão tomar uma decisão definitiva (v., Acórdão de 27 de setembro de 2012, *Koninklijke Wegenbouw Stevin/Comissão*, T-357/06, EU:T:2012:488, n.º 43, e jurisprudência referida). Embora a Comissão deva, em conformidade com o artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, adotar uma decisão final com base apenas nas acusações sobre as quais as partes tiveram a oportunidade de apresentar as suas observações, não é obrigada, no entanto, a reproduzir todos os elementos mencionados na comunicação de acusações, sobretudo se esses elementos se revelaram insuficientes. Por conseguinte, é inerente à natureza dessa comunicação o facto de esta ser provisória e suscetível de sofrer alterações no momento da avaliação que a Comissão faz posteriormente com base nas observações que lhe foram apresentadas em resposta pelas partes e no apuramento de outros factos (Acórdão de 10 de julho de 2008, *Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala*,

C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 63). Além disso, após a comunicação de acusações, através da qual a Comissão considera, em primeira análise, que foi cometida uma infração, o dever de reserva do membro da Comissão responsável pela concorrência não tem necessariamente de ser tão extenso, podendo este, em declarações públicas, divulgar, com toda a prudência exigida, tratando-se de uma apreciação provisória, o que é acusado a uma empresa nesta fase do processo.

- 134 Por último, em terceiro lugar, resulta dos autos que, em 12 de abril de 2013, J. Almunia referiu, num discurso proferido no Ordem dos Advogados americana em Washington e transcrito na imprensa, que «a Comissão [...] se [iria] pronunciar nos próximos meses sobre a legalidade dos acordos concluídos entre sociedades farmacêuticas que visam atrasar a entrada no mercado dos medicamentos genéricos mais baratos» e que «os resultados da investigação setorial seria[m] transformados em decisões nos processos [...] e Servier» (extrato do sítio Internet MLex). Importa sublinhar que este artigo só refere as afirmações do membro da Comissão de forma indireta. Além disso, admitindo que o membro da Comissão responsável pela concorrência proferiu efetivamente tais afirmações, estas apenas podem ser interpretadas no sentido de que significam que existia a possibilidade de ser adotada uma decisão no processo em causa (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 8 de julho de 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Comissão, T-266/97, EU:T:1999:144, n.º 53). Assim, o membro da Comissão responsável pela concorrência limitou-se a informar o público sobre uma investigação em curso, com a discrição e a reserva que impõe o respeito da presunção de inocência. Em todo caso, importa recordar que estas afirmações constituíam unicamente a expressão de uma opinião do membro da Comissão responsável pela concorrência num processo em curso, imputável apenas a este membro e não antecipa a posição que o colégio dos membros da Comissão adotará no termo do processo (v., n.º 127, *supra*).
- 135 Por conseguinte, não é necessário apreciar o argumento das recorrentes segundo a qual a decisão recorrida teria sido diferente sem estas declarações dos membros da Comissão.
- 136 Em apoio deste fundamento, as recorrentes também acusam o membro da Comissão responsável pela concorrência e o seu gabinete de não ter estado presente na maior parte da audição. Todavia, o facto, sublinhado na audiência pelas recorrentes, de J. Almunia não ter assistido à audição destas na Comissão e de se ter feito representar por um membro do seu gabinete não é suscetível de demonstrar que a decisão de aplicar sanções já tinha sido adotada, no seu princípio, mesmo antes dessa audição. Além disso, nenhuma disposição prevê que a participação do membro da Comissão ou de um membro do seu gabinete na audição é obrigatória. Ora, o juiz da União considera que o princípio da boa administração não pode transformar em obrigação o que o legislador não considerou como tal (v., neste sentido, Acórdão de 27 de setembro de 2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Comissão, T-357/06, EU:T:2012:488, n.º 242).
- 137 Por outro lado, as recorrentes acusam a Comissão de ter violado as regras e os padrões de prova aplicáveis, fazendo referência a vários considerandos da decisão recorrida que contestam noutros fundamentos da sua petição (desvirtuação dos factos, erro sobre o critério jurídico aplicável para qualificar uma infração por objetivo, interpretação excessiva do conceito de concorrência potencial, etc.). Na réplica, alegam que estes exemplos visam demonstrar os desvios que enfermam a investigação. Como alega a Comissão, esta argumentação das recorrentes confunde-se, no entanto, com a questão de saber se as constatações de facto efetuadas na decisão recorrida estão devidamente demonstradas pelos elementos de prova que a instituição apresentou e se a Comissão cometeu erros de direito na sua análise (v., neste sentido, Acórdão de 24 de outubro de 1991, Atochem/Comissão, T-3/89, EU:T:1991:58, n.º 39). Estes argumentos serão, por conseguinte, apreciados posteriormente, nos fundamentos de mérito. Em todo caso, há que observar que estes argumentos baseiam-se em simples afirmações e não são suscetíveis de demonstrar que a Comissão adotou efetivamente a decisão impugnada com base num juízo antecipado ou que conduziu o inquérito com ideias preconcebidas. (v., neste sentido, Acórdão de 6 de julho de 2000, Volkswagen/Comissão, T-62/98, EU:T:2000:180, n.º 272).

138 As recorrentes alegam, por último, que a inexistência de revisão do processo por um painel interno da DG «Concorrência» demonstra a parcialidade da decisão recorrida e justifica a sua anulação por violação do princípio da presunção de inocência e do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais. No entanto, importa assinalar que nenhuma disposição regulamentar, nem nenhuma regra interna da Comissão impõe que esta organize uma revisão de todos os processos por um painel interno e recordar que o princípio da boa administração não pode transformar em obrigação o que o legislador não considerou como tal (v., n.º 136 *supra*). Um sistema de controlo por pares foi, de facto, implementado na DG «Concorrência» em 2004. Todavia, resulta de um documento publicado em setembro de 2011 pela Comissão, sob a epígrafe «Processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE: principais agentes e equilíbrio de poderes», que o diretor-geral da DG «Concorrência» decide, juntamente com o membro da Comissão responsável pela concorrência, os processos nos quais este painel interno é organizado, que a decisão de ter tal painel e a composição deste não são tornadas públicas e que o exame, pelos pares, de um processo não implica em caso algum as partes que são objeto do processo ou qualquer outro terceiro. Assim, a organização de tal revisão pela DG «Concorrência» não é exigida em todos os processos, pelo que a Comissão não pode ser acusada de não ter organizado tal revisão no caso em apreço.

139 Por conseguinte, o fundamento deve ser julgado improcedente.

## ***2. Quanto à falta de consulta efetiva do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes***

### ***a) Argumentos das partes***

[*omissis*]

### ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

142 O artigo 14.º do Regulamento n.º 1/2003, que consta do capítulo IV relativo à cooperação entre, por um lado, a Comissão e, por outro, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência, prevê, no seu n.º 1, que «[a] Comissão consulta o Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes antes de tomar uma decisão em aplicação dos artigos 7.º, 8.º, 9.º, 10.º e 23.º, do n.º 2 do artigo 24.º e do n.º 1 do artigo 29.º», do mesmo regulamento. O artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe que, «[p]ara a análise dos processos individuais, o Comité Consultivo é composto por representantes das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência». O artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 precisa que o Comité Consultivo dá um parecer escrito sobre o anteprojeto de decisão da Comissão e o artigo 14.º, n.º 5, do mesmo regulamento que «[a] Comissão toma na melhor conta o parecer emitido pelo Comité Consultivo», e «[o] comité deve ser por ela informado do modo como esse parecer foi tomado em consideração». Além disso, «[s]e um ou mais membros o pedirem, as posições consignadas no parecer serão fundamentadas» (artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003). O n.º 58 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência (JO 2004, C 101, p. 43, a seguir «comunicação sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência») dispõe, além disso, que «[o] Comité Consultivo é a instância em que os peritos das várias autoridades responsáveis em matéria de concorrência debatem os casos individuais e questões gerais atinentes ao direito [da União] da concorrência».

143 No plano processual, o artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 prevê que a consulta do Comité Consultivo «pode ter lugar numa reunião convocada e presidida pela Comissão, a realizar num prazo não inferior a 14 dias a contar do envio da convocatória, juntamente com um resumo do processo, a indicação dos documentos mais importantes e um anteprojeto de decisão». Não obstante, «[c]aso a Comissão envie uma convocatória fixando para a reunião um prazo mais curto do que os acima

referidos, a reunião pode realizar-se na data proposta se não houver objeções de nenhum Estado-Membro». O n.º 66 da comunicação sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência precisa de igual modo que «[o] Regulamento do Conselho introduz a possibilidade de os Estados-Membros chegarem a acordo sobre um prazo mais curto entre o envio da convocatória e a realização da reunião». O artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 prevê, além disso, que o Comité Consultivo «[p]ode dar parecer mesmo que alguns membros estejam ausentes e não estejam representados». O artigo 14.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe, por último, que «[a] consulta pode igualmente realizar-se por procedimento escrito», mas que «se um Estado-Membro assim o solicitar, a Comissão deverá convocar uma reunião». Segundo esta disposição, «[e]m caso de procedimento escrito, a Comissão fixa um prazo não inferior a 14 dias para que os Estados-Membros em causa formulem as suas observações, que deverão ser divulgadas a todos os outros Estados-Membros».

- 144 O documento que tem por epígrafe «Disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo» de 19 de dezembro de 2008, apresentado pela Comissão em 6 de novembro de 2015 na sequência de uma medida de organização do processo, precisa as diferentes fases prévias à consulta do Comité Consultivo e, em particular, as que permitem às autoridades nacionais de concorrência tomar conhecimento dos autos à medida que decorre a instrução do processo.
- 145 Em primeiro lugar, importa recordar, a este respeito, que, nos termos no disposto no artigo 11.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, «[a] Comissão deve enviar às autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência cópia dos documentos mais importantes que tenha obtido para efeitos de aplicação dos artigos 7.º, 8.º, 9.º e 10.º e do n.º 1 do artigo 29.º», do referido regulamento e, «[a] Comissão deve facultar, a toda autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência que lho solicitar, uma cópia de outros documentos existentes que sejam necessários para a apreciação do processo». O artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003 prevê, além disso, que «[o] início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos [101.º e 102.º TFUE]» e que, «[s]e a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência». Em aplicação destas disposições, a Comissão transmite às autoridades nacionais de concorrência, imediatamente após a sua notificação à empresa em causa ou a sua receção, a decisão inicial de abertura do processo, a comunicação de acusações dirigida à referida empresa, a resposta desta a tal documento e os documentos mais importantes do processo (v., n.ºs 6 e 7 disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo).
- 146 Em segundo lugar, as disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo preveem, nos n.ºs 33 a 36, que, em cada processo em que a Comissão dirige uma comunicação de acusações a uma empresa, a Comissão nomeia, no prazo de 45 dias após o envio da comunicação de acusações às partes em causa, uma das autoridades nacionais de concorrência relatora do processo (a seguir «ANC relatora»), segundo uma rotatividade correspondente às presidências rotativas do Conselho da União Europeia, a menos que seja necessário escolher outra autoridade nacional de concorrência de modo a garantir a objetividade, caso em que a Comissão pode, sob reserva do consentimento da primeira autoridade nacional de concorrência, escolher a autoridade seguinte nesta listas das presidências rotativas (n.ºs 28, 33 e 34). A ANC relatora, que é responsável por contribuir para a compreensão do processo pelas outras autoridades nacionais de concorrência e por informá-las das principais fases da instrução do processo, trabalha para o efeito em estreita colaboração com a Comissão (n.ºs 40 e 42). As disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo impõem igualmente que a ANC relatora divulgue uma lista das principais questões do processo no mínimo cinco dias antes da reunião do Comité Consultivo [n.º 44, alínea i)], e apresente o processo e seus problemas no início da reunião do Comité Consultivo [n.º 44, alínea ii)].

- 147 Em terceiro lugar, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos [101.º e 102.º TFUE] (JO 2004, L 123, p. 18), «[a] Comissão dará aos interessados diretos a quem tiver transmitido uma comunicação de objeções a oportunidade de serem ouvidos antes de consultar o Comité Consultivo referido no n.º 1 do artigo 14.º do Regulamento [...] n.º 1/2003». O artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 773/2004 dispõe, além disso, que «[a] Comissão convidará as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros a estarem presentes na audição oral» e que «[p]ode igualmente convidar funcionários de outras autoridades dos Estados-Membros». O n.º 12 das disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo precisa que a participação das autoridades nacionais de concorrência na audição é útil para um funcionamento eficaz do Comité Consultivo. Nenhuma disposição prevê, em contrapartida, que a ANC relatora tem um papel específico na audição.
- 148 Segundo a jurisprudência relativa às disposições correspondentes do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [101.º] e [102.º TFUE] (JO 1962, 13, p. 204), a que sucedeu o Regulamento n.º 1/2003, a consulta do Comité Consultivo constitui uma formalidade essencial cuja violação afeta a legalidade da decisão final da Comissão no caso de se demonstrar que a falta de transmissão de determinados elementos essenciais não permitiu ao comité consultivo dar o seu parecer com pleno conhecimento de causa. O conteúdo e a natureza substancial, ou não, das obrigações decorrentes das disposições que regulam a consulta do Comité Consultivo devem assim ser apreciados, em cada caso concreto, em função desta finalidade, que consiste em permitir ao comité exercer as suas funções consultivas com todo o conhecimento de causa (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de julho de 1991, RTE/Comissão, T-69/89, EU:T:1991:39, n.ºs 21 e 23, e de 15 de março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, EU:T:2000:77, n.º 742).
- 149 A este respeito, resulta da jurisprudência, quanto aos documentos que devem ser transmitidos ao Comité Consultivo, que, embora essa consulta se inscreva no âmbito da cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros e não tenha por objeto organizar um processo contraditório em relação às empresas em questão, o comité consultivo deve, em especial, ser informado com toda a objetividade sobre a posição e os argumentos essenciais invocados pelas empresas em causa nas suas observações sobre o conjunto das acusações contra elas formuladas pela Comissão, uma vez terminada a instrução do processo. Assim, a ata da audição faz parte, em princípio, dos elementos mais importantes, na aceção do n.º 5 do artigo 10.º do Regulamento n.º 17, e, portanto, deve ser comunicada ao comité aquando da sua convocação. Todavia, a comunicação da ata da audição apenas constitui uma formalidade essencial quando, num determinado caso concreto, se revele necessária para permitir ao comité consultivo formular o seu parecer com pleno conhecimento de causa, isto é, sem ser induzido em erro quanto a um ponto essencial por faltas de exatidão ou omissões. Já não será assim quando a ata da audição não incluir elementos de apreciação importantes, inéditos em relação às respostas escritas da empresa em questão à comunicação das acusações, anexadas à convocação do comité consultivo. Com efeito, nesse tipo de casos, a não transmissão, pela Comissão, da ata da audição ao comité consultivo aquando da sua convocação não prejudica os direitos de defesa da empresa em questão e não tem qualquer incidência nos resultados do processo de consulta. Portanto, tal omissão não é suscetível de viciar o conjunto do processo administrativo e de pôr assim em causa a legalidade da decisão final (Acórdão de 10 de julho de 1991, RTE/Comissão, T-69/89, EU:T:1991:39, n.ºs 21 a 23).
- 150 Além disso, já se decidiu no sentido de que não constituía uma preterição da formalidade substancial da consulta do Comité Consultivo o facto de a Comissão não lhe comunicar o montante exato da coima proposta quando lhe forneceu todos os elementos essenciais necessários à elaboração de um parecer sobre as coimas. O Comité Consultivo deve apenas ser mantido informado dos critérios previstos para a aplicação da coima (v., neste sentido, Acórdão de 15 de março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95,

EU:T:2000:77, n.ºs 747 e 748). O n.º 23 das disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo recorda, assim, a necessidade de garantir a confidencialidade das trocas de informações ocorridas no comité, nomeadamente no que respeita ao montante da coima. O n.º 24 das mesmas disposições prevê que, quanto à fixação do montante da coima, a Comissão deve distribuir na reunião do Comité Consultivo um documento que explica o método de cálculo adotado, referindo precisamente as Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2, a seguir «orientações para o cálculo das coimas»), que os membros do Comité Consultivo podem pedir para dispor de um tempo suplementar para analisar este documento e que, no termo da reunião, este é restituído à Comissão.

- 151 No caso em apreço, em primeiro lugar, as recorrentes alegam que a Comissão não realizou uma consulta efetiva do Comité Consultivo, devido à inexistência de transmissão da parte do anteprojeto de decisão relativa às coimas e de respostas das empresas à comunicação de acusações, ao curto prazo de transmissão do anteprojeto de decisão recorrida aos seus membros, a omissões no resumo do anteprojeto de decisão transmitido às autoridades nacionais de concorrência e ao caráter insuficiente da fundamentação do parecer do Comité Consultivo. Importa apreciar estes diversos argumentos tendo em conta os documentos dos autos, nomeadamente, as precisões factuais fornecidas pela Comissão em 6 de novembro de 2015, em resposta à medida de organização do processo referida, e na audiência.
- 152 Quanto ao argumento das recorrentes relativo à não transmissão da parte do anteprojeto de decisão sobre as coimas, as recorrentes renunciaram ao mesmo na audiência, o que foi registado na ata da audiência. Embora, na audiência, as recorrentes tenham, não obstante, alegado que as autoridades nacionais de concorrência não tinham recebido a comunicação do método de cálculo do montante da coima nas reuniões do Comité Consultivo, esta crítica não tem fundamento, uma vez que resulta dos autos que a Comissão enviou às autoridades nacionais de concorrência o capítulo 10, relativo às coimas, em 3 de julho de 2014, que inclui uma explicação dos principais elementos deste método, com um aviso da convocatória para a segunda reunião do Comité Consultivo de 7 de julho de 2014. A este título, há que sublinhar que as autoridades nacionais de concorrência tinham sido anteriormente destinatárias das respostas das empresas à comunicação de acusações em 23 de julho de 2013 e de uma exposição dos factos em 19 de dezembro de 2013 e das respostas das empresas a esta em 13 de fevereiro de 2014. Por último, em 20 de maio de 2014, a Comissão transmitiu-lhes uma exposição dos factos relativa à imputação da responsabilidade das infrações e as respostas da Mylan, da Niche e da Unichem à mesma.
- 153 Quanto ao prazo de transmissão do anteprojeto de decisão, resulta dos autos que a Comissão o enviou às autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros em três fases: os capítulos 1 a 4 foram-lhes enviados em 12 de junho de 2014 com a convocatória para a primeira reunião do Comité Consultivo de 30 de junho de 2014, os capítulos 5 a 9 foram-lhes enviados em 20 de junho de 2014 com um resumo do anteprojeto de decisão e o capítulo 10, relativo às coimas (com exceção do montante exato destas), foi-lhes enviado em 3 de julho de 2014, com um aviso da convocatória, enviado em 30 de junho de 2014, para a segunda reunião do Comité Consultivo de 7 de julho de 2014, que devia incidir sobre todo o anteprojeto de decisão. A este respeito, importa sublinhar que, embora, como alegam as recorrentes, as disposições do manual do procedimento em matéria de política da concorrência da DG «Concorrência» refiram, no n.º 10 da página 109, que geralmente são organizadas duas reuniões deste comité, uma relativa ao mérito do processo, a outra sobre o montante das coimas, não impõem, no entanto, que este esquema organizacional seja sistematicamente respeitado. Além disso, resulta dos autos que, no caso em apreço, a Comissão indicou expressamente, na convocatória para a segunda reunião, enviada em 30 de junho de 2014, assim como num correio eletrónico de 3 de julho de 2014, que a ordem do dia da reunião de 7 de julho de 2014 era relativa à discussão do processo na íntegra.

- 154 É verdade que tal envio faseado dos documentos, em alguns casos efetuado fora do prazo de catorze dias, revelou uma certa precipitação, provavelmente ligada ao facto de a Comissão, desde o envio da convocatória para a reunião de 30 de junho de 2014, ter anunciado às autoridades nacionais de concorrência que pretendia adotar a sua decisão em 9 de julho de 2014 e não ter proporcionado aos membros do Comité as melhores condições para tomarem posição. Todavia, há que constatar que nenhuma autoridade nacional de concorrência apresentou objeções sobre as datas destas reuniões, quando, por força do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003, tais objeções teriam impedido a realização das reuniões em causa. Além disso, resulta dos autos que a Comissão transmitiu às autoridades nacionais de concorrência, em 6 de julho de 2009, a decisão inicial de abertura do processo, em 31 de julho de 2012, a comunicação de acusações enviada às empresas em causa, em 23 de julho de 2013, as respostas das empresas à comunicação de acusações, em 19 de dezembro de 2013, uma exposição dos factos, em 13 de fevereiro de 2014, as respostas das empresas a esta e, em 20 de maio de 2015, uma exposição dos factos relativa à imputação da responsabilidade das infrações e as respostas da Mylan, da Niche e da Unichem à mesma. Além disso, em 25 de junho de 2014, a Comissão enviou-lhes o anteprojeto da ata da audição elaborado pelo auditor.
- 155 Por conseguinte, ainda que se possa considerar lamentável, em particular, que os capítulos 5 a 9 do anteprojeto de decisão, tendo em conta a sua extensão (cerca de 600 páginas) e a sua complexidade, apenas tenham sido enviados pela Comissão às autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros dez dias antes da realização da primeira reunião do Comité Consultivo, há que constatar, atendendo a todos os elementos referidos nos n.ºs 153 e 154, *supra*, que os membros do Comité Consultivo estavam suficientemente informados do conteúdo dos autos e do teor do anteprojeto de decisão e que, por conseguinte, o comité pôde emitir o seu parecer com pleno conhecimento de causa.
- 156 Além disso, importa precisar que, contrariamente ao que alegam as recorrentes, nem o disposto no artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 nem o disposto no n.º 66 da comunicação sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência impõem à Comissão a obtenção de um acordo prévio explícito das autoridades de concorrência dos Estados-Membros com vista à derrogação do prazo de catorze dias previsto entre o envio da convocatória aos membros do Comité Consultivo e a reunião deste. Com efeito, resulta do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 que, caso a Comissão envie uma convocatória fixando para a reunião um prazo mais curto do que o acima referido, cabe aos Estados-Membros manifestar uma eventual oposição a este respeito, sem a qual a reunião tem lugar na data fixada pela Comissão. Além disso, quanto à alegada violação do princípio da boa administração, importa recordar que este não pode transformar em obrigação o que o legislador não considerou como tal (v., n.º 136, *supra*).
- 157 Quanto ao parecer emitido pelo Comité Consultivo, importa recordar, por um lado, que, nos termos do artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, este não é sistematicamente publicado, considerando mesmo a jurisprudência que a sua não transmissão às empresas em causa não é contrária ao princípio do respeito dos direitos da defesa (v., neste sentido, Acórdão de 7 de junho de 1983, *Musique Diffusion française e o./Comissão*, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, n.ºs 35 e 36) e, por outro, que o disposto no artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 prevê que as posições expressadas neste parecer apenas são fundamentadas a pedido de pelo menos um dos membros do referido comité, o que não foi o caso no processo principal. Acresce que o artigo 27.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 prevê que as partes sujeitas a um processo instruído pela Comissão a título do artigo 101.º TFUE não têm acesso à correspondência trocada entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros ou entre estes, incluindo os documentos elaborados nos termos dos artigos 11.º e 14.º do referido regulamento. Além disso, nos termos do artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, os funcionários e os agentes da Comissão e das autoridades de concorrência dos Estados-Membros não podem divulgar as informações obtidas ou trocadas nos termos do referido regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional e esta obrigação é igualmente aplicável a todos os representantes e peritos dos Estados-Membros que participem nas reuniões do Comité Consultivo nos termos do artigo 14.º do Regulamento n.º 1/2003. Por conseguinte, as recorrentes não podem

eficazmente invocar que o parecer emitido pelo Comité Consultivo estava insuficientemente fundamentado. Além disso, tendo em conta as disposições aplicáveis, o facto de o parecer ser conciso e pouco detalhado não pode significar que o Comité Consultivo não tinha à sua disposição todos os elementos que lhe permitiam decidir com conhecimento de causa e também não significa que o referido comité não se pronunciou com pleno conhecimento de causa, mesmo que se tenha pronunciado sumariamente.

- 158 Por último, as recorrentes alegam que, uma vez que o resumo do anteprojeto de decisão enviado pela Comissão aos membros do Comité Consultivo era parcial e incompleto, o comité não podia decidir com pleno conhecimento de causa. No entanto, importa recordar, como alega a Comissão, que o objetivo deste resumo não é identificar os argumentos de defesa da empresa em causa, mas facilitar a discussão no Comité Consultivo sobre o texto do anteprojeto de decisão. Em todo caso, no processo principal, resulta da resposta Comissão à medida de organização do processo que a Comissão, no seu resumo que acompanha o anteprojeto de decisão, apresentou os principais pontos deste, sublinhando os aspetos mais delicados da sua análise (critérios que permitem identificar a existência de uma restrição de concorrência por objetivo, definição do mercado, aplicação do artigo 102.º TFUE). A mera circunstância de não ter mencionado, neste resumo, o estado de todos os processos relativos à patente 947, a interpretação do alcance de determinadas disposições dos acordos de resolução amigável, os factos posteriores à invalidação da patente 947 pelo IEP ou as diferenças entre a aquisição da tecnologia da Rolabo e a de outra e sociedade não pode levar a considerar que o Comité Consultivo, que dispunha, por outro lado, de um número significativo de documentos relativos ao processo, nomeadamente dos argumentos apresentados pelas recorrentes nas suas observações sobre a comunicação de acusações e sobre a exposição dos factos (v., n.ºs 152 e 154, *supra*), não pôde emitir o seu parecer com pleno conhecimento de causa.
- 159 Em segundo lugar, as recorrentes alegam que o Comité Consultivo não foi regularmente consultado, na medida em que apenas um pequeno número dos seus membros estava presentes nas suas reuniões e que a ANC relatora do processo, que foi nomeada tardiamente, não estava presente na audição das partes e na segunda reunião do Comité Consultivo.
- 160 As recorrentes criticam a Comissão por não ter nomeado a ANC relatora num prazo de 45 dias após o envio da comunicação de acusações e por ter deliberadamente escolhido uma autoridade nacional de concorrência que não esteve presente na audição.
- 161 É pacífico que as disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo preveem que a nomeação da ANC relatora ocorre, em princípio, num prazo de 45 dias após o envio da comunicação de acusações às empresas e segundo um critério objetivo, ou seja, em princípio, a rotatividade correspondente às presidências rotativas do Conselho (v., n.º 146, *supra*). No caso em apreço, resulta dos autos que o processo de designação da ANC relatora iniciou-se em 7 de maio de 2014 e que a nomeação da Bundeswettbewerbsbehörde (Autoridade federal da concorrência, Áustria, a seguir «BWB») como ANC relatora ocorreu em 3 de junho de 2014, ou seja, após a audição, mas antes das reuniões do Comité Consultivo, e que esta foi efetuada segundo um critério objetivo, designadamente, a ordem das presidências rotativas do Conselho. Ora, a mera violação do prazo de 45 dias para a nomeação da ANC relatora, violação que a Comissão reconheceu na audiência, não pode ser considerada no caso em apreço no sentido de que impediu o Comité Consultivo de exercer as suas funções com conhecimento de causa. Com efeito, o papel da ANC relatora na compreensão do processo pelas autoridades nacionais de concorrência e sua informação apenas é especialmente importante na fase da preparação das reuniões do Comité Consultivo (v., n.º 164, *infra*) e, no caso em apreço, nesta fase do processo, a ANC relatora tinha sido designada. Por outro lado, no que respeita à nomeação da BWB na qualidade de ANC relatora, importa sublinhar que as recorrentes não apresentaram qualquer elemento que permita demonstrar que esta teria estado ligada à ausência desta autoridade nacional de concorrência na audição de 15, 16, 17 e 18 de abril de 2013 e que, em todo caso, foi efetuada segundo um critério puramente objetivo, ou seja, a ordem das presidências rotativas do Conselho.

- 162 As recorrentes alegam igualmente que o Comité Consultivo não se pôde pronunciar com todo o conhecimento de causa, uma vez que a ANC relatora não assistiu nem na audição das partes em 15, 16, 17 e 18 de abril de 2013 nem à reunião do Comité Consultivo de 7 de julho de 2014. A Comissão alega que nenhum diploma prevê a participação obrigatória da ANC relatora na audição e recorda que oito Estados-Membros estavam presentes na audição.
- 163 Importa observar que, embora o n.º 12 das disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo precise que a participação das autoridades nacionais de concorrência na audição é útil para o funcionamento eficaz do Comité Consultivo, em contrapartida, nenhuma disposição impõe à ANC relatora a participação na audição, prevendo o artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 773/2004 unicamente que as autoridades de concorrência dos Estados-Membros são convidadas a participar na audição, tanto mais que todas as autoridades nacionais de concorrência recebem uma cópia da ata da audição. De resto, pode ser assinalado que, como alega a Comissão, as autoridades nacionais de concorrência foram devidamente convidadas a participar na audição e oito destas autoridades foram efetivamente aí representadas (v., relativamente a um caso de não convocatória das autoridades nacionais de concorrência na audição, Acórdão de 21 de setembro de 2017, Feralpi/Comissão, C-85/15 P, EU:C:2017:709, n.ºs 38 a 44). Além disso, há que recordar que o papel da ANC relatora na compreensão do processo pelas ANC e sua informação é particularmente importante perante o Comité Consultivo e não na fase da audição. As disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo impõem que a ANC relatora divulgue, no mínimo cinco dias antes da primeira reunião do Comité Consultivo, uma lista das principais questões do processo, que visam, nomeadamente, saber se as ANC podem dar o seu acordo total ao anteprojeto de decisão, se têm observações sobre determinados aspetos e se pretendem que o parecer seja publicado [n.º 44, alínea i)], e apresentar o processo e seus problemas no início da primeira reunião do Comité Consultivo [n.º 44, alínea ii)]. Ora, resulta dos autos que a BWB dialogou efetivamente com a Comissão com vista a estabelecer a lista das questões enviada pela Comissão para apreciação aos membros do Comité Consultivo e que participou na primeira reunião do Comité Consultivo, no decurso da qual apresentou o seu relatório, e não é contestado pelas recorrentes que, nesta ocasião, desempenhou plenamente o seu papel de ANC relatora. Por outro lado, a mera circunstância de a Comissão ter transmitido às outras autoridades nacionais de concorrência a lista das principais questões do processo do dia 26 de junho de 2014 de manhã, ou seja, quatro dias antes da primeira reunião do Comité Consultivo, quando as disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo impõem que este prazo seja de cinco dias, não é suficiente para concluir que o Comité Consultivo não estava em condições de se pronunciar com todo o conhecimento de causa. Contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão também não estava obrigada a nomear outra ANC relatora, uma vez que o n.º 38 das disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo apenas prevê uma possibilidade de substituir a pessoa singular que representa a autoridade nacional de concorrência por outra pessoa singular desta mesma autoridade em caso de necessidade. Por conseguinte, o facto de a BWB não ter assistido, no caso em apreço, à audição das partes em 15, 16, 17 e 18 de abril de 2013 e, o que é lamentável, à segunda reunião do Comité Consultivo de 7 de julho de 2015 não impediu o Comité Consultivo de se pronunciar com todo o conhecimento de causa.
- 164 Quanto à alegação de presença de um número limitado de Estados-Membros nas reuniões do Comité Consultivo, resulta dos autos que, na reunião de 30 de junho de 2014, apenas cinco autoridades nacionais de concorrência estavam representadas (as do Reino de Espanha, da República de Itália, da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia) e que, na reunião de 7 de julho de 2014, apenas duas autoridades nacionais de concorrência estavam representadas (as da República federal da Alemanha e da República da Finlândia). Daqui resulta, efetivamente, que um número limitado de representantes de Estados-Membros participou no parecer emitido pelo Comité Consultivo no caso em apreço, uma vez que, nos termos dos n.ºs 20 e 21 das disposições relativas aos métodos de trabalho do Comité Consultivo, só os comentários e as observações formulados pelos membros presentes na reunião são tidos em conta no parecer emitido pelo Comité Consultivo. Interrogada na audiência sobre as razões de uma tão fraca participação e sobre a possibilidade de um

adiamento das reuniões do Comité Consultivo, a Comissão declarou ter tido conhecimento de greves dos comboios e ter contactado os membros do Comité para saber se tinham comentários específicos, mas que não tinha previsto adiar as reuniões.

165 Embora seja verdade que, em tais circunstâncias, teria sido adequado a Comissão adiar as reuniões do Comité Consultivo, não pode, todavia, ser deduzido do baixo número de representantes dos Estados-Membros nas reuniões que a Comissão ignorou, no caso em apreço, a formalidade essencial de consulta do Comité Consultivo.

166 Com efeito, há que constatar, antes de mais, que, mesmo que possa afigurar-se incomum e pouco compatível com uma determinada conceção da boa administração, nenhuma disposição prevê uma regra de quórum para a adoção dos pareceres do Comité Consultivo. Além disso, o artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 prevê expressamente que o Comité Consultivo «[p]ode dar parecer mesmo que alguns membros estejam ausentes e não estejam representados». Em seguida, importa recordar que a Comissão tem de proporcionar às autoridades de concorrência dos Estados-Membros condições para participarem no Comité Consultivo e que, no caso em apreço, realizou todas as diligências necessárias para o efeito, uma vez que lhes enviou as convocatórias para as reuniões do Comité Consultivo de 30 de junho e 7 de julho de 2014, assim como todos os documentos necessários depois da abertura do processo (v., n.ºs 153 e 154, *supra*) e que não foi suscitada qualquer objeção quanto à data destas reuniões (v., n.º 154, *supra*). Por último, importa sublinhar que o Comité Consultivo só pode constituir uma instância que contribui para a aplicação coerente das regras de concorrência do direito da União, como prevê o considerando 19 do Regulamento n.º 1/2003, desde que as autoridades de concorrência dos Estados-Membros estejam dispostas a cooperar eficazmente, não dispondo a Comissão de qualquer poder coercivo a este respeito.

167 Por conseguinte, o fundamento deve ser julgado improcedente.

### ***3. Quanto à violação do direito a um recurso efetivo, dos direitos da defesa e do princípio da igualdade de armas***

#### ***a) Argumentos das partes***

[*omissis*]

#### ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

170 Cabe recordar que o princípio da proteção jurisdicional efetiva constitui um princípio geral do direito da União, que se encontra atualmente consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais (Acórdão de 8 de dezembro de 2011, Chalkor/Comissão, C-386/10 P, EU:C:2011:815, n.º 52). Este princípio é constituído por diversos elementos, que incluem, nomeadamente, os direitos da defesa, o princípio da igualdade de armas, o direito de acesso aos tribunais e o direito de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo (Acórdão de 6 de novembro de 2012, Otis e o., C-199/11, EU:C:2012:684, n.º 48). O princípio da igualdade de armas, que é um corolário do próprio conceito de processo equitativo, implica a obrigação de oferecer a cada parte uma possibilidade razoável de apresentar a sua causa, incluindo as suas provas, em condições que não a coloquem numa situação de clara desvantagem relativamente ao seu adversário (Acórdãos de 6 de novembro de 2012, Otis e o., C-199/11, EU:C:2012:684, n.º 71, e de 12 de novembro de 2014, Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 31).

171 As recorrentes alegam que as limitações a que estavam sujeitas para apresentarem a petição as colocaram numa situação de clara desvantagem em relação à Comissão, que não estava sujeita a qualquer limitação temporal ou de extensão para redigir a decisão recorrida. No entanto, importa

recordar que resulta da jurisprudência do TEDH relativa à interpretação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, que importa referir em conformidade com o artigo 52.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais, que o direito a um tribunal não é absoluto. O exercício deste direito presta-se a limitações, nomeadamente quanto às condições de admissibilidade de um recurso (Acórdão de 28 de fevereiro de 2013, Réexamen Arango Jaramillo e o./BEI, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, n.º 43). Embora os interessados devam ter expectativas de que estas regras sejam aplicadas, a aplicação que delas é feita não deve, no entanto, impedir os litigantes de invocarem uma via de recurso disponível (Acórdão de 28 de fevereiro de 2013, Réexamen Arango Jaramillo e o./BEI, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, n.º 43). O TEDH considera, assim, que estas limitações não podem restringir o acesso de um litigante de forma ou a tal ponto que o seu direito a um tribunal é atingido na sua própria substância e que apenas são compatíveis com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH se visarem um objetivo legítimo e se existir uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objetivo pretendido (v., TEDH, 6 de dezembro de 2011, Anastasakis c. Grécia, CE:ECHR:2011:1206JUD 004195908, n.º 24, e jurisprudência aí referida).

172 Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a rigorosa aplicação das regulamentações da União relativas aos prazos processuais corresponde à exigência da segurança jurídica e à necessidade de se evitar qualquer discriminação ou tratamento arbitrário na administração da justiça (v., Acórdão de 15 de janeiro de 1987, Misset/Conseil, 152/85, EU:C:1987:10, n.º 11, e jurisprudência referida, e Despacho de 8 de novembro de 2007, Bélgica/Comissão, C-242/07 P, EU:C:2007:672, n.º 16, e jurisprudência aí referida) e não afeta de forma alguma o direito a uma proteção jurisdicional efetiva (v., neste sentido, Despacho de 17 de maio de 2002, Alemanha/Parlamento e Conselho, C-406/01, EU:C:2002:304, n.º 20). Como alega a Comissão, o princípio da igualdade de armas não exige que a duração do procedimento administrativo e a duração do prazo do recurso de anulação sejam idênticas. Com efeito, o procedimento administrativo tem por objeto permitir à Comissão investigar a fim de determinar se deve ser adotada uma decisão que declara uma infração aos artigos 101.º e 102.º TFUE e às empresas assegurar a sua defesa. Importa recordar, a este propósito, que o respeito dos direitos da defesa exige que a empresa interessada tenha tido a possibilidade, durante o procedimento administrativo, de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infração ao Tratado (Acórdãos de 7 de junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão, 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, n.º 10, e de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 66). Neste sentido, o Regulamento n.º 1/2003 prevê o envio às partes de uma comunicação de acusações, que deve enunciar, de forma clara, todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia nessa fase do processo. Todavia, esta indicação pode ser efetuada de forma sumária e a decisão não tem que ser necessariamente uma cópia da comunicação de acusações, uma vez que esta comunicação constitui um documento preparatório cujas apreciações de facto e de direito têm carácter puramente provisório. Por esta razão, a Comissão pode, e até deve, ter em conta os elementos resultantes do procedimento administrativo, para, nomeadamente, abandonar as acusações que se tenham revelado infundadas (Acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 67).

173 No caso em apreço, há que constatar que, embora, em conformidade o disposto no artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE e do artigo 102.º, n.º 2, do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991, as recorrentes tenham disposto de um prazo de dois meses e dez dias para interpor recurso da decisão recorrida desde a sua notificação, e embora este prazo tornasse a tarefa da redação da petição particularmente árdua, tendo em conta a excecional extensão da decisão recorrida, além disso notificada no período de verão, tiveram, no entanto, a oportunidade de ter várias discussões com a Comissão sobre o processo durante o procedimento administrativo. Assim, a Comissão enviou pedidos de informações às recorrentes em janeiro de 2009, em agosto de 2009, posteriormente de dezembro de 2009 a maio de 2012. As recorrentes foram, além disso, convidadas a participar em várias reuniões para fazer o ponto da situação de 2009 a 2012. Em 27 de julho de 2012, a Comissão

adotou uma comunicação de acusações, a que as recorrentes responderam em 14 de janeiro de 2013. Em seguida, as recorrentes foram ouvidas em 15, 16, 17 e 18 de abril de 2013, novas reuniões para fazer o ponto da situação foram organizadas e novos pedidos de informações foram enviados às recorrentes. Em 18 de dezembro de 2013, a Comissão deu às recorrentes o acesso aos elementos de prova recolhidos ou divulgados mais amplamente após a comunicação de acusações e enviou uma exposição dos factos, a que responderam em 31 de janeiro de 2014. Além disso, importa recordar que as recorrentes puderam beneficiar, na fase escrita do processo no Tribunal Geral, de todas as prorrogações de prazos que solicitaram e, assim, não foram colocadas globalmente, apesar de limitações específicas com as quais foram confrontadas para apresentar a petição, numa situação de clara desvantagem em relação à Comissão no âmbito da presente instância.

<sup>174</sup> Quanto à extensão da petição, cabe recordar que, segundo jurisprudência do TEDH, a regulamentação relativa às formalidades a respeitar para interposição de um recurso visa assegurar uma boa administração da justiça e que os interessados devem esperar que estas regras sejam aplicadas (TEDH, 6 de dezembro de 2011, Anastasakis c. Grécia, CE:ECHR:2011:1206JUD 004195908, n.º 24). No que respeita ao processo no Tribunal Geral, importa assinalar que, em virtude do n.º 15 das Instruções práticas às partes perante o Tribunal Geral de 24 de janeiro de 2012 (JO 2012, L 68, p. 23), em vigor à data de interposição do recurso, a extensão da petição está, em princípio, limitada a 50 páginas, mas é sempre determinada em função da complexidade em matéria de direito ou de facto do processo em causa (v., neste sentido, Despacho de 10 de abril de 2014, Langguth Erben/IHMI, C-412/13 P, não publicado, EU:C:2014:269, n.º 63). Ora, no caso em apreço, as recorrentes invocaram a complexidade em matéria de direito do processo em causa e foram autorizadas pelo Tribunal Geral a apresentar uma petição de 186 páginas, redigida com um espaçamento de linhas reduzido, acompanhada de 10 158 páginas de anexos. Embora seja verdade que a decisão recorrida é particularmente longa e repetitiva em determinados aspetos, isto é explicável, não obstante, como alega a Comissão, pelo número de infrações imputadas às recorrentes e que apresentam alguns traços comuns, assim como pelos padrões de prova exigidos pela jurisprudência da União em matéria de infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE. Além disso, como recorda a Comissão, às recorrentes tiveram a oportunidade de responder à comunicação de acusações, com uma extensão de 755 páginas, apresentando um documento com mais de 600 páginas. A extensão da petição e o número de fundamentos invocados demonstram, de resto, que, apesar de ser verdade que lhes exigiu esforços inquestionavelmente consideráveis, as recorrentes tiveram tempo de preparar a sua argumentação. Por conseguinte, não podem alegar que foram sujeitas a dificuldades insuperáveis para aceder ao Tribunal Geral e que foram colocadas em situação de clara desvantagem em relação à Comissão.

<sup>175</sup> Quanto ao argumento relativo às repetições e aos reenvios que a Comissão efetuou na decisão recorrida, cabe recordar que cabe à Comissão, em conformidade com o disposto no artigo 296.º TFUE, expor de forma clara e inequívoca a sua argumentação, por forma a permitir aos interessados conhecer as razões da medida adotada e ao órgão competente exercer a sua fiscalização. Esta exigência de fundamentação deve ser apreciada em função das circunstâncias do caso em apreço, nomeadamente, do conteúdo do ato, da natureza dos fundamentos invocados e do interesse que os destinatários ou outras pessoas afetadas direta e individualmente pelo ato podem ter em receber explicações. Não se exige que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito relevantes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um ato cumpria as exigências do artigo 296.º TFUE deve ser apreciada não apenas à luz da sua redação, mas também do seu contexto e de todas as regras jurídicas que regulam a matéria em causa (v., Acórdão de 27 de setembro de 2012, Heijmans Infrastructuur/Comissão, T-359/06, não publicado EU:T:2012:489, n.º 133, e jurisprudência referida). Contrariamente ao que alegam as recorrentes, a mera circunstância de a Comissão ter referido os mesmos documentos internos várias vezes na decisão recorrida e de ter efetuado um número significativo de reenvios para outras partes da decisão recorrida não é suficiente para demonstrar que a decisão recorrida não lhes permitiu conhecer as justificações da medida adotada ou impediu o Tribunal Geral de exercer a sua fiscalização.

- 176 Quanto ao argumento relativo à inexistência de critério jurídico claro, as recorrentes indicaram que correspondia a outros fundamentos da sua petição. Por conseguinte, será respondido com base nos fundamentos correspondentes.
- 177 Por último, os argumentos que as recorrentes extraem dos acórdãos do TEDH de 27 de outubro de 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Países Baixos* (CE:ECHR:1993:1027JUD 001444888), de 15 de julho de 2003, *Ernst e outros c. Bélgica* (CE:ECHR:2003:0715JUD 003340096), e de 18 de abril de 2006, *Vezon c. França* (CE:ECHR:2006:0418JUD 006601801), também não podem ser julgados procedentes. Com efeito, os elementos factuais e jurídicos destes processos eram bastante diferentes dos que estão em causa no presente processo. Assim, no processo que deu origem ao acórdão do TEDH de 27 de outubro de 1993, *Dombo Beheer B. V. c. Países Baixos* (CE:ECHR:1993:1027JUD 001444888), no qual o TEDH constatou uma violação do artigo 6.º da CEDH, estava em causa um litígio entre duas pessoas privadas no qual uma das duas partes tinha sido colocada em situação de clara desvantagem em relação à outra, que era a única a poder recorrer a uma testemunha. No processo que deu origem ao acórdão do TEDH de 15 de julho de 2003, *Ernst e outros c. Bélgica* (CE:ECHR:2003:0715JUD 003340096), no qual o TEDH considerou que não existia violação do artigo 6.º da CEDH, tratava-se de saber se um Estado podia oferecer a um recorrente um acesso ao juiz limitado a uma questão prévia de admissibilidade, com o fundamento de que a sua ação visava um magistrado que beneficiava do privilégio de jurisdição. Por último, no processo que deu origem ao acórdão do TEDH de 18 de abril de 2006, *Vezon c. França* (CE:ECHR:2006:0418JUD 006601801), estava em causa uma violação do direito a um processo equitativo devido a uma intervenção legislativa que regulava definitivamente e de forma retroativa o mérito de litígios em curso nos órgãos jurisdicionais nacionais, embora sem ser justificada por um motivo de interesse geral suficiente.
- 178 Resulta do exposto que, em todo caso, o fundamento não é procedente, mesmo admitindo que seja operante em apoio de uma crítica da legalidade da decisão recorrida.

#### **4. Quanto à desvirtuação dos factos**

##### **a) Argumentos das partes**

[*omissis*]

##### **b) Apreciação do Tribunal Geral**

- 184 A Comissão contesta a admissibilidade deste fundamento com base no disposto no artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo de 2 de maio de 1991, aplicável no caso em apreço, nos termos dos quais a petição deve conter o objeto do litígio e a exposição sumária dos fundamentos do pedido. Estes elementos devem ser suficientemente claros e precisos para permitir à parte recorrida preparar a sua defesa e ao Tribunal pronunciar-se sobre o recurso, tal sendo o caso, sem outra informação. A fim de garantir a segurança jurídica e uma boa administração da justiça, é necessário, para que um recurso seja admissível, que os elementos essenciais de facto e de direito em que se baseia resultem, pelo menos sumariamente, mas de forma coerente e compreensível, do texto da própria petição (Despacho de 28 de abril de 1993, *De Hoe/Comissão*, T-85/92, EU:T:1993:39, n.º 20). Mais particularmente, o Tribunal de Justiça declarou que, embora se deva admitir que a enunciação dos fundamentos de interposição dos recursos não está ligada à terminologia e à enumeração previstas pelo artigo 263.º, segundo parágrafo, TFUE, a apresentação destes fundamentos de interposição pelo seu conteúdo e não pela sua qualificação legal pode bastar, desde que, no entanto, se depreenda de forma suficiente da petição qual dos fundamentos referidos no Tratado que é invocado (Acórdão de 15 de dezembro de 1961, *Fives Lille Cail e o./Alta Autoridade*, 19/60, 21/60, 2/61 e 3/61, EU:C:1961:30, p. 588).

- 185 No caso em apreço, as recorrentes criticam, em substância, a Comissão por não ter apresentado alguns factos de forma objetiva e por ter referido factos irrelevantes para constatar a existência de uma infração. Ora, embora qualifiquem este fundamento como «desvirtuação do contexto factual subjacente às práticas que são objeto da decisão», as recorrentes não especificaram qual era a regra jurídica cuja violação pela Comissão seria suscetível de fundamentar o recurso e as indicações que fornecem na sua petição não são suficientemente claras e precisas para permitir à Comissão responder aos argumentos invocados e ao Tribunal Geral exercer a sua fiscalização jurisdicional. Com efeito, os argumentos que desenvolvem podem estar abrangidos por um fundamento relativo a um erro de facto, a um erro de qualificação jurídica dos factos, a uma violação do princípio da imparcialidade ou da obrigação de diligência, a um desvio de poder ou ainda a uma ofensa à reputação suscetível de justificar a propositura de uma ação de indemnização.
- 186 Por conseguinte, tendo em consideração o exposto, este fundamento deve ser declarado inadmissível.
- 187 A título subsidiário, a Comissão alega que este fundamento é igualmente inadmissível, uma vez que apenas os comportamentos das recorrentes que foram considerados constitutivos de infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE no dispositivo da decisão recorrida as afetam e são suscetíveis de ser contestados no âmbito de um recurso jurisdicional.
- 188 Segundo a jurisprudência, apenas o dispositivo de uma decisão é suscetível de produzir efeitos jurídicos e de causar prejuízo, e as apreciações formuladas nos fundamentos não são suscetíveis, enquanto tais, de ser objeto de um recurso de anulação. Estas apreciações apenas podem sujeitas à fiscalização de legalidade do juiz da União na medida em que, enquanto fundamentos de um ato lesivo, constituam o suporte necessário da parte decisória deste (Despacho de 28 de janeiro de 2004, Países Baixos/Comissão, C-164/02, EU:C:2004:54, n.º 21, e Acórdão de 17 de setembro de 1992, NBV e NVB/Comissão, T-138/89, EU:T:1992:95, n.º 31) e se, em particular, estes fundamentos forem suscetíveis de modificar a substância do que foi decidido no dispositivo do ato em questão (v., Acórdão de 12 de outubro de 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Comissão, T-474/04, EU:T:2007:306, n.º 73, e jurisprudência referida). Importa recordar, a este respeito, que o teor dos fundamentos de um ato deve ser tomado em consideração para determinar o sentido exato do que foi decretado no dispositivo (Acórdãos de 15 de maio de 1997, TWD/Comissão, C-355/95 P, EU:C:1997:241, n.º 21, e de 20 de novembro de 2002, Lagardère e Canal+/Comissão, T-251/00, EU:T:2002:278, n.º 67).
- 189 No caso em apreço, importa, assim, determinar se os elementos criticados pelas recorrentes e que figuram no n.º 4 da decisão recorrida constituem a base necessária do dispositivo desta e se tais apreciações são suscetíveis de alterar o essencial do que foi decidido no referido dispositivo.
- 190 Importa assinalar que a Comissão referiu, nos considerandos 85 e 110 da decisão recorrida, relativos à apresentação dos diferentes elementos constitutivos da estratégia antígenéricos das recorrentes (nomeadamente, a constituição de um «halo de patentes» com as patentes «de papel» e a passagem progressiva para o sal de arginina), que a descrição de práticas que não foram examinadas nos n.ºs 5 (exame das resoluções amigáveis ao abrigo do artigo 101.º TFUE) e 8 (exame da aquisição de tecnologia e das resoluções amigáveis ao abrigo do artigo 102.º TFUE) da decisão recorrida não afetava a sua legalidade ao abrigo do direito da concorrência. De igual modo, no considerando 2764 da decisão recorrida, a Comissão precisou que nenhum dos elementos da estratégia geral das recorrentes «pode ser intrinsecamente qualificado como problemático ao abrigo do direito da concorrência da União». Além disso, nos considerandos 2917 e 2960, a Comissão recordou que, «no que respeita ao abuso de posição dominante, o objeto desta decisão é a infração global ao artigo 102.º TFUE, que consiste na combinação de uma sucessão de acordos de resolução amigável em matéria de patentes e da aquisição da tecnologia da Azad». Por outro lado, as próprias recorrentes pediram ao Tribunal Geral para tornar confidenciais em relação à interveniente várias passagens da decisão recorrida relativas à sua estratégia antígenéricos, com o fundamento de que estes elementos factuais e a sua interpretação não estavam abrangidos pelo âmbito das acusações apresentadas contra

as mesmas pela Comissão e que, se fossem divulgadas ao público, afetariam gravemente a presunção de inocência e a sua reputação. Os elementos constitutivos da estratégia antígenéricos das recorrentes que não foram qualificados de infração pela Comissão não foram, por conseguinte, tidos em conta para demonstrar e punir as infrações referidas no dispositivo da decisão recorrida.

- 191 No entanto, as recorrentes alegaram que, no considerando 2766 da decisão recorrida, que figura no n.º 8 da decisão recorrida, a Comissão referiu que o exame das práticas punidas no caso do artigo 102.º TFUE «terá em conta o quadro factual completo, incluindo outras práticas que decorrem desta estratégia em relação às quais a contribuição para o efeito de exclusão não está estabelecida na presente decisão». Além disso, no considerando 2772 da decisão recorrida, a Comissão indicou que a estratégia antígenéricos das recorrentes, descrita no n.º 4 da referida decisão e, em especial, a criação de um halo de patentes, constituíam «importantes elementos factuais que permitiam explicar, por exemplo na apreciação dos efeitos de exclusão anticoncorrenciais do comportamento da Servier, o motivo pelo qual o grau de concorrência (potencial) para o fornecimento de perindopril genérico era particularmente limitado».
- 192 Na contestação, a Comissão alega que estava obrigada a expor, na decisão recorrida, as práticas abrangidas pela estratégia antígenéricos das recorrentes mas que não foram qualificadas como infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE, a fim de poder apreciar as infrações no seu contexto jurídico, económico e factual. Na audiência, a Comissão insistiu na importância deste n.º 4 da decisão recorrida para compreender a estratégia global da Servier em relação às sociedades de genéricos e ao alcance das suas práticas no mercado, distinguindo o contexto factual destas práticas, esclarecido, nomeadamente, no referido n.º 4, e o seu carácter ilícito. Esta distinção foi efetuada claramente no considerando 2766 da decisão recorrida.
- 193 É verdade que, segundo jurisprudência constante, a fim de apreciar se um acordo entre empresas apresenta um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição de concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, há que atender, nomeadamente, ao contexto económico e jurídico em que se insere (v., Acórdão de 16 de julho de 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, n.º 33, e jurisprudência referida). Para apreciar o acordo em causa, importa colocá-lo no contexto económico e jurídico em que as partes o concluíram, sem que isto possa ser considerado uma interferência nos atos ou nas situações jurídicas que não são objeto do processo na Comissão (Acórdão de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, EU:C:1966:41, p. 497). No âmbito desta apreciação do contexto jurídico e económico, há que ter em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados, assim como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em questão (v., Acórdãos de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 53, e jurisprudência referida, 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 117, e jurisprudência referida).
- 194 De igual modo, no âmbito do seu exame do comportamento de uma empresa em posição dominante e para efeitos da identificação de um eventual abuso de tal posição, a Comissão tem de considerar todas as circunstâncias factuais relevantes que envolvem o referido comportamento (v., neste sentido, Acórdãos de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 67, e de 27 de março de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 26). Por outro lado, importa observar, a este respeito, que, quando a Comissão procede a uma avaliação do comportamento de uma empresa em posição dominante, uma vez que essa avaliação é indispensável para chegar a uma conclusão relativa à existência de abuso dessa posição, é forçosamente chamada a apreciar a estratégia comercial prosseguida pela referida empresa. Neste âmbito, parece normal que a Comissão evoque fatores de natureza subjetiva, nomeadamente os interesses que motivam a estratégia comercial em questão (Acórdão de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão, C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 19).

- 195 Resulta dos n.ºs 193 e 194, *supra*, que, embora a Comissão esteja obrigada a ter em conta o contexto em que ocorre o comportamento de uma empresa a fim de apreciar a sua compatibilidade com os artigos 101.º e 102.º TFUE, esta tomada em consideração não pode, no entanto, levá-la a deduzir ou a confirmar a constatação de uma infração a partir de um comportamento distinto considerado contrário ou em pouca harmonia com o direito da concorrência, sem que este próprio comportamento seja qualificado de infração.
- 196 No caso em apreço, resulta da decisão recorrida (v., n.º 190, *supra*) que os elementos constitutivos da estratégia antígenéricos das recorrentes, referidos no n.º 4 da decisão recorrida e que estabelecem de forma negativa os comportamentos da Servier, não foram qualificados de infração pela Comissão nem foram tidos em conta para qualificar como infração as práticas que puniu com uma coima. Se a Comissão os tivesse efetivamente tido em consideração para qualificar como infração as práticas punidas, ter-se-ia sujeitado à crítica de que dava por provadas infrações em parte com base em suspeitas ou afirmações que teriam originado comportamentos distintos das únicas práticas que decidiu punir. Tal abordagem poderia levar a que a alegada má reputação de uma empresa, deduzida de meras alegações ou de factos que não foram claramente demonstrados, seja analisada como um parâmetro de exame das práticas anticoncorrenciais que lhe são imputadas. Ora, a imparcialidade e a objetividade que devem presidir à qualificação pela Comissão das infrações e à sua repressão, bem como ao direito ao respeito da presunção de inocência excluem, em princípio, este tipo de pressupostos. A ambiguidade da Comissão quanto ao alcance destes elementos muito críticos da atitude da Servier, expostos no n.º 4 da decisão recorrida, que, segundo afirma, são importantes na sua análise e não podem dar origem a uma contestação perante o juiz, é reveladora das dúvidas que estes fundamentos da decisão recorrida podem suscitar.
- 197 Por último, importa precisar que, mesmo admitindo que os diversos aspetos da estratégia global antígenéricos das recorrentes figuram entre os elementos constitutivos do contexto das infrações constatadas pela decisão recorrida, estas apreciações não se afiguram, no entanto, suscetíveis de alterar a substância do dispositivo da decisão recorrida. Com efeito, importa recordar que a tomada em consideração do contexto na identificação do objetivo anticoncorrencial não pode colmatar a falta de identificação efetiva de um objetivo anticoncorrencial (Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 44). De igual modo, no que respeita ao artigo 102.º TFUE, embora a Comissão tenha de analisar todas as circunstâncias de facto pertinentes que enquadram o comportamento em causa para identificar um eventual abuso de posição dominante, a existência de uma eventual intenção anticoncorrencial constitui, todavia, apenas uma das numerosas circunstâncias factuais suscetíveis de ser tidas em conta na determinação de um abuso de tal posição (v., neste sentido, Acórdão de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão, C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.ºs 18 a 20).
- 198 Este fundamento deve, por conseguinte e em todo caso, ser julgado inoperante, uma vez que visa os fundamentos da decisão recorrida que não incidem sobre os comportamentos e as práticas das recorrentes constitutivos de infrações ao direito da concorrência e punidos pela referida decisão. No entanto, importa observar que vários elementos factuais criticados pelas recorrentes neste fundamento (nomeadamente, a aquisição de tecnologias alternativas e as resoluções amigáveis de litígios em matéria de patentes) estão diretamente ligados às práticas qualificadas como infração pela Comissão e são igualmente retomados noutros fundamentos, como alega a Comissão na sua contestação. Estes elementos, que podem assim ser relevantes, serão apreciados na análise dos referidos fundamentos.

##### **5. Quanto aos erros de direito relativos à definição do conceito de restrição de concorrência por objetivo**

[*omissis*]

- 211 Neste fundamento, as recorrentes e a interveniente alegam que a Comissão cometeu erros de direito ao qualificar como restrições de concorrência por objetivo os acordos de resolução amigável de litígios em matéria de patentes e que ignorou o alcance dos direitos de propriedade intelectual que constituem as patentes. Por conseguinte, cabe ao Tribunal Geral determinar se tais acordos de resolução amigável podem ser constitutivos de uma restrição de concorrência por objetivo, e em que condições, examinando se, na sua análise, a Comissão ignorou o alcance das patentes.
- 212 Importa recordar, a este respeito, que, na decisão recorrida, a Comissão analisou a forma como, em seu entender, os acordos de resolução amigável de litígios em matéria de patentes deveriam ser apreciados à luz do disposto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE e, em particular, a possibilidade de qualificar tais acordos como restrições por objetivo (considerandos 1102 a 1155 da decisão recorrida).
- 213 Em substância, ao reconhecer, em geral, o direito das empresas resolverem de forma amigável um litígio, incluindo quando é relativo a patentes (considerando 1118 da decisão recorrida), a Comissão entendeu que os acordos de resolução amigável em matéria de patentes deviam respeitar o direito da concorrência da União e, em especial, o disposto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., nomeadamente, considerandos 1119, 1122 e 1123 da decisão recorrida).
- 214 A Comissão teve igualmente em conta o contexto específico em que, no setor farmacêutico, é exercida a concorrência entre as sociedades de medicamentos originais e as sociedades de genéricos. Em particular, salientou a importância, neste setor, da contestação das patentes (considerandos 1125 a 1132 da decisão recorrida).
- 215 À luz destes elementos, a Comissão considerou que, em princípio, podia justificar-se as partes concluírem um acordo de resolução amigável que ponha termo a um litígio e até incluir neste acordo cláusulas de não comercialização e de não contestação (considerandos 1133 e 1136 da decisão recorrida).
- 216 Todavia, a Comissão considerou que, em função das circunstâncias específicas do processo, um acordo de resolução amigável em matéria de patentes no qual uma sociedade de genéricos aceita restrições à sua capacidade e aos seus incentivos para rivalizar com os seus concorrentes em troca de uma transferência de valor, sob a forma do pagamento de uma quantia monetária significativa ou de outro incentivo significativo, podia constituir uma restrição de concorrência por objetivo contrária ao artigo 101.º TFUE (considerando 1134 da decisão recorrida). Com efeito, em tal hipótese, a renúncia da sociedade de genéricos aos seus esforços independentes para entrar no mercado não resultaria da apreciação, pelas partes, do mérito da patente mas da transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos (considerando 1137 da decisão recorrida) e, assim, de um pagamento de exclusão constitutivo de uma compra da concorrência (considerando 1140 da decisão recorrida).
- 217 Por conseguinte, a Comissão anunciou que, a fim de apreciar se os acordos de resolução amigável em causa constituíam, ou não, restrições da concorrência por objetivo, iria efetuar uma análise casuística dos factos relativos a cada um destes acordos. Para o efeito, precisou que iria centrar-se mais particularmente em determinar, em primeiro lugar, se «a sociedade de genéricos e a sociedade de medicamentos originais eram, pelo menos, concorrentes potenciais», em segundo lugar, se «a sociedade de genéricos se [tinha] comprometido no acordo a limitar, durante o período de vigência do acordo, os seus esforços independentes para entrar num ou em vários mercados da [União] com um produto genérico» e, em terceiro lugar, se «o acordo estava ligado a uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais que representava um incentivo significativo que reduzia sensivelmente os incentivos da sociedade de genéricos para manter os seus esforços independentes para entrar num ou em vários mercados da [União] com um produto genérico» (considerando 1154 da decisão recorrida).

218 Em seguida, a Comissão aplicou os três critérios enumerados no n.º 217, *supra*, a cada um dos acordos de resolução amigável em causa e concluiu, em relação a cada um de tais acordos, que estes três critérios estavam satisfeitos e que, por conseguinte, os referidos acordos deviam ser qualificados, nomeadamente, de restrições da concorrência por objetivo.

***a) Quanto ao carácter restritivo por objetivo dos acordos de resolução amigável em matéria de patentes***

*1) Quanto às restrições da concorrência por objetivo*

219 O artigo 101.º, n.º 1, TFUE dispõe que são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que «tenham por objetivo ou efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Segundo jurisprudência constante posterior ao Acórdão de 30 de junho de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, p. 359), o carácter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objetivo da própria prática concertada, tendo em conta o contexto económico no qual se integra. Contudo, se o teor da prática concertada não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objeto da proibição, exigir a reunião dos fatores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável (v., Acórdãos de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 116, e jurisprudência referida, e de 16 de julho de 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, n.º 30, e jurisprudência referida). Em contrapartida, não é necessário apreciar os efeitos de um acordo na concorrência, uma vez que o seu objetivo anticoncorrencial está demonstrado (v., Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão, C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.º 25, e jurisprudência referida). Assim, na decisão recorrida, a Comissão recordou com razão, por um lado, que o objetivo e o efeito anticoncorrencial de um acordo constituíam condições alternativas e não cumulativas para apreciar se um acordo estava abrangido pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (considerando 1109) e, por outro, que não era necessário demonstrar os efeitos anticoncorreciais concretos de um comportamento, uma vez que o objetivo anticoncorrencial deste estava demonstrado (considerando 1112).

220 O conceito de restrição de concorrência por objetivo apenas pode ser aplicado a determinados tipos de coordenação entre empresas que revelam, pela sua própria natureza, um grau suficiente de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário (v., neste sentido, Acórdãos de 30 de junho de 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 359; de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 49, 50 e 58, e jurisprudência referida; de 16 de julho de 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, n.º 31, e de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, n.º 20).

221 Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, a fim de apreciar se um acordo entre empresas apresenta um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição de concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa alcançar, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v., Acórdão de 16 de julho de 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, n.º 33, e jurisprudência referida). No âmbito da apreciação do contexto jurídico e económico, importa igualmente ter em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados, assim como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em questão (v., Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 117, e jurisprudência referida). Não obstante, importa recordar que o exame das condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa não pode levar o Tribunal Geral a apreciar os

efeitos da coordenação em questão (v., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 72 a 82), sob pena de fazer perder o seu efeito útil para a distinção prevista pelo disposto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

- 222 Além disso, embora a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um tipo de coordenação entre empresas, nada impede as autoridades da concorrência ou os tribunais nacionais e da União de a terem em conta (v., Acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, C-286/13 P, EU:C:2015:184, n.º 118, e jurisprudência referida). Todavia, a mera circunstância de um acordo prosseguir igualmente objetivos legítimos não é suficiente para obstar a uma qualificação de restrição de concorrência por objetivo (Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 21; v. igualmente, neste sentido, Acórdãos de 8 de novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, EU:C:1983:310, n.º 25, e de 6 de abril de 2006, General Motors/Comissão, C-551/03 P, EU:C:2006:229, n.º 64).
- 223 As recorrentes acusam a Comissão de ter cometido um erro de direito ao considerar que o mero facto de um acordo ser suscetível de ter um impacto negativo na concorrência era suficiente para qualificá-lo de restrição de concorrência por objetivo. É verdade que, no considerando 1111 da decisão recorrida, a Comissão referiu, citando jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdãos de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, EU:C:2009:343, n.º 31, e de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o., C-32/11, EU:C:2013:160, n.ºs 35 a 38), que, «[p]ara ter um objetivo anticoncorrencial, basta que um acordo seja suscetível de ter um impacto negativo na concorrência» e que, «[n]outros termos, o acordo deve simplesmente poder num caso concreto, e tendo em conta o contexto jurídico e económico em que se insere, impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado interno».
- 224 A este respeito, importa observar, antes de mais, que a Comissão, na decisão recorrida, recordou corretamente a jurisprudência relativa à definição das restrições de concorrência por objetivo, que figura nos n.ºs 219 a 222, *supra*. Com efeito, resulta dos considerandos 1109 e 1110, 1112 a 1117 e 1211 da decisão recorrida que a Comissão recordou esta jurisprudência sem cometer um erro de direito e que a aplicou na análise de cada acordo (v., nomeadamente, considerandos 1369 a 1375, 1475 a 1481, 1622 a 1627, 1763, 1804 a 1810 e 1994 a 2000 da decisão recorrida). É indiferente que a Comissão não tenha utilizado os termos «grau suficiente de nocividade» na decisão recorrida, uma vez que resulta da referida decisão que compreendeu corretamente o conceito de restrição de concorrência por objetivo. Em particular, indicou, nos considerandos 1110 e 1113 da referida decisão, que estas restrições eram aquelas que, «pela sua própria natureza, podem ser nocivas para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência», que, «para apreciar se um acordo constitui uma restrição de concorrência por objetivo, deve atender-se *inter alia* ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir e ao contexto económico e jurídico em que se insere» e que, «para determinar este contexto, é também adequado ter em conta a natureza dos bens e serviços afetados, assim como as condições reais do funcionamento e a estrutura do mercado ou dos mercados em questão». Recordou igualmente com razão que, «embora a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o caráter restritivo da concorrência por objetivo de um acordo, nada proíbe a Comissão ou os órgãos jurisdicionais da União de tê-lo em conta» (considerando 1113 da decisão recorrida).
- 225 Em seguida, importa sublinhar que, no n.º 31 do Acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343), retomado no n.º 38 do Acórdão de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o. (C-32/11, EU:C:2013:160), o Tribunal de Justiça não pretendeu afirmar que um acordo pouco nocivo e que, por conseguinte, pode eventualmente ter um impacto negativo na concorrência podia constituir uma restrição de concorrência por objetivo, mas unicamente, por um lado, que a identificação dos efeitos concretos de um acordo sobre a concorrência não era relevantes na análise da restrição de concorrência por objetivo e que, por outro, a mera circunstância de um

acordo não ter sido executado não podia impedir a sua qualificação como restrição de concorrência por objetivo. A leitura do n.º 31 do Acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o. (C-8/08, EU:C:2009:343), feita, nomeadamente, à luz dos seus n.ºs 29 e 30 e do n.º 46 das Conclusões da advogada-geral J. Kokott neste processo, para o qual o acórdão remete expressamente, e do n.º 47 destas conclusões permite, com efeito, substituí-lo no contexto da distinção entre as restrições de concorrência por efeito e as restrições de concorrência por objetivo.

226 Por conseguinte, há que afastar os argumentos das recorrentes segundo os quais a Comissão cometeu um erro de direito no considerando 1111 da decisão recorrida.

227 As recorrentes e a interveniente alegam, além disso, invocando o Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), que o conceito de infração por objetivo deveria ser interpretado restritivamente, ao contrário da abordagem adotada pela Comissão na decisão recorrida.

228 A este respeito, importa, antes de mais, recordar que, no Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 58), o Tribunal de Justiça afirmou que o conceito de restrição de concorrência por objetivo apenas podia ser aplicado a determinados tipos de coordenação entre empresas que revelam um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário e não aos acordos em relação aos quais nada está demonstrado que são, pela sua própria natureza, nocivas ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência. Por conseguinte, criticou por erro de direito a afirmação do Tribunal Geral segundo a qual não era necessário interpretar o conceito de infração por objetivo de forma restritiva. No entanto, o Tribunal de Justiça não pôs em causa a jurisprudência segundo a qual os tipos de acordos previstos no artigo 101.º, n.º 1, alíneas a) a e), TFUE não constituem uma lista exaustiva de colusões proibidas (Acórdãos de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 23; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 58), constatação que resulta da utilização do termo «designadamente» no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:467, n.º 46).

229 Em seguida, importa observar que a Comissão, no caso em apreço, adotou uma abordagem conforme ao Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), ao analisar os acordos controvertidos à luz dos critérios recordados nos n.ºs 219 a 222 *supra* (v., n.º 224, *supra*), critérios que são enquanto tais restritivos, uma vez que pressupõem a identificação de um grau suficiente de nocividade. Contrariamente ao que alegam as recorrentes e a interveniente, a análise da Comissão não devia, *a priori*, ser condicionada por uma abordagem mais restritiva do que a inerente aos critérios do conceito de restrição de concorrência por objetivo, mas pressupunha a identificação de uma restrição de concorrência com um grau suficiente de nocividade ou, na falta desta, a análise dos efeitos anticoncorrenciais concretos dos acordos controvertidos.

230 As recorrentes alegam, por outro lado, que a inexistência de precedente impede qualquer qualificação de restrição por objetivo e alegam que o antigo chefe de unidade responsável pelo processo reconheceu publicamente o caráter inédito desta, como admitiu a Comissão na própria decisão recorrida. Todavia, importa recordar que as práticas que figuram no artigo 101.º, n.º 1, alíneas a) a e), TFUE não constituem uma lista exaustiva de colusões proibidas (Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 23) e que, mesmo se a experiência adquirida puder de forma incontestável vir a confirmar o caráter intrinsecamente prejudicial à concorrência de determinados tipos de cooperação (Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 51), o facto de a Comissão não ter, no passado, considerado que um acordo de um dado tipo era, pelo seu próprio objeto, restritivo da concorrência não é, por si só, suscetível de impedi-la de fazê-lo no futuro na sequência de um exame individual e circunstanciado das medidas controvertidas (v., Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 438, e jurisprudência aí referida).

- 231 De igual modo, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a mera circunstância de uma abordagem casuística ser necessária para identificar uma restrição de concorrência por objetivo não impede a adoção de tal qualificação. Com efeito, a jurisprudência não exige que um acordo deve ser suficientemente nocivo para a concorrência à primeira vista ou sem qualquer dúvida, sem que a Comissão ou o juiz da União procedam a um exame individual e concreto do seu conteúdo, da sua finalidade e do seu contexto económico e jurídico, para poder ser qualificado de restrição de concorrência por objetivo na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de março de 2013, Allianz Hungária Biztosító e o., C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 51, e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 775).
- 232 Por outro lado, as recorrentes e a interveniente acusam a decisão recorrida de enfermar de uma contradição de fundamentos, uma vez que indica, no considerando 2764, que as resoluções amigáveis em matéria de patentes não são em si mesmas anticoncorrenciais à luz do artigo 102.º TFUE. No entanto, resulta claramente da frase controvertida do considerando 2764 da decisão recorrida que a Comissão fazia referência apenas às práticas descritas na decisão recorrida no sentido de que faziam parte da estratégia antígenéricos geral das recorrentes mas não as qualificou como infrações ao direito da concorrência na decisão recorrida. Por conseguinte, esta frase não visava as resoluções amigáveis concluídas pelas recorrentes. Por outro lado, resulta da decisão recorrida, nomeadamente do seu n.º 8. 3, que a Comissão considerou que as resoluções amigáveis concluídas pelas recorrentes constituíam um comportamento abusivo que contribuía para a estratégia de exclusão global única e continuada constitutiva de uma infração ao disposto no artigo 102.º TFUE. Assim, a decisão recorrida não enferma da contradição de fundamentos alegada.
- 233 Após esta recordação das condições de aplicação do conceito de restrição de concorrência por objetivo e o exame das alegações das recorrentes que criticam a interpretação deste conceito, há que observar que, no caso em apreço, os acordos controvertidos visavam, segundo as recorrentes, resolver de forma amigável os litígios entre as partes contratantes e foram concluídos no contexto particular do direito das patentes, sendo os litígios em causa relativos a patentes das recorrentes. Ora, uma vez que a determinação da existência de uma restrição por objetivo pressupõe o exame do teor do acordo em causa, dos seus objetivos e do contexto económico e jurídico no qual se insere (v., n.º 221, *supra*), importa, no caso em apreço, analisar as cláusulas de não contestação das patentes e as cláusulas de não comercialização dos produtos que violam estas patentes que constam das resoluções amigáveis em geral e, em particular, dos acordos controvertidos, tendo em conta o seu objetivo de resolver de forma amigável os litígios em matéria de patentes e o contexto específico, constituído pelas patentes, a fim de verificar se a Comissão, corretamente e segundo critérios juridicamente adequados, qualificou estes acordos como restritivos da concorrência por objetivo.

## 2) Quanto aos direitos de propriedade intelectual e, em particular, às patentes

- 234 O objeto específico da propriedade industrial é assegurar ao titular, como forma de recompensar o esforço criador do inventor, o direito exclusivo de utilizar uma invenção destinada à produção e ao primeiro lançamento em circulação de produtos industriais, quer diretamente, quer mediante a concessão de licenças a terceiros, bem como o direito de se opor a qualquer violação do referido direito (Acórdão de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, n.º 9). Quanto uma autoridade pública concede uma patente, presume-se normalmente que esta é válida e que a sua detenção por uma empresa é considerada legítima. A mera detenção, por uma empresa, de um direito exclusivo tem normalmente como consequência afastar os concorrentes, sendo estes obrigados a respeitar, em virtude da regulamentação pública, esse direito exclusivo (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362).
- 235 O exercício dos direitos que decorrem duma patente concedida em conformidade com a legislação dum Estado-Membro não constitui, em si mesmo, uma infração às normas de concorrência estabelecidas pelo Tratado (Acórdão de 29 de fevereiro de 1968, Parke, Davis e Co., 24/67,

EU:C:1968:11, p. 109). As regras em matéria de propriedade intelectual são inclusivamente essenciais para a manutenção de uma concorrência não falseada no mercado interno (Acórdão de 16 de abril de 2013, Espanha e Itália/Conselho, C-274/11 e C-295/11, EU:C:2013:240, n.º 22). Com efeito, por um lado, ao recompensar o esforço criador do inventor, o direito das patentes contribui para a promoção de um ambiente favorável à inovação e ao investimento e, por outro, visa tornar públicas as modalidades de funcionamento das invenções e permitir, assim, que outros desenvolvimentos sejam possíveis. O n.º 7 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, cujas disposições são integralmente retomadas no n.º 7 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, reconhece, assim, o seguinte:

«[Não existe] um conflito intrínseco entre os direitos de propriedade intelectual e as regras comunitárias em matéria de concorrência. Com efeito, estes dois corpos legislativos têm o mesmo objetivo fundamental, que consiste em promover o bem-estar dos consumidores, bem como uma afetação eficaz dos recursos. A inovação constitui uma componente essencial e dinâmica de uma economia de mercado aberta e competitiva. Os direitos de propriedade intelectual favorecem uma concorrência dinâmica, incentivando as empresas a investirem no desenvolvimento de produtos e de processos novos ou melhorados. O mesmo faz a concorrência, na medida em que pressiona as empresas a inovar. Por esta razão, tanto os direitos de propriedade intelectual como a concorrência são necessários para promover a inovação e garantir que esta é explorada em condições competitivas.»

- 236 Segundo jurisprudência constante, o direito de propriedade, do qual fazem parte os direitos de propriedade intelectual, constitui um princípio geral do direito da União (Acórdão de 29 de janeiro de 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, n.º 62; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 12 de julho de 2005, Alliance for Natural Health e o., C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, n.º 126, e jurisprudência referida).
- 237 O direito de propriedade intelectual, nomeadamente o direito das patentes, não constitui uma prerrogativa absoluta, antes deve ser tomado em consideração em relação à sua função na sociedade, devendo ser conciliado com outros direitos fundamentais, e pode ser acompanhado de restrições para responder aos objetivos de interesse geral prosseguidos pela União, desde que estas não constituam, em relação ao fim prosseguido, uma intervenção desproporcionada e intolerável suscetível de atentar contra a substância do direito assim garantido (v., Acórdão de 12 de julho de 2005, Alliance for Natural Health e o., C-154/04 e C-155/04, EU:C:2005:449, n.º 126, e jurisprudência aí referida). O Tribunal de Justiça considerou, por exemplo, nos litígios relativos à interpretação do Regulamento (CE) n.º 469/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio de 2009, relativo ao certificado complementar de proteção para os medicamentos (JO 2009, L 152, p. 1), que se deviam ponderar os interesses da indústria farmacêutica titular de patentes com os da saúde pública (v., neste sentido, Acórdão de 12 de março de 2015, Actavis Group PTC e Actavis UK, C-577/13, EU:C:2015:165, n.º 36, e jurisprudência aí referida).
- 238 Importa igualmente recordar que o artigo 3.º, n.º 3, TUE precisa que a União estabelece um mercado interno, que, em conformidade com o protocolo n.º 27 sobre o mercado interno e a concorrência, anexo ao Tratado de Lisboa (JO 2010, C 83, p. 309), que, nos termos do artigo 51.º TUE, tem o mesmo valor que os Tratados, inclui um sistema que garante que a concorrência não é falseada. Ora, os artigos 101.º e 102.º TFUE fazem parte das regras de concorrência que, tais como as previstas no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), TFUE, são necessárias para o funcionamento do referido mercado interno. Com efeito, tais regras têm precisamente por objetivo evitar que a concorrência não seja falseada em prejuízo do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo assim para o bem-estar na União (Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.ºs 20 a 22).
- 239 Embora os Tratados nunca tenham expressamente previsto a conciliação entre os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência, o artigo 36.º do Tratado CE, cujas disposições foram retomadas no artigo 36.º TFUE, previu, no entanto, uma conciliação dos direitos de

propriedade intelectual com o princípio da livre circulação de mercadorias, indicando que as disposições do Tratado relativas à proibição das restrições quantitativas entre os Estados-Membros não obstavam às restrições de importação, de exportação ou de trânsito justificadas, nomeadamente, por razões de proteção da propriedade industrial e comercial, precisando que estas restrições não deviam constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Membros. Assim, o Tribunal de Justiça considera que o artigo 36.º do Tratado CE estabeleceu uma distinção entre a existência de um direito reconhecido pela legislação de um Estado-Membro em matéria de proteção da propriedade artística e intelectual, que não pode ser afetada pelas disposições do Tratado, e o seu exercício, que pode constituir uma restrição dissimulada no comércio entre os Estados-Membros (v., neste sentido, Acórdão de 6 de outubro de 1982, Coditel e o., 262/81, EU:C:1982:334, n.º 13).

- 240 O legislador da União, por outro lado, teve a oportunidade de recordar a necessidade de tal conciliação. 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 intelectual (JO 2004, L 157, p. 45), que tem por objetivo aproximar as legislações nacionais a fim de assegurar um nível de proteção elevado, equivalente e homogéneo da propriedade intelectual no mercado interno (considerando 10) e «visa assegurar o pleno respeito pela propriedade intelectual, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º, [da] Carta [dos Direitos Fundamentais]» (considerando 32), precisa que «não afeta a aplicação das regras de concorrência, em particular, dos artigos [101.º] e [102.º TFUE]», e que «[as] medidas previstas na presente diretiva não deverão ser utilizadas para restringir indevidamente a concorrência de forma contrária ao Tratado» (considerando 12).
- 241 O Tribunal de Justiça desenvolveu uma jurisprudência relativa aos diferentes tipos de direitos de propriedade intelectual que visa conciliar as regras de concorrência com o exercício destes direitos, sem afetar a sua substância, utilizando um raciocínio igual ao que lhe permite conciliar estes direitos e a livre circulação de mercadorias. Trata-se assim, para o Tribunal de Justiça, de punir a utilização anormal dos direitos de propriedade intelectual e não o seu exercício legítimo, que define a partir do seu objeto específico, conceito utilizado na jurisprudência do Tribunal de Justiça como sinónimo dos conceitos de própria substância destes direitos e de prerrogativas essenciais do titular destes direitos. Segundo o Tribunal de Justiça, o exercício de prerrogativas que fazem parte do objeto específico de um direito de propriedade intelectual respeita, assim, à existência deste direito (v., neste sentido, Conclusões do advogado-geral C. Gulmann no processo RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P, EU:C:1994:210, n.ºs 31 e 32, e jurisprudência referida). Não obstante, o Tribunal de Justiça considera que o exercício do direito exclusivo pelo seu titular pode, em circunstâncias excepcionais, dar igualmente lugar a um comportamento contrário às regras de concorrência (Acórdão de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, n.º 50; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 17 de setembro de 2007, Microsoft/Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289, n.º 691).
- 242 No que respeita às patentes, o Tribunal de Justiça declarou que não estava excluído que o disposto no artigo 101.º TFUE pudesse ser aplicável ao direito da propriedade intelectual quando a utilização de uma ou várias marcas tenha sido concertada entre as empresas com vista a criar uma situação suscetível de entrar no conceito dos acordos entre as empresas, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (Acórdão de 29 de fevereiro de 1968, Parke, Davis e Co., 24/67, EU:C:1968:11, p. 110). Considerou novamente, em 1974, que, embora os direitos reconhecidos pela legislação de um Estado-Membro em matéria de propriedade industrial não sejam afetados na sua existência pelo artigo 101.º TFUE, as condições do seu exercício podem, no entanto, estar abrangidas pelas proibições estabelecidas por este artigo e que tal pode ser o caso sempre que o exercício do referido direito seja suscetível de constituir o objeto, o meio ou a consequência de um cartel (Acórdão de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, n.ºs 39 e 40).

- 243 Importa recordar que, na falta de harmonização ao nível da União do direito das patentes aplicável no presente processo, a extensão da proteção conferida por uma patente emitida por um instituto nacional de patentes ou pelo IEP apenas pode ser determinada à luz de regras que não pertencem ao direito da União, mas ao direito nacional ou à CEP (v., neste sentido, Acórdãos de 16 de setembro de 1999, *Farmitalia*, C-392/97, EU:C:1999:416, n.º 26, e de 24 de novembro de 2011, *Medeva*, C-322/10, EU:C:2011:773, n.ºs 22 e 23). Por conseguinte, quando, no âmbito de um recurso de anulação de uma decisão da Comissão, o juiz da União é chamado a proceder ao exame de um acordo de resolução amigável de um litígio relativo a uma patente, regulado por regras distintas das regras do direito da União, não lhe cabe definir o alcance da referida patente ou pronunciar-se sobre a sua validade. De resto, há que observar que, no caso em apreço, na decisão recorrida, embora a Comissão tenha evocado, nos considerandos 113 a 123, uma estratégia das recorrentes de constituição de um «halo de patentes» e de «patentes de papel», não se pronunciou, no entanto, sobre a validade das patentes controvertidas no momento da conclusão dos acordos.
- 244 Embora não incumba nem à Comissão nem ao Tribunal Geral pronunciar-se sobre a validade de uma patente, a existência da patente deve, no entanto, ser tida em conta na análise efetuada no âmbito das regras de concorrência da União. Com efeito, o Tribunal de Justiça já declarou que, se não cabe à Comissão definir a extensão de uma patente, não é menos verdade que esta instituição não pode deixar de intervir, quando a extensão de uma patente é relevante para a apreciação de uma violação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, uma vez que, mesmo no caso em que o alcance efetivo de uma patente é objeto de um litígio nos órgãos jurisdicionais nacionais, a Comissão deve poder exercer as suas competências em conformidade com as disposições do Regulamento n.º 1/2003, que as constatações que a Comissão pode fazer não prejudicam em nada as apreciações que os tribunais nacionais venham a fazer dos diferendos relativos aos direitos de patente que lhes forem submetidos e que a decisão da Comissão está sujeita à fiscalização do juiz da União (Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão*, 193/83, EU:C:1986:75, n.ºs 26 e 27).
- 245 Por último, importa sublinhar que os direitos de propriedade intelectual são protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais. Nos termos do artigo 17.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, à qual o Tratado de Lisboa conferiu um valor jurídico igual ao dos Tratados (artigo 6.º, n.º 1, TUE), «[t]odas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte», «[n]inguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil» e «[a] utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral». O artigo 17.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais precisa, além disso, que «[é] protegida a propriedade intelectual». Por conseguinte, as garantias previstas no artigo 17.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais são igualmente aplicáveis à propriedade intelectual. Ora, o Tribunal de Justiça considera que o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual na Carta dos Direitos Fundamentais acarreta uma exigência de proteção elevada destes e que há que ponderar, por um lado, a preservação do livre jogo da concorrência, para a proteção do qual o direito primário, designadamente os artigos 101.º e 102.º TFUE, proíbe os abusos de posição dominante, e, por outro, a necessária garantia dos direitos de propriedade intelectual, que resulta do artigo 17.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais (v., neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2015, *Huawei Technologies*, C-170/13, EU:C:2015:477, n.ºs 42 e 58).

### 3) Quanto às resoluções amigáveis de litígios em matéria de patentes

- 246 A título preliminar, há que precisar que os desenvolvimentos seguintes não dizem respeito aos casos de patentes obtidas mediante fraude, a litígios «fictícios» ou a desacordos que não atingiram uma fase jurisdicional. Com efeito, a Comissão admitiu no considerando 1170 da decisão recorrida que, no momento da conclusão dos acordos de resolução amigável, as recorrentes e as sociedades de

genéricos eram partes ou associadas num litígio num órgão jurisdicional nacional ou no IEP, relativo à validade de determinadas patentes das recorrentes ou ao caráter infrator do produto desenvolvido pela sociedade de genéricos.

- 247 Antes de mais, importa observar que *a priori* é legítimo as partes num litígio relativo a uma patente celebrarem um acordo de resolução amigável antes de instaurarem um processo num órgão jurisdicional. Como referiu corretamente a Comissão no considerando 1102 da decisão recorrida, as empresas podem geralmente resolver de forma amigável os processos, incluindo em matéria de patentes, uma vez que estas resoluções amigáveis beneficiam frequentemente as duas partes no litígio e permitem uma alocação de recursos mais eficaz do que se o processo prosseguisse até um julgamento. Com efeito, um requerente não está obrigado a prosseguir um processo que livremente instaurou nos tribunais. Há que acrescentar que a resolução jurisdicional dos litígios, além de gerar um custo para a coletividade, não pode ser considerada constitutiva da via privilegiada e ideal de resolução de conflitos. A multiplicação dos litígios nos tribunais pode ser o reflexo de maus funcionamentos ou de insuficiências, que podem encontrar outras formas de remédios ou ser objeto de ações de prevenção adaptadas. Admitindo que os sistemas nacionais de concessão de patentes ou o sistema do IEP se deparam com tais dificuldades, por exemplo, concedendo muito liberalmente uma proteção a procedimentos desprovidos de caráter inventivo, estes problemas não podem justificar uma obrigação, nem mesmo um incentivo, para as empresas prosseguirem litígios em matéria de patentes até um desfecho jurisdicional.
- 248 De igual modo, os n.ºs 204 e 209 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, aplicáveis, pelo menos, a acordos que incidem sobre a concessão de licenças de tecnologia, reconhecem a possibilidade de concluir acordos de resolução e de não reivindicação que incluam a concessão de licenças e indicam que, no âmbito de tal acordo de resolução e de não reivindicação, as cláusulas de não contestação não são geralmente consideradas abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE. O n.º 235 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, que substituíram as orientações de 2004, estabelece igualmente que «[o]s acordos de resolução de litígios no contexto de litígios relativos a tecnologias são, como em muitas outras áreas de litígios de caráter comercial, em princípio, uma forma legítima para encontrar uma solução de compromisso aceitável para um litígio jurídico autêntico». Este número precisa, além disso, que «[a]s partes podem preferir abandonar o litígio ou a litigação, por os considerarem demasiado dispendiosos, demorados e/ou incertos no que se refere ao seu resultado. As resoluções de litígios podem também servir para evitar a intervenção das autoridades judiciais e/ou administrativas competentes para dirimir a questão, permitindo uma melhoria em termos de bem-estar».
- 249 De resto, a própria Comissão utiliza um procedimento administrativo em matéria de cartéis que se afigura, em certos aspetos, a uma resolução amigável. Com efeito, o procedimento de transação, que foi instituído pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão, de 30 de junho de 2008, que altera o Regulamento n.º 773/2004, no que se refere à condução de procedimentos de transação nos processos de cartéis (JO 2008, L 171, p. 3), tem por objetivo simplificar e acelerar os procedimentos administrativos, e reduzir o número de recursos interpostos perante o juiz da União, com o objetivo de permitir à Comissão tratar mais processos com os mesmos recursos (Acórdão de 20 de maio de 2015, Timab Industries e CFPR/Comissão, T-456/10, EU:T:2015:296, n.ºs 59 e 60).
- 250 Além disso, segundo a jurisprudência, poder invocar os seus direitos por via jurisdicional e a fiscalização jurisdicional que isso implica é a expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e que foi consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da CEDH. Uma vez que o acesso à justiça é um direito fundamental e um princípio geral que garante o respeito do direito, só em circunstâncias completamente excecionais pode o facto de se intentar uma ação judicial constituir uma infração ao direito da concorrência (Acórdão de 17 de julho de 1998, ITT Promedia/Comissão, T-111/96, EU:T:1998:183, n.º 60). Como recordou o Tribunal de Justiça, a exigência de proteção elevada dos direitos de propriedade intelectual implica que o seu titular não pode, em princípio, ser privado da faculdade de recorrer a ações judiciais que

garantam o respeito efetivo dos seus direitos exclusivos (Acórdão de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, n.º 58). De forma simétrica, o facto de uma empresa decidir renunciar à via jurisdicional preferindo recorrer a uma resolução extrajurisdicional do litígio apenas é a expressão de uma mesma liberdade de escolha dos meios de assegurar a defesa dos seus direitos e não pode, em princípio, constituir uma infração ao direito da concorrência.

251 Embora o acesso aos tribunais constitua um direito fundamental, não se pode considerar uma obrigação, mesmo quando contribua para incentivar a concorrência entre operadores económicos. Com efeito, por um lado, importa recordar que, apesar da diversidade dos processos e dos sistemas de concessão de patentes em vigor nos diferentes Estados-Membros da União e no IEP no momento da ocorrência dos factos do caso em apreço, presume-se normalmente que um direito de propriedade intelectual, concedido por uma autoridade pública, é válido e que a sua detenção por uma empresa é considerada legítima (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362). Por outro, embora seja certamente do interesse público eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que pode decorrer de uma patente concedida erradamente (v., neste sentido, Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão, 193/83, EU:C:1986:75, n.ºs 92 e 93) e embora seja geralmente admitido que os orçamentos públicos, nomeadamente os consagrados à cobertura de despesas de saúde, estão sujeitos a limitações significativas e que a concorrência, em particular a que representam os medicamentos genéricos desenvolvidos pelas sociedades de genéricos, pode contribuir eficazmente para o controlo de tais orçamentos, importa igualmente recordar, assim como a Comissão referiu corretamente no considerando 1201 da decisão recorrida, que qualquer empresa continua livre para decidir mover ou não um processo contra as patentes sobre os medicamentos originais detidas pelas sociedades de medicamentos originais. Além disso, tal decisão de mover ou não um processo ou de pôr termo de forma amigável a um litígio não impede, em princípio, outras empresas de decidirem contestar as referidas patentes.

252 Resulta do exposto que, a fim de conciliar o direito das patentes e o direito da concorrência no âmbito específico da celebração de resoluções amigáveis entre as partes num litígio relativo a um patente, há que encontrar um ponto de equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de permitir às empresas proceder a resoluções amigáveis cujo desenvolvimento seja favorável à coletividade e, por outro, a necessidade de prevenir o risco de uma utilização incorreta dos acordos de resolução amigável, contrária ao direito da concorrência, que conduz à manutenção de patentes desprovidas de qualquer validade, em particular no setor dos medicamentos, a um encargo financeiro injustificado para os orçamentos públicos.

#### *4) Quanto à conciliação entre os acordos de resolução amigável em matéria de patentes e o direito da concorrência*

253 Importa recordar que o recurso à resolução amigável de um litígio em matéria de patentes não isenta as partes da aplicação do direito da concorrência (v., neste sentido, Acórdãos de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, n.º 15, e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 118; v., por analogia, Acórdão de 30 de janeiro de 1985, BAT Cigaretten-Fabriken/Comissão, 35/83, EU:C:1985:32, n.º 33; v., igualmente, n.º 204 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, assim como n.º 237 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia).

254 Assim, o Tribunal de Justiça decidiu, em particular, que uma cláusula de não impugnação de uma patente, incluindo quando estava inserida num acordo destinado a pôr termo a um litígio pendente num órgão jurisdicional, podia ter, tendo em conta o contexto jurídico e económico, um caráter restritivo da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (Acórdão de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, n.ºs 14 a 16).

- 255 Por conseguinte, há que identificar os elementos relevantes que permitem concluir pelo caráter restritivo da concorrência por objetivo de uma cláusula de não contestação de uma patente e, mais amplamente, de um acordo de resolução amigável em matéria de patentes, sendo de recordar que a determinação da existência de uma restrição por objetivo pressupõe o exame do teor do acordo em causa, dos objetivos que visa alcançar e do contexto económico e jurídico em que se insere (v., n.º 221, *supra*).
- 256 A título preliminar, importa observar que um acordo de resolução amigável de um litígio em matéria de patentes pode não ter qualquer impacto negativo na concorrência. Tal sucede, por exemplo, se as partes estiverem de acordo em considerar que a patente controvertida não é válida e estipularem, por isso, a entrada imediata da sociedade de genéricos no mercado.
- 257 Os acordos em questão no caso em apreço não estão abrangidos por essa categoria, uma vez que incluem cláusulas de não impugnação de patentes e de não comercialização de produtos, que têm, em si mesmas, um caráter restritivo da concorrência. Com efeito, a cláusula de não impugnação afeta o interesse público de eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que pode recorrer de uma patente concedida erradamente (v., neste sentido, Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão*, 193/83, EU:C:1986:75, n.º 92) e a cláusula de não comercialização implica a exclusão do mercado de um dos concorrentes do titular da patente.
- 258 Todavia, a introdução de tais cláusulas pode ser legítima, mas apenas na medida em que se baseie no reconhecimento pelas partes da validade da patente em causa (e, acessoriamente, do caráter contrafeito dos produtos genéricos em causa).
- 259 Com efeito, por um lado, as cláusulas de não comercialização e de não contestação são necessárias para a resolução amigável de determinados litígios relativos às patentes. Se as partes num litígio estivessem impossibilitadas de utilizar tais cláusulas, a resolução amigável do litígio perderia todo o interesse para os litígios em que as duas partes estão de acordo sobre a validade da patente. Além disso, importa recordar a este respeito que a Comissão referiu, no n.º 209 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, que «[é] inerente [aos acordos de resolução] que as partes acordam em não contestar os direitos de propriedade intelectual *ex post* abrangidos pelo acordo [uma vez que] o verdadeiro objetivo do acordo consiste em resolver os litígios existentes e/ou evitar futuros litígios». Ora, é igualmente necessário, para alcançar este objetivo, que as partes acordem que nenhum produto contrafeito possa ser comercializado.
- 260 Por outro lado, a introdução de cláusulas de não comercialização limita-se, em parte, a confirmar os efeitos jurídicos pré-existentes de uma patente cuja validade as partes reconhecem explícita ou implicitamente. Com efeito, a patente tem normalmente por consequência, em benefício do seu titular, impedir a comercialização por concorrentes do produto objeto da patente ou do produto obtido pelo processo objeto da patente (v., n.º 234, *supra*). Ora, ao submeter-se a uma cláusula de não comercialização, a sociedade de genéricos obriga-se a não vender produtos suscetíveis de violarem a patente em causa. Essa cláusula, caso se limite ao âmbito de aplicação da patente controvertida, pode ser entendida no sentido de que reproduz, em substância, os efeitos dessa patente, na medida em que se baseia no reconhecimento da sua validade. Quanto às cláusulas de não impugnação, a patente não pode ser interpretada no sentido de que garante uma proteção contra as ações que visam contestar a validade de uma patente (Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão*, 193/83, EU:C:1986:75, n.º 92). Os efeitos destas cláusulas não se confundem assim com os efeitos da patente. No entanto, quando uma cláusula de não impugnação é adotada no âmbito da resolução amigável de um verdadeiro litígio no qual o concorrente já teve oportunidade de contestar a validade da patente em causa e reconhecer finalmente esta validade, tal cláusula não pode ser entendida, em tal contexto, no sentido de que afeta o interesse público de eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que pode decorrer de uma patente concedida erradamente (v., n.º 257, *supra*).

- 261 A própria Comissão indicou, na decisão recorrida, que as cláusulas de não contestação e de não comercialização eram geralmente inerentes a qualquer resolução amigável. Assim, considerou que era «pouco provável que uma resolução amigável concluída no âmbito de um litígio ou de um processo em matéria de patentes com base na apreciação por cada parte do processo com o qual se depara [violasse] o direito da concorrência, mesmo quando o acordo [previa] a obrigação de a sociedade de genéricos não utilizar a invenção abrangida pela patente durante o período de vigência de proteção desta (por exemplo, por uma cláusula de não comercialização) e/ou não contestar a patente em causa nos tribunais (por exemplo, por uma cláusula de não contestação)» (considerando 1136 da decisão recorrida).
- 262 Assim, a mera presença, nos acordos de resolução amigável, de cláusulas de não comercialização e de não contestação cujo alcance se limita ao da patente em causa não permite concluir, apesar do facto de essas cláusulas terem, em si mesmas, um carácter restritivo (v., n.º 257, *supra*), por uma restrição de concorrência com um grau suficiente de nocividade para ser qualificado de restrição por objetivo quando estes acordos se baseiam no reconhecimento pelas partes da validade da patente (e, acessoriamente, do carácter contrafeito dos produtos genéricos em causa).
- 263 A presença de cláusulas de não comercialização e de não contestação cujo alcance se limita ao da patente em causa é, em contrapartida, problemático quando se verifique que a sujeição da sociedade de genéricos a estas cláusulas não se baseia no reconhecimento, por parte desta, da validade da patente. Como afirma corretamente a Comissão, «mesmo que as limitações constantes do acordo [à] autonomia comercial da sociedade de genéricos não excedam o âmbito de aplicação material da patente, constituem uma violação do artigo 101.º [TFUE] quando estas limitações não podem ser justificadas e não resultam da avaliação, pelas partes, do mérito do próprio direito exclusivo» (considerando 1137 da decisão recorrida).
- 264 A este respeito, importa observar que a existência de um «pagamento compensatório», ou seja, de um pagamento da sociedade de medicamentos originais à sociedade de genéricos, é duplamente suspeita no âmbito de um acordo de resolução amigável. Com efeito, em primeiro lugar, importa recordar que a patente visa recompensar o esforço criador do inventor permitindo-lhe obter um lucro justo pelo seu investimento (v. n.º 234, *supra*) e que uma patente válida deve assim, em princípio, permitir uma transferência de valor para o seu titular — por exemplo, através de um acordo de licença — e não o contrário. Em segundo lugar, a existência de um pagamento compensatório introduz uma suspeita quanto ao facto de a resolução amigável assentar no reconhecimento, pelas partes no acordo, da validade da patente em causa.
- 265 No entanto, a mera presença de um pagamento compensatório não pode permitir concluir pela existência de uma restrição por objetivo. Com efeito, não está excluída a possibilidade de alguns pagamentos contrários, quando são inerentes à resolução amigável do litígio em causa, serem justificados (v. n.ºs 277 a 280, *infra*). Em contrapartida, na hipótese de um pagamento compensatório não justificado ocorrer na conclusão da resolução amigável, deve considerar-se que a sociedade de genéricos foi incentivada por esse pagamento a sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação e há que concluir pela existência de uma restrição por objetivo. Nesta hipótese, as restrições à concorrência introduzidas pelas cláusulas de não comercialização e de não contestação já não estão ligadas à patente e à resolução amigável, mas explicam-se pelo pagamento de uma vantagem que incentiva a sociedade de genéricos a renunciar aos seus esforços concorrenciais.
- 266 Importa observar que, embora nem a Comissão nem o juiz da União sejam competentes para decidir da validade da patente (v., n.ºs 243 e 244, *supra*), não deixa de ser verdade que estas instituições podem, no âmbito das respetivas competências e sem decidirem da validade intrínseca da patente, dar por provada a existência de uma utilização anormal desta, que não está relacionada com o seu objeto específico (v., neste sentido, Acórdãos de 29 de fevereiro de 1968, Parke, Davis e Co., 24/67, EU:C:1968:11, p. 109 e 110, e de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74,

EU:C:1974:114, n.ºs 7 e 8; v., igualmente, por analogia, Acórdãos de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, n.º 50, 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.ºs 104 a 106).

- 267 Ora, incentivar um concorrente a aceitar as cláusulas de não comercialização e de não contestação, na aceção acima descrita no n.º 265, ou, seu corolário, sujeitar-se a tais cláusulas devido a um incentivo, constituem uma utilização anormal da patente.
- 268 Como referiu corretamente a Comissão no considerando 1137 da decisão recorrida, «o direito das patentes não prevê o direito de pagar aos seus concorrentes reais ou potenciais para que permaneçam fora do mercado ou para que não contestem uma patente antes de entrar no mercado». De igual modo, ainda segundo a Comissão, «os titulares de patentes não estão autorizados a pagar às sociedades de genéricos para as manter fora do mercado e reduzir os riscos devidos à concorrência, quer no âmbito de um acordo de resolução amigável em matéria de patentes quer por outro meio» (considerando 1141 da decisão recorrida). Por último, a Comissão acrescentou corretamente que «pagar ou incentivar de qualquer outra forma os concorrentes potenciais a permanecerem fora do mercado não faz[ia] parte de nenhum direito ligado às patentes e não correspond[ia] a nenhum dos meios previstos pelo direito das patentes para fazer respeitar as patentes» (considerando 1194 da decisão recorrida).
- 269 Quando é dada por provada a existência de um incentivo, as partes deixam de poder invocar o seu reconhecimento, no âmbito da resolução amigável, da validade da patente. O facto de a validade da patente ser confirmada por uma instância jurisdicional ou administrativa é indiferente, a este respeito.
- 270 Assim, é o incentivo, e não o reconhecimento pelas partes na resolução amigável da validade da patente, que deve ser considerado a verdadeira causa das restrições à concorrência introduzidas pelas cláusulas de não comercialização e de não contestação (v., n.º 257, *supra*), as quais, sendo neste caso desprovidas de legitimidade, apresentam, deste modo, um grau de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência suficiente para que uma qualificação de restrição por objetivo possa ser aceite.
- 271 Perante tal incentivo, os acordos em causa devem, assim, ser encarados como acordos de exclusão do mercado, nos quais quem permanece indemniza quem sai. Ora, tais acordos consistem, na realidade, numa compra de concorrência e, por conseguinte, devem ser qualificados como restrições por objetivo à concorrência, conforme resulta do Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.ºs 8 e 31 a 34), e das Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak no processo Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:467, n.º 75), referidos, nomeadamente, nos considerandos 1139 e 1140 da decisão recorrida. Além disso, a exclusão de concorrentes do mercado é uma forma extrema de repartição de mercado e de limitação da produção (Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 435) que apresenta, num contexto como o dos acordos controvertidos, um grau de nocividade ainda mais elevado por as sociedades excluídas serem sociedades de genéricos cuja entrada no mercado é, em princípio, favorável à concorrência e, por outro lado, contribui para o interesse geral de assegurar cuidados de saúde a menor custo. Por último, esta exclusão é confirmada, nos acordos controvertidos, pela impossibilidade de a sociedade de genéricos impugnar a patente controvertida.
- 272 Resulta do exposto que, no âmbito dos acordos de resolução amigável de litígios relativos às patentes, a qualificação de restrição à concorrência por objetivo pressupõe que, no acordo de resolução amigável, estejam simultaneamente presentes uma vantagem incentivadora em relação à sociedade de genéricos e uma limitação correlativa dos esforços desta para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais. Quando estejam preenchidos estes dois pressupostos, há que concluir por uma restrição de concorrência por objetivo atendendo ao grau de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência do acordo assim celebrado.

- 273 Assim, na presença de um acordo de resolução amigável em matéria de patentes que inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação cujo caráter intrinsecamente restritivo (v. n.º 257, *supra*) não foi validamente posto em causa, a existência de um incentivo da sociedade de genéricos para se submeter a essas cláusulas permite fundamentar a declaração de uma restrição por objetivo, mesmo que exista um verdadeiro litígio, que o acordo de resolução amigável incluía cláusulas de não comercialização e de não contestação cujo alcance não excede o da patente controvertida e que esta patente possa, em relação, em particular, às decisões adotadas pelas autoridades administrativas ou pelos órgãos jurisdicionais competentes, legitimamente ser considerada válida pelas partes no momento da sua adoção.
- 274 Ora, na decisão recorrida, a Comissão verificou, corretamente, se os acordos em causa incluíam uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos que representava um incentivo «significativo», ou seja, suscetível de conduzir esta sociedade a aceitar sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação, para daí deduzir, perante tal incentivo, a existência de uma restrição de concorrência por objetivo.
- 275 A Comissão, tendo assim em consideração o critério do incentivo para distinguir os acordos de resolução amigável que constituem restrições por objetivo dos que não constituem tais restrições, critério que será em seguida designado como o critério do «incentivo» ou da «vantagem incentivadora», não feriu, à luz dos desenvolvimentos anteriores, a sua decisão de um erro de direito.
- 276 Tal erro de direito também não pode ser deduzido de uma alegada não tomada em consideração do contexto em que se inserem os acordos controvertidos (v., quanto ao conceito de contexto, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 53), uma vez que resulta igualmente do raciocínio anterior que o critério do incentivo assenta numa análise do conteúdo dos acordos controvertidos não apenas em relação ao seu objetivo pretendido, que consiste em resolver de forma amigável os litígios em matéria de patentes, mas igualmente ao seu contexto específico que se caracteriza pela existência, no domínio farmacêutico, de patentes constitutivas de direitos exclusivos alegadamente válidas e cuja posse tem normalmente por consequência afastar os concorrentes (v. n.º 234, *supra*). O contexto em que os acordos controvertidos foram celebrados foi ainda mais tido em conta no caso em apreço uma vez que a Comissão se empenhou em demonstrar, em relação a cada um destes acordos, que a sociedade de genéricos em causa era um concorrente potencial da Servier, ou seja, que tinha possibilidades reais e concretas de entrar no mercado (v. n.ºs 317 e seguintes, *infra*). A fim de completar a resposta dada ao fundamento relativo ao erro de direito que a Comissão cometeu ao considerar a existência de uma restrição por objetivo e permitir, em seguida, apreciar se, em relação a cada acordo, a Comissão cometeu um erro de apreciação, importa ainda precisar em que condições pode ser dada por provada a existência de um incentivo.

##### 5) Quanto ao incentivo

- 277 A fim de determinar se um pagamento compensatório, ou seja, uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos, constitui, ou não, um incentivo para aceitar as cláusulas de não impugnação e de não comercialização, há que verificar, tendo em conta a sua natureza e a sua justificação, se abrange os custos inerentes à resolução amigável do litígio. Assim, na decisão recorrida, a Comissão apreciou, corretamente, se a transferência de valor correspondia aos custos específicos da resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos (considerandos 1333 e seguintes, 1461 e seguintes, 1592 e seguintes e 1969 e seguintes da decisão recorrida).
- 278 Na hipótese de o pagamento compensatório previsto num acordo de resolução amigável que inclui cláusulas restritivas de concorrência visar compensar os custos inerentes à resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos, este pagamento não pode, em princípio, ser considerado um incentivo. Com efeito, devido ao seu caráter inerente para a resolução amigável, tais custos implicam

que são, enquanto tais, baseados no reconhecimento da validade das patentes controvertidas que essa resolução amigável pretende confirmar pondo termo à contestação desta validade e à potencial contrafação das referidas patentes. Assim, não pode considerar-se que tal pagamento compensatório introduz uma suspeita quanto ao facto de a resolução amigável se basear no reconhecimento pelas partes no acordo da validade da patente em causa (v. n.ºs 264 e 265, *supra*). A constatação da existência de um incentivo e de uma restrição de concorrência por objetivo não é, contudo, excluída nesta hipótese. No entanto, pressupõe que a Comissão demonstre que os montantes que correspondem a estes custos inerentes à resolução amigável, mesmo que demonstrados e precisamente calculados pelas partes nesta resolução, têm carácter excessivo (v., neste sentido, considerandos 1338, 1465, 1600 e 1973 da decisão recorrida). Com efeito, tal desproporção quebraria o nexo de inerência entre os custos em causa e a resolução amigável e, por isso, impediria que se deduzisse do reembolso destes custos que o acordo de resolução em causa assenta no reconhecimento da validade das patentes controvertidas.

279 Pode considerar-se, como admitiram as recorrentes e a Comissão na audiência, que os custos inerentes à resolução amigável do litígio cobrem, nomeadamente, as despesas processuais suportadas pela sociedade de genéricos no âmbito do litígio que a opõe à sociedade de medicamentos originais. Com efeito, estas despesas foram efetuadas unicamente para fins dos processos de validade ou de contrafação das patentes em causa, a que a resolução amigável visa precisamente pôr termo com base num acordo que reconhece a validade das patentes. Assim, a sua assunção está diretamente ligada a tal resolução amigável. Por conseguinte, quando os montantes das despesas processuais da sociedade de genéricos são estipulados pelas partes na resolução amigável, a Comissão apenas pode dar por provado o seu carácter de incentivo através da demonstração de que são desproporcionados. A este respeito, devem ser considerados desproporcionados os montantes que correspondem às despesas processuais cujo carácter objetivamente indispensável para a condução do processo controvertido, tendo em conta, nomeadamente, a dificuldade jurídica e factual das questões tratadas e o interesse económico que o litígio apresenta para a sociedade de genéricos, não está demonstrado com fundamento em documentos precisos e detalhados.

280 Em contrapartida, determinadas despesas que incumbem à sociedade de genéricos são, *a priori*, bastante externas ao litígio e à sua resolução para poderem ser consideradas inerentes à resolução amigável de um litígio em matéria de patentes. Trata-se, por exemplo, dos custos de produção dos produtos contrafeitos, que correspondem ao valor da armazenagem dos referidos produtos, assim como das despesas de investigação e de desenvolvimento efetuadas para criar estes produtos. Com efeito, tais custos e despesas são *a priori* efetuados independentemente da ocorrência de litígios e da sua resolução e não se traduzem por perdas devido a esta resolução, como confirma, em particular, o facto de os produtos em causa serem frequentemente, apesar da proibição da sua comercialização pelo acordo de resolução, vendidos em mercados não abrangidos pelo referido acordo e de as investigações correspondentes poderem ser utilizadas para a criação de outros produtos. O mesmo sucede com as quantias que devem ser pagas pela sociedade de genéricos a terceiros devido a compromissos contratuais concluídos fora do litígio (por exemplo, contratos de fornecimento). Tais despesas de rescisão de contratos concluídos com terceiros ou de indemnização destes terceiros são, com efeito, geralmente impostas pelos contratos em causa ou em ligação direta com estes contratos, os quais foram além disso concluídos pela sociedade de genéricos em causa independentemente de qualquer litígio com a sociedade de medicamentos originais ou da sua resolução. Compete então às partes no acordo, caso pretendam que o pagamento destas despesas não seja qualificado como incentivo e constitutivo de um indício da existência de uma restrição de concorrência por objetivo, demonstrar que estas são inerentes ao litígio ou à sua resolução, e em seguida justificar o seu montante. Também podem, para o efeito, basear-se no montante insignificante do reembolso destas despesas *a priori* não inerentes à resolução amigável do litígio e, assim, insuficiente para constituir um incentivo significativo para aceitar as cláusulas restritivas de concorrência previstas pelo acordo de resolução (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 360).

281 Importa ainda, para encerrar a análise do erro de direito cometido pela Comissão ao considerar a existência de uma restrição de concorrência por objetivo, apreciar três argumentos secundários invocados pelas recorrentes e a interveniente, relativos à aplicabilidade aos acordos em causa da teoria das restrições acessórias, das implicações do direito americano para a resolução do litígio e dos efeitos ambivalentes produzidos pelos acordos de resolução amigável em matéria de patentes.

6) *Quanto à aplicabilidade da teoria das restrições acessórias aos acordos de resolução amigável*

282 As recorrentes e a interveniente alegam que, devido ao objetivo legítimo dos acordos de resolução amigável dos litígios em matéria de patentes, a Comissão devia ter aplicado o teste da necessidade objetiva, que permite excluir um acordo da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE quando serve uma finalidade legítima e as restrições de concorrência que impõe são objetivamente necessárias e proporcionadas.

283 A título preliminar, há que constatar que as recorrentes não invocaram a aplicação da teoria das restrições acessórias no procedimento administrativo e que a decisão recorrida não a refere.

284 Resulta da jurisprudência que, se uma operação ou uma atividade determinada não estiver abrangida pelo princípio da proibição previsto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, devido à sua neutralidade ou ao seu efeito positivo no plano da concorrência, uma restrição da autonomia comercial de um ou de vários dos participantes nessa operação ou nessa atividade também não está abrangida pelo referido princípio da proibição se essa restrição for objetivamente necessária à realização da referida operação ou da referida atividade e proporcionada aos objetivos de uma ou da outra (v., Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 89, e jurisprudência referida). Com efeito, quando não for possível dissociar tal restrição, qualificada como restrição acessória, da operação ou da atividade principal sem comprometer a existência e os objetos das mesmas, há que analisar a compatibilidade com o artigo 101.º TFUE desta restrição juntamente com a compatibilidade da operação ou da atividade principal de que é acessória, e isso apesar de, tomada isoladamente, se afigurar que essa restrição pode, à primeira vista, ser abrangida pelo princípio da proibição do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 90).

285 A Comissão alega que a condição prévia à aplicação do teste da necessidade objetiva não está preenchida, uma vez que uma resolução amigável de um litígio em matéria de patentes não pode, por princípio, ser qualificada como operação desprovida de caráter anticoncorrencial devido à sua neutralidade ou ao seu efeito positivo no plano da concorrência. É verdade que resulta de jurisprudência constante que a resolução amigável de um litígio não isenta as partes da aplicação das regras de concorrência, uma vez que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE não efetua qualquer distinção entre os acordos que têm por objeto pôr termo a um litígio e os que prosseguem outras finalidades (v. n.º 253, *supra*). Todavia, como alegam corretamente as recorrentes e a interveniente, a jurisprudência não exclui que um acordo de resolução amigável de um litígio não está abrangido pelo princípio da proibição previsto no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, devido à sua neutralidade ou aos seus efeitos positivos no plano da concorrência. A aplicação do teste da necessidade objetiva num caso concreto pressupõe, com efeito, que a operação ou a atividade principal seja desprovida de caráter anticoncorrencial devido à sua neutralidade ou ao seu efeito positivo no plano da concorrência, mas não impõe que a operação ou a atividade principal seja, pela sua própria natureza e independentemente das circunstâncias de cada caso, desprovida de caráter anticoncorrencial. De resto, a jurisprudência recordou que a apreciação da operação ou da atividade principal não pode ser efetuada *in abstracto*, mas que era consequência das cláusulas ou das restrições acessórias específicas a cada caso concreto (v., neste sentido, Acórdãos de 28 de janeiro de 1986, Pronuptia de Paris, 161/84, EU:C:1986:41, n.º 14; de 15 de dezembro de 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, n.º 31, e de 12 de dezembro de 1995, Oude Luttikhuis e o., C-399/93, EU:C:1995:434, n.ºs 12 a 14). Além disso, importa recordar que várias disposições do direito da União incentivam a resolução amigável dos litígios (v. n.ºs 247 a 250, *supra*).

- 286 Por outro lado, a Comissão não pode invocar o Acórdão de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), para afastar, em princípio, qualquer possibilidade de aplicar a teoria das restrições acessórias à resolução amigável dos litígios. Com efeito, embora resulte deste acórdão que o Tribunal de Justiça recusou seguir o raciocínio proposto pela Comissão que consistia em considerar uma cláusula de não contestação de uma patente inserida num acordo de licença como compatível com o artigo 101.º, n.º 1, TFUE quando determinadas condições estão preenchidas e precisou que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE não fazia qualquer distinção entre os acordos que têm por objeto pôr termo a um litígio e aqueles que prosseguem outras finalidades, não excluiu, no entanto, que um acordo de resolução amigável de um litígio que inclui cláusulas de não contestação e de não comercialização possa, em função do contexto jurídico e económico, não ter carácter restritivo de concorrência (Acórdão de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, n.º 21). Aliás, este acórdão não foi proferido no âmbito da resolução amigável de um litígio mas no âmbito de um acordo de licença.
- 287 Embora um acordo de resolução amigável de um litígio em matéria de patentes tenha um efeito neutro ou positivo no plano da concorrência não pode, por princípio, ser excluído do âmbito de aplicação da teoria das restrições acessórias, importa, no entanto, apreciar o alcance da restrição acessória de concorrência, que implica um duplo exame. Com efeito, é conveniente procurar, por um lado, se a restrição é objetivamente necessária à realização da operação principal e, por outro, se ela é proporcionada em relação a esta (Acórdãos de 18 de setembro de 2001, M6 e o./Comissão, T-112/99, EU:T:2001:215, n.º 106, e de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 64).
- 288 No que respeita à primeira condição, segundo a jurisprudência, há que apurar se a realização dessa operação seria impossível na falta da restrição em questão. Assim, o facto de que se torna simplesmente mais difícil de realizar ou até menos rentável sem a restrição em causa confere a esta restrição o carácter «objetivamente necessário» exigido para poder ser qualificada de acessória. Com efeito, tal interpretação equivaleria a alargar esse conceito a restrições que não são estritamente indispensáveis à realização da operação principal. Esse resultado poria em causa o efeito útil da proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 91).
- 289 Quanto às cláusulas de não contestação e de não comercialização, estas apenas são inerentes a algumas resoluções amigáveis, ou seja, as que se baseiam num reconhecimento da validade da patente ou das patentes em causa (v., n.º 259 *supra*). Tais cláusulas, uma vez que refletem o reconhecimento da validade da patente para cada uma das partes e que o seu alcance se limita ao da patente em causa, devem assim ser consideradas no sentido de que podem satisfazer a primeira condição da derrogação prevista pela teoria das restrições acessórias.
- 290 No que respeita à segunda condição, importa recordar que, quando uma restrição seja objetivamente necessária à realização de uma operação principal, é ainda conveniente verificar se a sua duração e o seu âmbito material, temporal e geográfico não excedem o que é necessário para a realização da referida operação. Se o âmbito da restrição exceder o que é necessário para a realização da operação ou da atividade principal, deve ser objeto de uma análise separada no âmbito do artigo 101.º, n.º 3, TFUE (Acórdão de 18 de setembro de 2001, M6 e o./Comissão, T-112/99, EU:T:2001:215, n.º 113). Por conseguinte, um acordo de resolução amigável cujas cláusulas de não contestação e de não comercialização não excedem a duração e o âmbito de aplicação da patente cuja validade reconhecia poderia beneficiar da aplicação da teoria das restrições acessórias.
- 291 Todavia, no caso em apreço, a Comissão podia, com razão, não apreciar se era necessário aplicar a teoria das restrições acessórias, uma vez que considerava que as cláusulas de não contestação e de não comercialização não se baseavam num reconhecimento da validade da patente mas numa transferência de valor do laboratório de medicamentos originais para a sociedade de genéricos que constituía um incentivo para esta sociedade renunciar a exercer uma pressão concorrencial sobre a sociedade titular

da patente. Com efeito, em tal caso, o acordo de resolução amigável constitui uma restrição de concorrência por objetivo que não pode ser qualificada de operação desprovida de caráter anticoncorrencial devido à sua neutralidade ou ao seu efeito positivo no plano da concorrência. Por outro lado, as cláusulas de não contestação e de não comercialização apenas podem ser o complemento necessário de um acordo de resolução amigável baseado num reconhecimento da validade da patente em causa pelas partes neste acordo (v. n.º 289, *supra*). Ora, perante um incentivo, a resolução amigável não é baseada em tal reconhecimento. As cláusulas de não contestação e de não comercialização não podem, então, ser consideradas necessárias a tal resolução amigável.

7) *Quanto à conciliação entre os acordos de resolução amigável em matéria de patentes e o direito americano da concorrência*

- 292 As recorrentes invocam o acórdão Actavis, alegando que a Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo dos Estados Unidos) rejeitou a abordagem adotada pela Comissão no caso em apreço. A Comissão, que referiu este acórdão na decisão recorrida (considerando 1199), alega, não obstante, que adotou a mesma abordagem da Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo dos Estados Unidos), considerando que não existia presunção de ilegalidade dos acordos de resolução amigável que incluem uma transferência de valor do laboratório de medicamentos originais para a sociedade de genéricos.
- 293 O acórdão Actavis é relativo a acordos de resolução amigável concluídos no setor farmacêutico, nos quais as sociedades de genéricos se comprometeram a não entrar no mercado até uma data anterior à data de expiração da patente da sociedade do medicamento original (65 meses antes da data de expiração da patente para a Actavis) e a promover o medicamento em causa junto dos médicos, em troca de pagamentos significativos (para a Actavis, pagamentos anuais de 19 a 30 milhões de USD durante nove anos).
- 294 Importa recordar que, segundo jurisprudência constante, as práticas nacionais, supondo que sejam comuns a todos os Estados-Membros, não se podem impor na aplicação das regras de concorrência do Tratado (v., neste sentido, Acórdão de 17 de janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, EU:C:1984:9, n.º 40) e que tal é ainda mais o caso quando se trata de práticas nacionais de países terceiros (v., neste sentido, Acórdão de 28 de fevereiro de 2002, Compagnie générale maritime e o./Comissão, T-86/95, EU:T:2002:50, n.º 341, e jurisprudência referida). A abordagem adotada pelo direito da concorrência da União no que respeita à distinção entre as restrições de concorrência por objetivo e por efeito difere, de facto, do direito da concorrência americano, que distingue as restrições de concorrência *per se*, reservadas aos casos em que os efeitos anticoncorrenciais são tão evidentes que apenas necessitam de uma abordagem rápida e à primeira vista (quick look approach), sem ter em conta o contexto, e que são necessária e irremediavelmente proibidas, das infrações que devem ser provadas segundo uma regra de razão («rule of reason»), ou seja, na sequência de um exame que pondere os efeitos positivos e anticoncorrenciais do acordo. Ora, por um lado, o direito da União não considera qualquer restrição de concorrência como necessária e irremediavelmente ilegal, uma vez que uma restrição de concorrência por objetivo pode, em princípio, estar abrangida pelas exceções previstas no artigo 101.º, n.º 3, TFUE. Por outro, conforme recordado na jurisprudência, a existência de uma regra de razão não pode ser admitida no direito da concorrência da União (Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 65; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 23 de outubro de 2003, Van den Bergh Foods/Comissão, T-65/98, EU:T:2003:281, n.º 106). Além disso, as diferenças entre os quadros regulamentares existentes nos Estados Unidos e na União, relativos, em particular, às patentes em matéria farmacêutica, tornam ainda mais difícil a transposição por analogia, no presente litígio, do alcance do acórdão Actavis (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 513).

295 Por conseguinte, o argumento das recorrentes relativo a um desconhecimento da posição da Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo dos Estados Unidos) deve ser julgado inoperante.

8) *Quanto aos efeitos por natureza ambivalentes dos acordos de resolução amigável*

296 As recorrentes consideram que os efeitos dos acordos de resolução amigável são por natureza ambivalentes e, por conseguinte, não podem ser objeto de uma qualificação de restrição de concorrência por objetivo.

297 Alegam, em primeiro lugar, que tais acordos produzem efeitos potenciais ambivalentes sobre a contestação das patentes, uma vez que existem litígios paralelos e que, nos processos no IEP, a retirada da sua oposição por uma parte não impede a prossecução do processo, podendo os seus argumentos ser evocados oficiosamente pela Divisão de Oposição ou pela Secção de Recurso do IEP. Além disso, a decisão recorrida não teve em conta o facto de os acordos de resolução amigável apenas produzirem efeitos ambivalentes sobre os litígios futuros, permanecendo as sociedades de genéricos livres para instaurarem, ou não, processos judiciais dispendiosos e estes podem revelar-se, em todo caso, inúteis em determinados Estados-Membros quando está em curso um processo no IEP.

298 Em segundo lugar, as recorrentes consideram que os efeitos potenciais destes acordos sobre a entrada dos genéricos no mercado são igualmente ambivalentes, em função dos termos dos acordos e do contexto em que ocorrem. Assim, há que ter em conta a existência do litígio e as possibilidades de sucesso das partes, a existência de outros litígios e a possibilidade de desenvolver outras formas alternativas do produto. Além disso, estes acordos podem permitir uma entrada mais rápida dos genéricos no mercado. Por último, a Comissão deveria ter em conta a capacidade e a intenção das sociedades de genéricos para realizarem uma entrada arriscada no mercado.

299 Em terceiro lugar, as recorrentes consideram que a Comissão não pode punir os acordos de resolução amigável de litígios em matéria de patentes sem apreciar os seus efeitos concretos no mercado, ao contrário da posição adotada pela Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo dos Estados Unidos) no acórdão Actavis.

300 A Comissão alega que este argumento é inoperante, uma vez que, para determinar se um acordo constitui uma restrição de concorrência por objetivo, não é necessário ter em conta os seus efeitos e que uma restrição de concorrência por objetivo pode mesmo, em determinados casos, devido a circunstâncias posteriores, não produzir qualquer efeito. A análise da restrição por objetivo não exige, assim, que sejam demonstradas quais as situações ilícitas que podem ocorrer na falta dos acordos.

301 A título subsidiário, a Comissão recorda, quanto aos efeitos dos acordos de resolução amigável sobre a contestação das patentes, que, no caso em apreço, as recorrentes se esforçaram para concluir acordos com todos os seus concorrentes potenciais e que apenas dois dos cinco acordos concluídos por estas incluíam uma cláusula que permitia uma entrada das sociedades de genéricos no mercado em caso de anulação da patente controvertida.

302 A Comissão considera, além disso, que apreciou, na decisão recorrida, a capacidade e a intenção de cada sociedade de genéricos realizar uma entrada arriscada no mercado.

303 Por último, a Comissão considera que a decisão recorrida não é incoerente com a abordagem adotada pela Supreme Court of the United States (Tribunal Supremo dos Estados Unidos) no acórdão Actavis, tendo em conta as diferenças existentes entre o conceito europeu de restrição por objetivo e o conceito americano de restrição *per se*. Recorda igualmente que a jurisprudência da União rejeita a existência de uma regra de razão, uma vez que os benefícios pró-concorrenciais de um acordo devem ser apreciados no âmbito do artigo 101.º, n.º 3, TFUE.

- 304 Há que considerar, seguindo as recorrentes, que a Comissão e o juiz não podem, no exame do objetivo restritivo de um acordo e, em particular, no âmbito da tomada em consideração do seu contexto económico e jurídico, ignorar completamente os efeitos potenciais deste acordo (Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, n.º 84). Com efeito, importa recordar que os acordos restritivos de concorrência por objetivo são os que revelam um grau suficiente de nocividade, na medida em que são de tal forma suscetíveis de produzir efeitos anticoncorrenciais que pode ser considerado inútil demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado (v., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 49 e 51, e jurisprudência referida). Daqui resulta que não podem ser considerados restritivos de concorrência por objetivo os acordos que, à luz do contexto em que se inserem, produzem efeitos potenciais ambivalentes no mercado (Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 56).
- 305 Todavia, no caso em apreço, na medida em que as recorrentes invocam principalmente, em apoio das suas alegações relativas aos efeitos potenciais ambivalentes dos acordos controvertidos, argumentos relativos a cada um destes acordos e ao seu contexto, há que responder às alegações em causa no âmbito da resposta às críticas dirigidas à qualificação de restrição por objetivo de cada acordo, tanto mais que, como sublinha pertinentemente a Comissão, a apreciação da existência de uma restrição por objetivo deve ser efetuada em relação a cada acordo no sentido de que constitui um todo, sem separar a análise do caráter restritivo das cláusulas de não contestação da cláusula das cláusulas de não comercialização.
- 306 Será assim examinada, na resposta dada aos fundamentos que criticam a apreciação de cada um dos acordos controvertidos, a questão de saber se a Comissão teve validamente em conta a existência de tal restrição apesar dos efeitos potenciais pró-concorrenciais alegados que resultam, em particular, do contexto da conclusão dos referidos acordos, sendo precisado que serão unicamente tidos em conta os que se mantêm no âmbito de análise das restrições de concorrência por objetivo (v. n.ºs 525, 644 e 989, *infra*).
- 307 Além disso, como resulta dos n.ºs 293 a 295, *supra*, as recorrentes não podem invocar utilmente o acórdão Actavis.

***b) Quanto aos critérios de qualificação de restrição por objetivo dos acordos de resolução amigável tidos em conta pela Comissão***

- 308 É à luz das considerações anteriores que importa apreciar os argumentos das recorrentes relativos especificamente a cada um dos três principais critérios tidos em conta pela Comissão para qualificar os acordos de resolução amigável em causa de restrições de concorrência por objetivo, que são, em primeiro lugar, a qualidade de concorrente potencial das sociedades de genéricos, em segundo lugar, o compromisso de estas sociedades limitarem os seus esforços para entrarem no mercado com um produto genérico e, em terceiro lugar, uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos que representa um incentivo significativo para esta limitar os seus esforços de entrada (considerando 1154 da decisão recorrida).

*1) Quanto ao critério relativo à concorrência potencial*

*i) Argumentos das partes*

[*omissis*]

*ii) Apreciação do Tribunal Geral*

316 As recorrentes acusam, em substância, a Comissão de ter cometido um erro de direito ao ter em conta critérios errados para qualificar como concorrentes potenciais as sociedades de genéricos que concluíram os acordos controvertidos com as mesmas. Criticam igualmente a apreciação, pela Comissão, dos obstáculos à existência desta concorrência potencial resultantes das suas patentes.

*– Quanto aos critérios de apreciação da concorrência potencial*

Quanto à definição do conceito de concorrente potencial

317 As recorrentes acusam a Comissão de se ter limitado, para efeitos da constatação da existência de uma concorrência potencial entre as partes nos acordos controvertidos, a verificar obstáculos intransponíveis à entrada das sociedades de genéricos no mercado e de não ter examinado se as referidas sociedades tinham possibilidades reais e concretas de entrar no mercado (v. n.º 309, *supra*).

318 Resulta efetivamente da jurisprudência referida pelas recorrentes que uma empresa constitui um concorrente potencial se existirem possibilidades reais e concretas de esta integrar o mercado em causa e concorrer com as empresas que nele estão estabelecidas. Tal demonstração não deve basear-se numa simples hipótese, mas deve ser demonstrada por elementos de facto ou por uma análise das estruturas do mercado relevante. Assim, uma empresa não pode ser qualificada como concorrente potencial se a sua entrada no mercado não corresponder a uma estratégia económica viável (Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 86; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão, T-461/07, EU:T:2011:181, n.ºs 166 e 167, e jurisprudência referida). Daí decorre necessariamente que, embora a intenção de uma empresa de integrar um mercado seja eventualmente pertinente para averiguar se esta pode ser considerada um concorrente potencial no referido mercado, o elemento essencial no qual deve assentar essa qualificação é no entanto constituído pela sua capacidade para integrar o referido mercado (Acórdão de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão, T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 168, e de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 87).

319 Noutros contextos, consta igualmente da jurisprudência que uma empresa constitui um concorrente potencial se não existirem barreiras intransponíveis à sua entrada no mercado (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de maio de 2014, Toshiba/Comissão, T-519/09, não publicado EU:T:2014:263, n.º 230, confirmado pelo Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão, C-373/14 P, EU:C:2016:26, n.ºs 28, 29, 32 e 34, e de 28 de junho de 2016, Portugal Telecom/Comissão, T-208/13, EU:T:2016:368, n.º 181).

320 Resulta assim da jurisprudência que, em função do contexto e do comportamento ilícito em causa, o limite a partir do qual a existência de uma concorrência potencial é admitida pode variar. Com efeito, o exame exclusivo aos obstáculos intransponíveis à entrada implica que qualquer possibilidade, mesmo teórica, de entrar no mercado é suficiente para demonstrar a existência de uma concorrência potencial, enquanto a análise das possibilidades reais e concretas de entrar conduz a que a existência de uma concorrência potencial apenas seja reconhecida em caso de possibilidades realistas de entrar, que poderiam traduzir-se, de facto, na falta de ato restritivo.

321 Não deixa de ser verdade que a verificação do carácter intransponível de alguns obstáculos à entrada no mercado, constituídos, no caso em apreço, principalmente pelas patentes e pela obrigação de obter uma AIM, não põe em causa o exame das possibilidades reais e concretas de entrada das sociedades de genéricos baseado no exame da sua capacidade e da sua intenção de entrar, nem apresenta uma incoerência em relação a este exame. Como sublinhou de forma pertinente a Comissão na decisão recorrida (nota n.º 1666) e na audiência, esta verificação da inexistência de obstáculos intransponíveis «serviu para verificar se, apesar da capacidade geral das sociedades de genéricos e da sua intenção

demonstrada de entrar, havia razões objetivas que tornavam a entrada dos genéricos impossível» e, assim, para completar a análise baseada no critério das possibilidades reais e concretas. Com efeito, perante obstáculos intransponíveis à entrada num mercado, não se pode considerar que um operador dispõe de possibilidades reais e concretas de nele entrar. Por conseguinte, quando um mercado é caracterizado por obstáculos à entrada, o exame objetivo do seu caráter intransponível completa de forma útil o exame das possibilidades reais e concretas, que assentam em critérios individuais de capacidade e de intenção de entrar da sociedade em causa.

322 Por conseguinte, como fazem as recorrentes, não pode ser deduzido da referência ao critério dos obstáculos intransponíveis várias vezes referido na decisão recorrida (v., nomeadamente, considerando 1125 e 1181) que a Comissão teve em conta uma definição da concorrência potencial baseada apenas neste critério.

323 É tanto mais assim que a Comissão referiu, juntamente com o Acórdão de 21 de maio de 2014, Toshiba/Comissão (T-519/09, não publicado EU:T:2014:263), que aplicou o critério dos obstáculos intransponíveis (v. n.º 319, *supra*), os Acórdãos 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), e de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181), que adotaram o critério das possibilidades reais e concretas, mencionando-os, além disso, a título de introdução da sua apresentação das regras de determinação dos concorrentes potenciais (considerando 1156 e 1157 da decisão recorrida), assim como vários outros acórdãos que recordaram e aplicaram esta definição da concorrência potencial, entre os quais o Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332) (v. n.º 318, *supra*). Por outro lado, indicou claramente que a capacidade de entrar num mercado, característica do critério das possibilidades reais e concretas (v. n.º 318, *supra*), «permanec[ia] o aspeto fundamental para demonstrar a concorrência potencial» (considerando 1163 da decisão recorrida). Por último, mas não menos importante, a Comissão, no âmbito da sua análise da qualidade de concorrente potencial de cada uma das sociedades de genéricos em causa, deduz de vários dados concretos e próprios de cada uma delas, relativos, nomeadamente, às suas capacidades de produção e às suas existências de produtos, aos seus contratos comerciais, às suas diligências com vista à obtenção da AIM e aos seus processos contenciosos contra a Servier, que tinham todas possibilidades reais e concretas de entrar no mercado (v. n.ºs 432 a 438, 579 a 585 e 718 a 722, *supra*). Ora, tal análise circunstanciada a partir dos dados próprios de cada alegado concorrente potencial é característica do exame das suas possibilidades reais e concretas de entrar no mercado e distingue-se de uma verificação limitada aos obstáculos intransponíveis a uma entrada num determinado mercado, que pode conduzir à constatação da existência de uma concorrência potencial apenas devido ao facto de um qualquer operador ter entrado no mercado em causa.

324 Estas constatações não são postas em causa pelas alegações das recorrentes segundo as quais a Comissão se baseia essencialmente na intenção das sociedades de genéricos entrarem no mercado e num acumular de hipóteses irrealistas (v. n.º 309, *supra*), uma vez que resulta dos termos da réplica que as recorrentes contestam, através destas alegações, não o critério adotado mas sim a aplicação no caso em apreço do critério das possibilidades reais e concretas, que é examinado em seguida no âmbito da resposta às alegações contra a apreciação de cada um dos acordos controvertidos.

325 Daqui resulta que, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão avaliou a concorrência potencial no mercado em causa com base no critério das possibilidades reais e concretas.

326 Além disso, pode observar-se que, contrariamente ao que afirmou a Comissão na tréplica referindo-se ao Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26) (v. n.º 312, *supra*), não podia, no caso em apreço, limitar-se a verificar a inexistência de obstáculos intransponíveis à entrada no mercado para daí deduzir a existência de uma concorrência potencial no referido mercado (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 99 a 101).

- 327 É certo que resulta dos n.ºs 28, 29, 32 e 34 do Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26), que, no que respeita aos acordos relativos à repartição de mercados, a análise do contexto económico e jurídico em que a prática se insere pode limitar-se ao que se revele estritamente necessário para concluir pela existência de uma restrição da concorrência por objetivo e, em particular, a verificar que as barreiras à entrada do mercado em causa não podiam ser qualificadas de inultrapassáveis (v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 28 de junho de 2016, Portugal Telecom/Comissão, T-208/13, EU:T:2016:368, n.ºs 177 e 181).
- 328 Todavia, importa considerar, antes de mais, que resulta do Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26), lido à luz das Conclusões do advogado-geral M. Wathelet no processo Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2015:427, n.ºs 69, 70, 89 e 90), que a limitação da análise do contexto económico e jurídico que consagra resulta do caráter particularmente evidente de determinadas restrições por objetivo que, nomeadamente por os acordos em causa não serem nem atípicos nem complexos, não exigem uma análise aprofundada do contexto económico e jurídico para demonstrar que são por natureza suficientemente nocivas.
- 329 Ora, no caso em apreço, devido ao facto de os acordos controvertidos terem sido concluídos sob a forma de resoluções amigáveis relativas às patentes, o caráter ilícito, e em particular restritivo da concorrência por objetivo, dos referidos acordos podia não ser evidente para um observador externo. A este respeito, é revelador o facto de a Comissão ter analisado simultaneamente o seu objeto e o seu efeito anticoncorrencial. Isto é igualmente confirmado pela qualificação efetuada pela Comissão dos acordos controvertidos de restrição por objetivo na aceção do Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), sem que seja necessário pronunciar-se nesta fase sobre tal qualificação. Com efeito, embora resulte do n.º 34 deste acórdão que os acordos de exclusão do mercado contrariam «de forma manifesta» a conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, o Tribunal de Justiça não declarou que os acordos em causa neste processo eram, para um observador externo, de forma manifesta ou evidente, acordos de exclusão e, assim, restrições por objetivo que não exigem uma análise detalhada do seu contexto económico e jurídico. Pelo contrário, efetuou tal análise deste contexto, bem como do contexto das cláusulas e dos objetivos dos acordos em causa para daí deduzir que eram acordos de exclusão e, por conseguinte, «de forma manifesta», acordos restritivos de concorrência por objetivo (Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, n.ºs 31 a 40).
- 330 Importa sublinhar, em seguida, que, no processo que deu origem ao Acórdão de 20 de janeiro de 2016, Toshiba Corporation/Comissão (C-373/14 P, EU:C:2016:26), as capacidades de produção e de comercialização dos produtores que participaram nas práticas controvertidas não eram contestadas e o mercado relevante não era objeto de nenhum monopólio. Ora, no caso em apreço, a capacidade de as sociedades de genéricos produzirem e comercializarem o produto controvertido é precisamente contestada, tendo em conta, nomeadamente, os direitos exclusivos que constituem as patentes das recorrentes (v. n.º 234, *supra*, e n.º 357, *infra*). Por conseguinte, não pode ser deduzido deste acórdão que a determinação do caráter restritivo da concorrência por objetivo de um acordo não exige, de forma geral e em particular em circunstâncias como as do caso em apreço, a verificação das possibilidades reais e concretas de as partes no acordo entrarem no mercado em causa.
- 331 Resulta do exposto que a alegação de aplicação de uma definição errada da concorrência potencial deve ser julgada improcedente.

Quanto ao critério da entrada suficientemente rápida

- 332 Na decisão recorrida, a Comissão, com base nos Acórdãos de 3 de abril de 2003, BaByliss/Comissão (T-114/02, EU:T:2003:100), e de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181), considerou que o elemento essencial para que uma empresa fosse qualificada como concorrente potencial era poder entrar com rapidez suficiente para

pressionar os participantes no referiu mercado. Sublinhou que, ainda que os atrasos possam refletir a dificuldade de entrar em termos de custos e de tempo e que a entrada no mercado possa ser comercialmente menos atrativa devido a estes atrasos, não punham em causa, por si só, a capacidade de entrar no mercado ou a pressão exercida sobre a Servier ou sobre as outras sociedades de genéricos. A Comissão daí deduziu, no caso em apreço, referindo as indicações temporais fornecidas nos regulamentos de isenção e nas suas orientações — nomeadamente, as Orientações sobre a aplicabilidade do artigo 101.º [TFUE] aos acordos de cooperação horizontal (JO 2011, C 11, p. 1, a seguir «Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2011»), que preveem um período que não excede três anos — assim como as durações indicativas e reais dos processos judiciais, de obtenção das AIM e de desenvolvimento dos IPA, que os atrasos alegados pelas recorrentes e pelas sociedades de genéricos não se afiguravam suficientemente longos para que o concorrente genérico não exercesse uma pressão concorrencial (considerandos 1158, 1159, 1182 e nota de rodapé n.º 1669 da decisão recorrida; v., igualmente, considerandos 1125, 1126 e 1296 da mesma decisão).

- 333 Contrariamente ao que alegam as recorrentes, esta análise, de um ponto de vista temporal, da concorrência potencial efetuada pela Comissão é conforme aos princípios aplicáveis.
- 334 Com efeito, segundo jurisprudência constante, para que um operador possa ser qualificado como concorrente potencial, a sua entrada potencial deve poder fazer-se com rapidez suficiente para exercer uma pressão concorrencial sobre os participantes no mercado (Acórdão de 14 de abril de 2011, *Visa Europe e Visa International Service/Comissão*, T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 189; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 29 de junho de 2012, *E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão*, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 114).
- 335 Esta jurisprudência teve em conta as Orientações sobre a aplicabilidade do artigo [101.º TFUE] aos acordos de cooperação horizontal (JO 2001, C 3, p. 2, a seguir «Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2001») (v., igualmente, Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2011), que não só afirmam a exigência de uma entrada com rapidez suficiente, mas fixam igualmente as durações indicativas do que pode ser uma entrada com rapidez suficiente, que não excedem, consoante o caso, um ou três anos, com base noutras orientações e nos regulamentos de isenção por categoria.
- 336 Todavia, como precisam tanto estas orientações (nota n.º 9 das Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2001 e nota n.º 3 das Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2011) como a jurisprudência (v., neste sentido, Acórdão de 14 de abril de 2011, *Visa Europe e Visa International Service/Comissão*, T-461/07, EU:T:2011:181, n.ºs 171 e 189), estes prazos são apenas indicativos e o conceito de entrada «com rapidez suficiente» depende dos factos do processo tratado, assim como do contexto jurídico e económico em que este se insere, que deverão ser tidos em conta para determinar se a empresa externa ao mercado exerce uma pressão concorrencial sobre as empresas que operam atualmente nesse mercado (v., neste sentido, Acórdão de 14 de abril de 2011, *Visa Europe e Visa International Service/Comissão*, T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 169).
- 337 Ora, no caso em apreço, por um lado, a Comissão teve em conta as especificidades do contexto económico e jurídico do caso em apreço, avaliando as durações de cada uma das etapas exigidas para entrar no mercado. Importa sublinhar que, devido precisamente às particularidades do setor farmacêutico, nomeadamente às diversas fases que devem ser cumpridas e à existência de patentes, as sociedades de genéricos iniciam frequentemente diligências para entrarem no mercado muito antes da expiração das patentes, de forma a cumprirem as fases exigidas o mais tardar no momento desta expiração. Tais diligências são, assim, suscetíveis de exercer uma pressão concorrencial na sociedade de medicamentos originais, ainda antes, ou mesmo muito antes, da expiração das patentes e da entrada efetiva das sociedades de genéricos no mercado [v. n.º 356, *infra*; v., igualmente, neste sentido, Acórdãos de 6 de dezembro de 2012, *AstraZeneca/Comissão*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 108, de

8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 163, e de 8 de setembro de 2016, Sun Pharmaceutical Industries e Ranbaxy (UK)/Comissão, T-460/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:453, n.ºs 77 a 79].

- 338 Como afirmam corretamente as recorrentes (v. n.º 311, *supra*), não pode, contudo, daí ser deduzido que uma sociedade de genéricos pode ser considerada um dos seus concorrentes potenciais logo que e apenas porque começa a desenvolver um genérico do perindopril. É certo que a Comissão afirmou, no considerando 1125 da decisão recorrida, que a concorrência potencial das sociedades de genéricos começava quando quem queria lançar um produto genérico iniciava o desenvolvimento de tecnologias comercialmente viáveis para a produção do IPA e do produto final. No entanto, resulta das referências seguintes deste considerando, que remetem para a análise posterior da qualidade de concorrente potencial de cada uma das sociedades de genéricos em causa, mas sobretudo desta análise e das considerações gerais da decisão recorrida relativas ao critério da entrada com rapidez suficiente (v. n.º 332, *supra*) que a Comissão não pretendeu começar a exercer pressão concorrencial na data do início do desenvolvimento do produto genérico, mas que pretendeu evidenciar a possibilidade de ser exercida pressão concorrencial a partir desse início, na hipótese de as condições do exercício de tal pressão estarem reunidas. Em todo caso, mesmo quando o considerando 1125 é interpretado no sentido de que fixa o começo da concorrência potencial na data do início do desenvolvimento do produto genérico, a crítica desta apreciação deve ser julgada inoperante, uma vez que a Comissão não se baseou neste considerando para deduzir a qualidade de concorrentes potenciais das sociedades de genéricos em causa. Com efeito, como sublinha de forma pertinente a Comissão, à data da apreciação da qualidade de concorrentes potenciais das sociedades de genéricos, ou seja, no momento da conclusão dos acordos controvertidos, tinha considerado que todas estas sociedades tinham atingido um nível avançado de desenvolvimento do seu perindopril e não se tinha pronunciado sobre a sua qualidade anterior de concorrente potencial, no momento em que iniciaram este desenvolvimento (v. n.º 315, *supra*).
- 339 De igual modo, é certo que a Comissão recordou, na nota n.º 1840 no considerando 1296 da decisão recorrida, o prazo de três anos referido nas Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2011, mas daí não extraiu qualquer consequência decisiva no caso em apreço, pelo que as alegações de que teve em conta este prazo, atendendo, nomeadamente, ao tempo exigido para desenvolver o perindopril (considerando 3137 da decisão recorrida), devem ser julgadas inoperantes.
- 340 Por outro lado, a Comissão baseou-se na ideia de pressão concorrencial inerente à concorrência potencial para considerar que os atrasos no processo de entrada no mercado eventualmente sofridos pelas sociedades de genéricos não bastavam, por si sós, para excluir a sua qualidade de concorrente potencial quando continuam a exercer tal pressão devido à sua capacidade de entrar e referiu, neste sentido, o Acórdão de 3 de abril de 2003, BaByliss/Comissão (T-114/02, EU:T:2003:100). Contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão baseou-se corretamente no referido acórdão, uma vez que, mesmo que o Tribunal Geral se tenha pronunciado neste acórdão sobre um contexto muito diferente do contexto do caso em apreço, não deixou de tomar posição sobre o impacto na qualidade de concorrente potencial da BaByliss de vários adiamentos da sua entrada no mercado, impacto que é precisamente analisado na decisão recorrida. O Tribunal Geral declarou, a este respeito, sem que, de resto, as recorrentes o contestem, que os adiamentos de entrada não punham em causa a qualidade de concorrente potencial da BaByliss, com base em vários elementos que confirmam o exercício de uma pressão concorrencial que resulta da sua capacidade de entrar no mercado (Acórdão de 3 de abril de 2003, BaByliss/Comissão, T-114/02, EU:T:2003:100, n.ºs 102 a 106). Assim, daqui resulta igualmente que, na medida em que o interesse, para as sociedades de genéricos, de serem as primeiras no mercado pode, no máximo, ter impacto na sua intenção de nele entrar, atendendo à importância dos lucros previstos, mas não, enquanto tal, na sua capacidade de nele entrar, a Comissão, no considerando 1182 da decisão recorrida e contrariamente ao que alegam as recorrentes, rejeitou com razão a relevância deste interesse das sociedades de genéricos para efeitos da sua apreciação dos adiamentos alegados. De facto, a capacidade de entrar no mercado deve ser apreciada à luz do critério da estratégia económica viável (v. n.º 318, *supra*), ou seja, corresponder a

uma entrada simplesmente rentável, e não à mais rentável entre as possíveis entradas no mercado, na medida em que a sociedade de genéricos em causa seria a primeira a nele entrar e, assim, a única a fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais durante um determinado período (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão, T-471/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:460, n.º 124).

341 Daqui resulta que todas as alegações contra a apreciação temporal da concorrência potencial pela Comissão devem ser julgadas improcedentes.

Quanto ao critério da perceção dos operadores em exercício

342 Na decisão recorrida, a Comissão considerou, com base nos Acórdãos de 12 de julho de 2011, Hitachi e o./Comissão (T-112/07, EU:T:2011:342), e de 21 de maio de 2014, Toshiba/Comissão (T-519/09, não publicado EU:T:2014:263), que a perceção de um operador já presente no mercado desempenhava um papel na avaliação da concorrência potencial. Com efeito, segundo a Comissão, se tal operador, que é experimentado, considerar que existe uma ameaça concorrencial da parte de sociedades de genéricos, tal ameaça pode exercer uma pressão concorrencial sobre o seu comportamento no mercado e é relevante para apreciar a concorrência potencial. Precisou, referindo o Acórdão de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181), que a concorrência potencial apenas podia ser constituída pela existência de uma empresa fora do mercado e que a mera existência podia dar lugar a uma pressão concorrencial, representada pela probabilidade de entrada (considerandos 1160 a 1162). A Comissão daqui deduziu que, para responder à questão de saber se as sociedades de genéricos exerciam uma pressão concorrencial sobre a Servier, a perceção do operador estabelecido, a Servier, e a das outras sociedades de genéricos concorrentes também seriam tidas em conta (considerando 1163). No caso em apreço, considerou que as sociedades de genéricos eram entendidas como concorrentes potenciais tanto pela Servier como pelos seus próprios rivais genéricos (considerando 1183).

343 Antes de mais, pode observar-se que a Comissão, na decisão recorrida, utilizou o critério da perceção do operador estabelecido como um critério entre outros para determinar a qualidade de concorrente potencial das sociedades de genéricos, como confirmam o advérbio «também» recordado no n.º 342, *supra*, assim como o exame dos outros critérios de apreciação da concorrência potencial para cada uma das referidas sociedades (v. n.ºs 432 a 438, 579 a 585 e 718 a 722, *infra*).

344 Ora, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a utilização do critério da perceção do operador estabelecido como um critério de apreciação, entre outros, da concorrência potencial é conforme à jurisprudência aplicável no caso em apreço tal como invocada pelas recorrentes.

345 Com efeito, contrariamente ao que alegam as recorrentes, o Tribunal Geral teve claramente em conta o critério da perceção do operador estabelecido no Acórdão de 12 de julho de 2011, Hitachi e o./Comissão (T-112/07, EU:T:2011:342), para demonstrar a existência de uma concorrência potencial. Assim, resulta dos n.ºs 90, 226 e 319 deste acórdão, recordados no considerando 1160 da decisão recorrida, que não só os acordos em causa concluídos entre produtores europeus e japoneses constituíam indícios sérios de que estes eram considerados pelos primeiros concorrentes potenciais credíveis, mas igualmente que revelavam a existência de possibilidades para os produtores japoneses de entrarem no mercado europeu (v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 21 de maio de 2014, Toshiba/Comissão, T-519/09, não publicado EU:T:2014:263, n.º 231). É certo que o Tribunal Geral também efetuou uma análise objetiva da concorrência potencial, examinando, nomeadamente, a capacidade de os produtores japoneses entrarem no mercado europeu (Acórdão de 12 de julho de 2011, Hitachi e o./Comissão, T-112/07, EU:T:2011:342, n.ºs 157 e 160), como, aliás, afirmou a Comissão no considerando 1160 da decisão recorrida. Todavia, esta análise objetiva apenas demonstra que o critério subjetivo da perceção do operador estabelecido constitui unicamente um critério entre outros para apreciar a existência de uma concorrência potencial.

346 No Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 115), invocado pelas recorrentes, o Tribunal Geral declarou que a existência de um acordo, e assim a perceção das partes neste acordo, não bastava, por si só, para demonstrar ou não implicava necessariamente a existência de uma concorrência potencial à data da assinatura do acordo. Contrariamente ao que alegam as recorrentes, este acórdão não concluiu que o critério da perceção do operador estabelecido não era pertinente, mas unicamente que a mera perceção deste operador era insuficiente para demonstrar a existência de uma concorrência potencial na falta de qualquer outro elemento suscetível de permitir tal demonstração.

347 Daqui resulta que, segundo a jurisprudência, o critério da perceção do operador estabelecido é um critério pertinente, mas não suficiente, para apreciar a existência de uma concorrência potencial. Com efeito, como sublinham de forma relevante as recorrentes, tendo em conta sua natureza subjetiva e, assim, variável consoante os operadores em causa, o seu conhecimento do mercado e as suas relações com os seus hipotéticos concorrentes, a perceção destes operadores, mesmo experimentados, não permite, por si só, considerar que outro determinado operador é um dos seus concorrentes potenciais. Em contrapartida, esta perceção é suscetível de confirmar a capacidade de um operador entrar num mercado e, deste modo, de contribuir para a sua qualificação como concorrente potencial [v., neste sentido, Acórdãos de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 103 e 104, e de 8 de setembro de 2016, Sun Pharmaceutical Industries e Ranbaxy (UK)/Comissão, T-460/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:453, n.º 88].

348 Os argumentos das recorrentes contra a tomada em consideração, pela Comissão, da perceção dos operadores estabelecidos para demonstrar a existência de uma concorrência potencial devem, por conseguinte, ser julgados improcedentes.

– *Quanto aos obstáculos à concorrência potencial constituídos pelas patentes das recorrentes*

349 As recorrentes e a interveniente criticam a Comissão por ter qualificado as sociedades de genéricos como concorrentes potenciais da Servier apesar dos obstáculos à sua entrada no mercado constituídos pelas patentes de que a Servier era titular.

350 Na decisão recorrida, a Comissão considerou que as partes tinham erradamente afirmado, com base no Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão (T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362), que a entrada no mercado era impossível, com o fundamento de que a existência de uma patente excluía qualquer possibilidade de concorrência, e daí concluiu que as patentes da Servier criavam um «bloqueio unidirecional» na aceção das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, que, além, não são aplicáveis no caso em apreço (considerandos 1167 e 1168, assim como nota n.º 1638).

351 A Comissão acrescentou que, em todo caso, as sociedades de genéricos tinham a possibilidade, em primeiro lugar, de contestar a validade das patentes da Servier. Recordou, a este respeito, o Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão (193/83, EU:C:1986:75, n.º 92), nos termos do qual é do interesse público eliminar, nomeadamente através de ações que contestem a validade das patentes, qualquer obstáculo à atividade económica que possa decorrer de uma patente concedida erradamente, assim como o Acórdão de 6 de dezembro de 2012, AstraZeneca/Comissão (C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 108), que afirmou que a concorrência potencial podia existir mesmo antes da expiração da patente de molécula (considerandos 1132, 1165 e 1169, assim como nota n.º 1640 da decisão recorrida). A Comissão acrescentou que o facto de a Servier ter invocado, ou pretender invocar, uma contrafação das suas patentes era irrelevante para determinar se estas patentes eram suscetíveis de bloquear a entrada dos medicamentos genéricos, sublinhando a inexistência de presunção de contrafação e a inexistência de uma decisão judicial que, durante o período pertinente, tenha constatado tal contrafação (considerandos 1169 a 1171 da decisão recorrida). Precisou que se baseou, no que respeita à possibilidade reconhecida de invalidade ou de contrafação das patentes da

Servier, nas avaliações realizadas pelas próprias partes e por terceiros, tais como constam de documentos anteriores ou contemporâneos da conclusão dos acordos controvertidos (considerando 1172 da decisão recorrida).

352 A Comissão considerou que as sociedades de genéricos tinham igualmente a possibilidade, em segundo lugar, de recorrerem a vias alternativas para acederem aos mercados onde decorriam os litígios (considerando 1175). Por um lado, as sociedades de genéricos continuavam a ter liberdade para lançar o perindopril por sua conta e risco, ou seja, com o risco de a sociedade de medicamentos originais instaurar uma ação de contrafação. A Comissão sublinhou, a este respeito, que, tendo em conta a prática do registo de patentes de processo no seguimento da expiração da patente de molécula, quase todas as vendas após esta expiração estavam em risco e que a entrada no mercado por sua conta e risco da Apotex em 2006 resultou numa decisão de invalidade da patente 947 e no pagamento de uma indemnização pela Servier (considerandos 1176 e 1177 da decisão recorrida). Por outro lado, as sociedades de genéricos podiam ter adaptado os seus processos, quer diretamente, quer mudando de fornecedor de IPA, para evitar as alegações de contrafação. Apesar de eventualmente serem fonte de atrasos regulamentares, estas mudanças representavam, segundo a Comissão, uma via alternativa viável para aceder ao mercado (considerando 1178 da decisão recorrida).

353 A Comissão concluiu, no considerando 1179 da decisão recorrida, o seguinte:

«[...] as resoluções amigáveis foram concluídas num contexto em que a patente de molécula tinha expirado e em que todas as sociedades de genéricos estavam implicadas, direta ou indiretamente, em ações judiciais ou litígios relativos a uma ou várias das restantes patentes da Servier, quer na forma de defesa contra as ações de contrafação quer através de ações ou pedidos reconventionais destinados a invalidar as referidas patentes. As sociedades de genéricos podiam igualmente escolher outras medidas patenteáveis como potenciais pistas de acesso ao mercado. A Comissão examinará detalhadamente se as sociedades de genéricos que pretendem ultrapassar os obstáculos em matéria de patentes e lançar o seu perindopril genérico eram uma fonte de pressão concorrencial em relação à Servier apesar das suas patentes. Importa recordar, a este respeito, que todos os acordos visados pela presente decisão foram concluídos num momento em que existia incerteza quanto à questão de saber se alguma das patentes tinha sido violada e, em particular, se a patente 947 podia ser inválida. A simples existência e a invocação das patentes da Servier não impediram, assim, qualquer possibilidade de concorrência potencial ou real.»

354 As recorrentes e a interveniente alegam, em substância, que esta análise da Comissão ignora os efeitos associados a uma patente declarada ou presumivelmente válida, tais como previstos pelos textos ou reconhecidos pela jurisprudência. Por outro lado, criticam a Comissão por ignorar as Orientações de 2004 e as Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, assim como determinadas considerações que emitiu na sua apreciação do abuso de posição dominante da Servier na decisão recorrida e noutras decisões.

Quanto à inobservância dos efeitos das patentes da Servier declaradas ou presumivelmente válidas

355 Segundo as recorrentes e a interveniente, uma patente presumidamente válida constitui, pelo menos desde a declaração de validade e até à sua expiração, uma proibição legal de penetração do mercado que impede qualquer concorrência potencial.

356 Todavia, resulta do n.º 108 do Acórdão de 6 de dezembro de 2012, AstraZeneca/Comissão (C-457/10 P, EU:C:2012:770), referido pela Comissão na decisão recorrida (v. n.º 351, *supra*), que pode existir concorrência potencial num mercado mesmo antes da expiração de uma patente. Mais precisamente, o Tribunal de Justiça declarou que os certificados complementares de proteção que visam prolongar os efeitos de uma patente geravam um efeito de exclusão significativo após a expiração das patentes, mas eram igualmente suscetíveis de alterar a estrutura do mercado afetando a concorrência potencial mesmo antes desta expiração, sendo esta constatação relativa ao exercício de

uma concorrência potencial antes da expiração das patentes independente do facto de os certificados complementares de proteção em causa terem sido obtidos de forma fraudulenta e irregular (Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 164). Assim, o direito exclusivo que constitui a patente não impede, enquanto tal, a implementação de uma concorrência potencial durante o período de exclusividade em causa.

357 Com efeito, embora, como sublinham as recorrentes e a interveniente, tal direito exclusivo tenha normalmente por consequência afastar os concorrentes, estando estes obrigados a respeitar este direito exclusivo em virtude da regulamentação pública (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362; v., igualmente, n.º 234, *supra*), este efeito de exclusão da concorrência é relativo aos concorrentes reais que comercializam produtos contrafeitos. A patente confere ao seu titular o direito exclusivo de utilizar uma invenção com vista à produção e de primeira entrada em circulação de produtos industriais, bem como o direito de se opor a qualquer contrafação (Acórdãos de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, n.º 9, e de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, n.º 46; v., igualmente, n.º 234, *supra*), mas não se opõe, por si só, a que os operadores iniciem as diligências exigidas para poderem entrar no mercado em causa no momento da expiração da patente e, assim, exerçam uma pressão concorrencial sobre o titular da patente característica da existência de uma concorrência potencial antes desta expiração. Também não se opõe a que os operadores procedam às operações necessárias para a produção e a comercialização de um produto não contrafeito, que lhes permite ser considerados concorrentes reais do titular da patente desde a sua entrada no mercado e, eventualmente, concorrentes potenciais até esta entrada (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 164).

358 É tanto mais assim no setor farmacêutico, no qual a legislação relativa à concessão das AIM que são exigidas para que um medicamento possa ser comercializado no mercado permite às autoridades competentes concederem uma AIM para um produto genérico mesmo quando o produto de referência está protegido por uma patente. Com efeito, resulta da Diretiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano (JO 2001, L 311, p. 67), conforme alterada, que os pedidos de AIM para produtos genéricos podem seguir um procedimento abreviado assente nos resultados dos testes e dos ensaios comunicados no pedido de AIM do produto original e que os dados relativos a estes resultados podem ser utilizados e permitem, deste modo, a concessão de uma AIM antes da expiração da patente sobre o produto original (artigo 10.º da Diretiva 2001/83; v., igualmente, considerando 74 e 75 da decisão recorrida). Assim, a própria legislação relativa à comercialização de produtos farmacêuticos prevê que uma sociedade de genéricos pode entrar no mercado graças a uma AIM legalmente concedida ou, pelo menos, iniciar o processo de obtenção da AIM, no decurso do período de proteção da patente da sociedade de medicamentos originais. Contrariamente ao que alegam as recorrentes, o mesmo sucede nas legislações nacionais de transposição da Diretiva 2001/83, uma vez que resulta do relatório final da investigação setorial da Comissão no setor farmacêutico de 8 de julho de 2009, no qual se baseiam, que as autoridades eslovacas alteraram a sua legislação neste sentido e que as autoridades húngaras exigem apenas uma «declaração de patente» através da qual a sociedade de genéricos se compromete a não comercializar um produto contrafeito antes da expiração da patente em causa. O facto, sublinhado pelas recorrentes, de um correio eletrónico interno da Servier referir que «se afigura que os processos perindopril [de determinadas sociedades de genéricos] estão bloqueados pela [autoridade regulamentar eslovaca] enquanto a patente 947 está em vigor» não é suscetível de pôr em causa esta constatação.

359 Além disso, o sistema de proteção das patentes está concebido de tal modo que, embora as patentes sejam presumivelmente válidas desde o seu registo (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362), esta presunção de validade não implica *ipso facto* o caráter contrafeito de todos os produtos introduzidos no mercado (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 121 e 122). Como sublinha corretamente a Comissão na decisão recorrida (v.

n.º 351, *supra*) e sem que isso seja especificamente contestado pelas recorrentes, não existe presunção de violação, devendo tal contrafação ser constatada por um juiz. Com efeito, como resulta do Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão* (193/83, EU:C:1986:75, n.º 52), se um operador privado titular de uma patente podia substituir pela sua própria apreciação da existência de uma violação ao seu direito de patente a apreciação da autoridade competente, poderia utilizar esta apreciação para alargar o âmbito de proteção da sua patente (v., igualmente considerando 1171 e nota de rodapé n.º 1642 da decisão recorrida). Por conseguinte, um operador pode assumir o risco de entrar no mercado com um produto, mesmo que seja potencialmente violador da patente em vigor, uma vez que esta entrada ou este lançamento por sua conta e risco (v., nomeadamente, considerandos 75 e 1176 da decisão recorrida) podem ter êxito se o titular da patente renunciar à propositura de uma ação de contrafação ou se esta ação de contrafação for julgada improcedente na hipótese de ser instaurada (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, *Lundbeck/Comissão*, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 128 e 165). Há que precisar, a este respeito, que tal possibilidade de entrar por sua conta e risco no mercado contribui para demonstrar que as patentes não constituem obstáculos intransponíveis à entrada no mercado das sociedades de genéricos, mas não implica por si só que estas dispõem de possibilidades reais e concretas de nele entrarem, as quais dependem da sua capacidade e da sua intenção de proceder a tal entrada arriscada.

- 360 Contrariamente ao que alega a interveniente, esta abordagem da Comissão não elide a presunção de validade associada às patentes, admitindo a existência de uma concorrência potencial, a menos que a validade da patente tenha sido confirmada por um tribunal e que a contrafação da patente válida tenha sido constatada por um tribunal. Com efeito, a interveniente baseia-se numa leitura errada da decisão recorrida, uma vez que a Comissão considerou, em substância e corretamente (v. n.ºs 357 a 359, *supra*), não que a patente era presumivelmente inválida até à adoção de uma decisão jurisdicional relativa à sua validade e à existência de uma contrafação, mas que, até à adoção de tal decisão, a presunção de validade da patente não impedia uma entrada arriscada no mercado (considerandos 1171 e 1176 da decisão recorrida).
- 361 Importa sublinhar que a mesma falta de presunção de violação é aplicável em caso de declaração de validade da patente em causa por uma autoridade competente. Com efeito, uma vez que uma patente não impede, enquanto tal, a entrada efetiva ou potencial de concorrentes no mercado, a declaração de validade da referida patente, se não for conjugada com uma declaração de contrafação, também não exclui tal concorrência. Assim, contrariamente ao que alegam as recorrentes, o facto de a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 ter declarado a patente 947 válida não basta, por si só, para impedir o desenvolvimento de uma concorrência potencial.
- 362 Estas considerações não são postas em causa pela jurisprudência referida pela interveniente.
- 363 Com efeito, por um lado, os Acórdãos 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), e de 29 de junho de 2012, *E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão* (T-360/09, EU:T:2012:332), não eram relativos a direitos de propriedade intelectual, mas tinham por objeto direitos exclusivos que impediam, juridicamente ou de facto, a prestação dos serviços em causa e o acesso às infraestruturas. Além disso, mesmo considerando que os «monopólios territoriais de facto» referidos no Acórdão de 29 de junho de 2012, *E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão* (T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 102) se assemelham aos direitos exclusivos que constituem as patentes (v. n.º 234, *supra*), resulta deste acórdão que o Tribunal Geral deduziu a falta de concorrência potencial não da mera existência destes monopólios mas do facto de a Comissão não ter demonstrado de forma juridicamente bastante que existiam possibilidades reais e concretas de outro fornecedor de gás integrar o mercado alemão do gás apesar dos referidos monopólios, admitindo, desse modo, que tais monopólios não eram, em si mesmos, suficientes para excluir a existência de uma concorrência potencial (v., neste sentido, Acórdão de 29 de junho de 2012, *E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão*, T-360/09, EU:T:2012:332, n.ºs 103 a 107).

- 364 Por outro lado, embora os Acórdãos de 31 de maio de 1979, Hugin Kassaregister e Hugin Cash Registers/Comissão (22/78, EU:C:1979:138), e de 6 de outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão (T-83/91, EU:T:1994:246), sejam relativos a direitos de propriedade intelectual e, em particular, no que respeita ao segundo, a patentes, não pode, contudo, ser daí deduzido que as patentes e os outros direitos de propriedade intelectual em causa constituem obstáculos intransponíveis a uma entrada no mercado que exclui a existência de uma concorrência potencial. Com efeito, no Acórdão de 31 de maio de 1979, Hugin Kassaregister e Hugin Cash Registers/Comissão (22/78, EU:C:1979:138, n.º 9), o Tribunal de Justiça deduziu a existência de um monopólio, como, de resto, admitiu a parte recorrente, e assim a falta de concorrência efetiva no mercado das peças sobressalentes para as caixas registadoras fabricadas pela referida parte, de um conjunto de «razões de ordem comercial», entre as quais, mas não apenas — como aliás resulta mais explicitamente do relatório de audiência neste processo (p. 1885) —, a legislação do Reino Unido sobre os desenhos e modelos e o direito de autor. De igual modo, é certo que no Acórdão de 6 de outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão (T-83/91, EU:T:1994:246, n.º 110), o Tribunal Geral considerou que as várias patentes em causa constituíam um obstáculo à chegada de novos concorrentes no mercado das máquinas asséticas. Todavia, não é possível daqui deduzir que as patentes eram consideradas enquanto tais como obstáculos intransponíveis à entrada no mercado em causa, tendo em conta a pluralidade das patentes em causa, sublinhada pelo Tribunal Geral, a existência de barreiras tecnológicas, igualmente tidas em conta para concluir pela existência de obstáculos, e, sobretudo, a presença de um concorrente que detém 10% do mercado em causa.
- 365 As considerações referidas também não são postas em causa pelo artigo 9.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48, igualmente referido pela interveniente, que prevê que os Estados-Membros devem garantir que as autoridades judiciais possam proferir contra o alegado infrator um despacho de medidas provisórias destinado a evitar qualquer violação iminente a um direito de propriedade intelectual ou a proibir a título provisório que as presumíveis violações a este direito continuem.
- 366 É certo que tais despachos de medidas provisórias ou injunções provisórias impedem a entrada de um alegado infrator no mercado e, assim, o exercício de uma concorrência real neste mercado durante o período de vigência determinado pelos referidos despachos. Todavia, tendo em conta este caráter provisório e na falta de decisão definitiva sobre a existência de uma contrafação para constatar tal contrafação e adotar as medidas corretivas que se impõem, estes despachos de medidas provisórias ou injunções são unicamente obstáculos temporários e não obstáculos intransponíveis que impedem a realização de diligências que visam comercializar o produto que alegadamente é contrafeito e, assim, a implementação de uma concorrência potencial.
- 367 Com efeito, atendendo ao tempo limitado de análise de que dispõe a autoridade competente para tomar a sua decisão e às condições exigidas pelo artigo 9.º, n.º 3, da Diretiva 2004/48 para que uma medida provisória seja ordenada, em particular, a convicção com um grau de certeza suficiente da violação de um direito de propriedade intelectual, a adoção de tais decisões provisórias assenta apenas numa apreciação à primeira vista, necessariamente sumária, da alegada contrafação, a qual deverá ser confirmada ou, se necessário, excluída na sequência de uma apreciação mais aprofundada das condições exigidas para concluir pela existência de uma contrafação. Por outro lado, as sociedades de genéricos visadas dispõem da possibilidade de impedirem a adoção de uma decisão desfavorável, não apenas pela apresentação de argumentos contrários no âmbito do processo principal, mas igualmente pela contestação em paralelo da validade da patente em causa através de um pedido reconvenional de invalidade desta patente. Assim, a adoção de um despacho ou de uma injunção provisória, e *a fortiori* o simples risco de tal despacho ou injunção ser adotado, tendo em conta, nomeadamente, a adoção de tais decisões provisórias em relação a outras sociedades de genéricos, não pode, enquanto tal, permitir a exclusão da qualidade de concorrente potencial da sociedade de genéricos efetiva ou potencialmente visada por este tipo de decisão.
- 368 Além disso, uma decisão substantiva que constitui a existência de uma contrafação apresenta, por si só, um caráter provisório desde que as vias de recurso possíveis não se tenham esgotado. Com efeito, ao contrário do que alega a interveniente, a Comissão entendeu, corretamente, nos considerandos 1132

e 1169 da decisão recorrida, que a contestação das patentes e das decisões relativas a estas patentes constituía uma «expressão [...] da concorrência» em matéria de patentes. Com efeito, atendendo ao risco de contrafação a que está exposta qualquer sociedade de genéricos e à incompetência dos operadores privados para apreciarem a realidade da contrafação, anteriormente referidos (v. n.º 359, *supra*), a ação contenciosa constitui um dos meios à disposição da sociedade de genéricos para reduziu este risco e entrar no mercado, obtendo quer uma declaração de não contrafação, quer uma invalidação da patente potencialmente contrafeita (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 122). Daqui resulta igualmente que, desde que as vias contenciosas estejam abertas à sociedade de genéricos para contestar as patentes em causa e a sua contrafação e, assim, abrir-lhe um acesso ao mercado, pode considerar-se que as referidas patentes não constituem, em princípio, obstáculos intransponíveis a este acesso.

Quanto à inobservância das Orientações de 2004 e das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia

369 Não pode considerar-se que as Orientações de 2004 e as Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, mesmo admitindo que são aplicáveis no caso em apreço, foram ignoradas pela Comissão na decisão recorrida.

370 Em primeiro lugar, contrariamente ao que alegam as recorrentes e a interveniente, as decisões que declaram a validade das patentes em causa, e em particular a decisão do IEP de 27 de julho de 2006, não confirmam uma «situação de bloqueio» que resulta das patentes considerada pelas Orientações de 2004 e pelas Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia como impeditiva da implementação de uma concorrência potencial. Com efeito, tanto nas Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia (n.º 32) como nas Orientações de 2014 (n.º 32), as situações de bloqueio são definidas como aquelas em que um operador não pode penetrar no mercado sem violar os direitos de propriedade intelectual de outro operador. Ora, importa recordar que as decisões que declaram a validade de uma patente não impedem, por si só, uma entrada arriscada no mercado e que esta apenas poderia ser impedida por uma decisão que declarasse uma infração ao direito de propriedade intelectual em causa, ou seja, uma contrafação da patente em causa (v., n.ºs 359 e 361 *supra*). Assim, as «decisões judiciais» mencionadas nas Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia (n.º 32) e as «decis[ões] judic[i]a[is] definitiva[s]» referidas nas Orientações de 2014 (n.º 33), uma vez que provam de certa maneira a existência de uma situação de bloqueio remetem, não para as decisões que declaram a validade de uma patente, mas para as que declaram a contrafação desta patente.

371 Em segundo lugar, contrariamente ao que alegam as recorrentes, as recomendações das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia referentes à análise da concorrência potencial na falta de situação de bloqueio estabelecida por uma decisão judicial também não foram ignoradas pela Comissão. Importa recordar, a este respeito, que, em virtude do n.º 31 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, um operador «pode ser considerado um concorrente potencial no mercado do produto se, na ausência do acordo, tivesse provavelmente realizado os investimentos suplementares necessários para entrar no mercado relevante em reação a um aumento ligeiro, mas permanente, dos preços dos produtos» e «[a] probabilidade de entrada deve ser apreciada em termos realistas, ou seja, com base nos factos do caso em apreço». Por outro lado, segundo o n.º 33 destas mesmas orientações:

«Na ausência de certeza, por exemplo, sob a forma de uma decisão judicial definitiva de que existe uma posição de bloqueio, as partes, ao examinar se são concorrentes potenciais, terão de basear-se em todos os elementos de prova disponíveis na altura, nomeadamente a possibilidade de os direitos de propriedade intelectual serem infringidos e a questão de saber se existem possibilidades reais de contornar os direitos de propriedade intelectual existentes. Investimentos significativos já efetuados ou

planos avançados para entrar num determinado mercado podem apoiar o ponto de vista de que as partes são, pelo menos, concorrentes potenciais, mesmo que não possa ser excluída uma posição de bloqueio [...]».

372 Ora, como resulta dos n.ºs 323 e 325, *supra*, no caso em apreço, a Comissão aplicou o critério das possibilidades reais e concretas para demonstrar a qualidade de concorrentes potenciais das sociedades de genéricos em causa e, assim, baseou-se, em conformidade com os referidos números das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, não na falta de impossibilidade de entrada, mas na possibilidade de entrada avaliada com base em termos realistas e nos elementos de prova disponíveis relativos, nomeadamente, à situação contenciosa das partes, ao progresso do desenvolvimento dos seus produtos e das suas diligências com vista à obtenção da AIM (v., igualmente, n.ºs 432 a 438, 579 a 585 e 718 a 722, *infra*). Além disso, se os argumentos das recorrentes forem de interpretar no sentido de que visam pôr em causa a constatação, pela Comissão, de uma probabilidade de entrada no mercado das sociedades de genéricos, serão adiante examinados no âmbito da análise das alegações que contestam a qualidade de concorrente potencial de cada uma destas sociedades.

373 Importa também acrescentar que, contrariamente ao que alega a interveniente, resulta precisamente desta análise das probabilidades de entrada no mercado das sociedades de genéricos, tal como exigida pelas Orientações de 2004 e pelas Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia e efetuada pela Comissão, que a existência de uma concorrência potencial não se deduz *ipso facto* da falta de situação de bloqueio estabelecida, mas que exige, para ser demonstrada, uma verdadeira análise que pode conduzir a que a qualidade de concorrente potencial não seja reconhecida a uma sociedade apesar da falta de situação de bloqueio resultante das patentes.

Quanto à contradição na decisão recorrida

374 Segundo as recorrentes, a posição da Comissão contradiz as suas apreciações na decisão recorrida relativas ao abuso de posição dominante da Servier. Em particular, criticam a Comissão por ter reconhecido de forma contraditória o poder de exclusão das patentes da Servier na parte da decisão recorrida consagrada ao abuso de posição dominante da Servier (considerandos 2572, 2857 e 2972) e afastado o risco de exclusão das sociedades de genéricos do mercado em consequência destas patentes na parte da decisão recorrida relativa ao artigo 101.º TFUE.

375 Esta alegação de contradição pode ser afastada desde esta fase, sem que seja necessário uma pronúncia sobre a definição dos mercados pertinentes pela Comissão no âmbito da sua análise dos efeitos restritivos de concorrência dos acordos controvertidos e do abuso de posição dominante da Servier.

376 Com efeito, importa assinalar, em primeiro lugar, que, se a Comissão concluiu efetivamente, na decisão recorrida (considerandos 2857 e 2972), pela falta de fonte efetivamente viável de concorrência no mercado, o conceito de viabilidade utilizado nestes considerandos para definir o mercado em causa, ou seja, o mercado a montante da tecnologia para a produção do IPA de perindopril, e determinar a existência de uma posição dominante neste mercado para efeitos da aplicação do artigo 102.º TFUE, difere do utilizado para determinar o carácter economicamente viável de uma entrada no mercado no âmbito da aplicação do artigo 101.º TFUE. De facto, é entendido mais amplamente no sentido de que visa uma «viabilidade económica e regulamentar» e esta viabilidade regulamentar é entendida estritamente no sentido de que está excluída, uma vez que existe uma patente no mercado que impede a consideração de que a tecnologia em causa é substituível pela que está abrangida pela patente (nota n.º 3386 da decisão recorrida; v., igualmente, considerandos 2748 e 2754 da decisão recorrida). Pode ainda observar-se, para afastar a relevância, no caso em apreço, das apreciações efetuadas pela Comissão nos considerandos 2857 e 2972 da decisão recorrida, que estas são relativas à existência de uma concorrência real e efetiva no mercado em causa e não às perspetivas de entrada no mercado de concorrentes potenciais.

377 Importa também observar, em segundo lugar, que, nas outras passagens da decisão recorrida referidas pelas recorrentes e pela interveniente (considerandos 2571 e 2572), consagradas à definição do mercado do produto final e à determinação da existência de uma posição dominante neste mercado, a Comissão considerou, em substância, que as patentes da Servier eram barreiras significativas mas não absolutas à entrada no mercado, em conformidade com a sua apreciação da concorrência potencial neste mercado.

Quanto à contradição entre a decisão recorrida e as outras decisões da Comissão

378 Segundo as recorrentes e a interveniente, a posição da Comissão contradiz algumas das suas decisões anteriores [Decisão 94/770/CE da Comissão, de 6 de outubro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo [101.º TFUE] e do artigo 53.º do Acordo EEE (processo IV/34.776 — Pasteur Merieux/Merck) e Decisão C (2013) 8535 final da Comissão, de 26 de novembro de 2013, relativa a um processo de aplicação do artigo 6.º do Regulamento n.º 139/2004 (processo COMP/M.6944 — Thermo Fisher Scientific/Life Technologies)]. Enquanto, nestas outras decisões, a Comissão deduziu da existência das patentes ou de litígios em matéria de patentes a inexistência de forte pressão concorrencial das sociedades de genéricos, na decisão recorrida considerou, apesar da existência destes mesmos litígios que podem conduzir à exclusão das sociedades de genéricos do mercado, que estas eram concorrentes potenciais da Servier capazes de exercer uma forte pressão concorrencial sobre o perindopril da Servier.

379 Há que considerar, a este respeito, que a decisão recorrida, em todo caso, não contradiz as decisões da Comissão referidas pelas recorrentes e a interveniente. Com efeito, importa recordar, antes de mais, que, na medida em que as patentes não constituem, em princípio, obstáculos intransponíveis à entrada de um concorrente no mercado, mas podem criar tais obstáculos segundo o resultado do processo em matéria de patentes e ter impacto nas possibilidades reais e concretas de nele entrar (v. n.ºs 359 a 368, *supra*, e 442 a 453, 589 a 597 e 726 a 735, *infra*), não é de excluir que a Comissão, em algumas das suas decisões, entre as quais, nomeadamente, as duas decisões referidas, se tenha podido basear na existência de patentes para daí inferir a falta de concorrência potencial. Há que observar, em seguida, que, nestas duas decisões, a Comissão teve em conta a existência de barreiras à entrada no mercado ou a falta de concorrência potencial não apenas com base na existência de patentes ou de litígios em matéria de patentes, mas igualmente com base noutros fatores, tais como a dificuldade de obter as AIM, a importância dos investimentos exigidos ou as relações comerciais existentes, pelo que não pode ser deduzido que a existência de patentes ou de litígios em matéria de patentes impede, enquanto tal, o desenvolvimento da concorrência potencial.

380 Resulta do exposto que a Comissão considerou sem cometer um erro que as patentes da Servier não constituíam no caso em apreço obstáculos intransponíveis à entrada das sociedades de genéricos no mercado. Com efeito, à data da conclusão dos acordos controvertidos, nenhuma decisão definitiva sobre uma ação de contrafação tinha constatado o caráter contrafeito dos produtos das referidas sociedades.

381 Resta agora determinar se a Comissão também considerou corretamente que as sociedades de genéricos, tendo em conta as características específicas de cada uma, tinham possibilidades reais e concretas de entrar no mercado em causa e, para tal, de responder aos argumentos que põem em causa a existência de tais possibilidades avançadas no âmbito da argumentação específica relativa a cada um dos acordos controvertidos. Há que precisar, nesta fase, que tal exame das alegações contra a apreciação, pela Comissão, das possibilidades reais e concretas das sociedades de genéricos de entrar no mercado deve ser efetuado à luz dos quatro princípios e considerações seguintes.

382 Em primeiro lugar, importa recordar que resulta da jurisprudência relativa à determinação da existência de possibilidades reais e concretas de entrar num mercado (v. n.º 318, *supra*) que o elemento essencial no qual deve assentar a qualificação de concorrente potencial é constituído pela capacidade de uma empresa integrar o referido mercado e que a sua intenção de integrar este

mercado, sendo relevante para verificar se pode ser considerada uma concorrente potencial, apenas ocorre a título complementar. Mais precisamente, a intenção de entrar num mercado não é nem necessária para o reconhecimento da existência de uma concorrência potencial no referido mercado (Acórdão de 14 de abril de 2011, *Visa Europe e Visa International Service/Comissão*, T-461/07, EU:T:2011:181, n.º 169), nem suscetível de pô-la em causa, mas não deixa de ser, quando está demonstrada, suscetível de confirmar a capacidade de entrar no mercado e, assim, de contribuir para a qualificação de um determinado operador como concorrente potencial.

383 Daqui resulta igualmente que o critério relativo à correspondência da entrada no mercado a uma estratégia económica viável, exigida pela referida jurisprudência, não constitui um critério autónomo e distinto do critério principal da capacidade para entrar no mercado e do critério complementar da intenção de nele entrar (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, *Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão*, T-471/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:460, n.º 81). Com efeito, por um lado, é referido nos acórdãos em causa como uma explicitação do caráter real e concreto das possibilidades de entrada no mercado e é anterior ao anúncio do critério principal da capacidade de nele entrar e do critério complementar da intenção de nele entrar, apresentados como daí «decorrent[es] necessariamente». Por outro lado, estes mesmos acórdãos não o examinam distinta e independentemente da verificação da capacidade e da intenção de entrar no mercado, uma vez que pode razoavelmente ser deduzido do facto de uma empresa ter simultaneamente a capacidade de entrar no mercado, atendendo aos seus meios de produção e de comercialização, assim como aos seus recursos financeiros, e a intenção de nele entrar, tendo em conta, nomeadamente, as perspetivas de lucro e de rentabilidade, que esta entrada corresponde a uma estratégia económica viável para a empresa em causa.

384 Em segundo lugar, como considerou corretamente a Comissão na decisão recorrida (considerando 1172; v., igualmente, n.º 351, *supra*), as avaliações realizadas pelas próprias partes quanto às possibilidades de invalidação ou de contrafação das patentes das recorrentes podem ser tidas em conta para determinar se as sociedades de genéricos tinham possibilidades reais e concretas de entrar no mercado (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, *Lundbeck/Comissão*, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 141). Com efeito, na falta de decisão de uma autoridade pública relativa à contrafação e à validade das patentes da Servier, as avaliações realizadas pelas próprias partes quanto às possibilidades de invalidação ou de contrafação destas patentes são suscetíveis de dar uma indicação quanto às intenções, nomeadamente contenciosas, destas partes. Em particular, quanto estas são, de facto, sociedades de genéricos, podem contribuir para demonstrar a sua intenção, tendo em conta a sua perceção subjetiva das patentes em causa, de entrar no mercado, mas não, enquanto tais, a sua capacidade de nele entrar, atendendo à competência exclusiva dos órgãos jurisdicionais nacionais e do IEP para demonstrar a contrafação e a validade das patentes (v. n.ºs 243 e 359, *supra*). Uma vez que a intenção é considerada um critério pertinente de determinação das possibilidades reais e concretas de entrar no mercado (v. n.º 382, *supra*), daqui resulta que as avaliações subjetivas das partes podem validamente ser tidas em conta para demonstrar tais possibilidades. Não obstante, importa precisar que, na medida em que a intenção de integrar um mercado, sendo pertinente para verificar se uma sociedade pode ser considerada um concorrente potencial, apenas ocorre a título complementar, estas avaliações serão igualmente realizadas unicamente a título complementar na determinação da qualidade de concorrente potencial da referida sociedade. Além disso, deverão ser confrontadas com outros elementos que tanto podem confirmar as intenções de uma sociedade quanto à sua entrada num mercado.

385 Em terceiro lugar, a existência de possibilidades reais e concretas de entrar no mercado é apreciada à data de conclusão dos acordos controvertidos [v., neste sentido, Acórdãos de 8 de setembro de 2016, *Lundbeck/Comissão*, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 138, 139 e 203, e de 8 de setembro de 2016, *Sun Pharmaceutical Industries e Ranbaxy (UK)/Comissão*, T-460/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:453, n.ºs 94 e 95]. Com efeito, para determinar se tais acordos são restritivos de concorrência na aceção do artigo 101.º TFUE, há que determinar qual era o jogo da concorrência, atual ou potencial, no mercado em causa no momento em que foram concluídos.

Daqui resulta que não podem ser tidos em conta os argumentos e os documentos relativos aos dados posteriores à conclusão dos acordos controvertidos, uma vez que tais dados refletem a execução destes acordos e não a situação concorrencial no mercado no momento da sua conclusão.

386 Em quarto lugar, o ónus da prova da existência de possibilidades reais e concretas de entrada de um concorrente no mercado, como mais amplamente o ónus de provar a existência de uma infração (artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003), incumbe à Comissão (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 105). Não obstante, na medida em que o essencial dos dados que permitem demonstrar a capacidade e a intenção das sociedades de genericos de entrarem no mercado, e assim as suas possibilidades reais e concretas de nele entrar, são os dados internos das referidas sociedades, que estas estão melhores colocadas para recolher, importa considerar que a Comissão, na falta de provas contrárias relativas às dificuldades técnicas, regulamentares, comerciais ou financeiras, demonstrou de forma suficiente a existência de tais possibilidades nas circunstâncias do caso em apreço se tiver reunido um conjunto de indícios concordantes que confirmam, pelo menos, diligências que visam a produção e a comercialização do produto em causa num prazo suficientemente curto para pressionar o operador presente no mercado. Com efeito, pode ser deduzido de tais diligências que a sociedade em causa tinha não apenas a capacidade mas igualmente a intenção de assumir o risco de entrar no mercado (v., neste sentido, n.º 33 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Arrow Group e Arrow Generics/Comissão, T-467/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:450, n.º 81).

*2) Quanto ao critério relativo ao compromisso das sociedades de genericos limitarem os seus esforços independentes para entrarem no mercado*

*i) Argumentos das partes*

[omissis]

*ii) Apreciação do Tribunal Geral*

391 Antes de mais, há que constatar que a Comissão não examinou de forma isolada, na decisão recorrida, a licitude geral de cláusulas de não contestação e de não comercialização. Com efeito, resulta do considerando 1154 da decisão recorrida que, para determinar se os acordos em causa constituíam restrições de concorrência por objetivo, a Comissão não se limitou a examinar se incluíam cláusulas de não contestação e de não comercialização, mas que analisou igualmente se as partes na resolução amigável eram concorrentes potenciais e se as cláusulas de não contestação e de não comercialização assentavam numa transferência de valor do laboratório de medicamentos originais para a sociedade de genericos constitutivo de um incentivo, relativo a esta sociedade, para renunciar a exercer uma pressão concorrencial sobre a sociedade titular da patente. Por conseguinte, as recorrentes e a interveniente não podem criticar a Comissão por ter considerado que a mera presença de cláusulas de não contestação e de não comercialização numa resolução amigável bastava para demonstrar o seu caráter anticoncorrencial.

392 Em seguida, no que respeita aos argumentos das recorrentes e da interveniente relativos à presença necessária de cláusulas de não contestação e de não comercialização em qualquer resolução amigável, há que remeter para os desenvolvimentos que figuram nos n.ºs 258 a 275, *supra*, nos quais estão expostas as condições que permitem à Comissão constatar a existência de uma restrição por objetivo na presença de tais cláusulas.

393 Quanto aos argumentos das recorrentes e da interveniente relativos à aplicação da teoria das restrições acessórias no caso em apreço, há que julgá-los improcedentes remetendo para o n.º 291, *supra*.

- 394 No que respeita ao argumento das recorrentes segundo o qual a Comissão já considerou como não problemático um acordo que obriga uma sociedade de genéricos a retirar-se do mercado até à resolução de um litígio paralelo, em troca de uma indemnização em caso de derrota neste litígio, importa recordar que, segundo a jurisprudência, o princípio da igualdade de tratamento, que constitui um princípio geral do direito da União, exige que situações comparáveis não sejam tratadas de forma diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de forma igual, a menos que tal tratamento seja objetivamente justificado (Acórdãos de 13 de dezembro de 1984, *Sermide*, 106/83, EU:C:1984:394, n.º 28, e de 14 de maio de 1998, *BPB de Eendracht/Comissão*, T-311/94, EU:T:1998:93, n.º 309).
- 395 No entanto, importa recordar que, uma vez que uma empresa, pelo seu comportamento, violou o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não pode escapar às sanções pelo facto de não ter sido aplicada uma coima a outra empresa. Com efeito, mesmo admitindo que a Comissão cometeu um erro, ao considerar que os acordos *Lundbeck-Neolab* eram conformes ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE, o respeito do princípio da igualdade de tratamento deve ser conjugado com o respeito do princípio da legalidade segundo o qual ninguém pode invocar, em seu benefício, uma ilegalidade cometida a favor de outrem (Acórdãos 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 197, e de 14 de julho de 1994, *Parker Pen/Comissão*, T-77/92, EU:T:1994:85, n.º 86).
- 396 Em todo caso, existem diferenças significativas entre os acordos controvertidos e os acordos *Lundbeck-Neolab*, que a Comissão qualificou como não problemáticos à luz do direito da concorrência na Decisão C (2013) 3803 final, de 19 de junho de 2013, relativa a um processo de aplicação do artigo 101.º [TFUE] e do artigo 53.º do acordo EEE (processo AT/39226 — *Lundbeck*). Com efeito, resulta do considerando 164 desta decisão que a *Neolab* tinha entrado em outubro de 2002 no mercado do citalopram no Reino Unido, que a *Lundbeck* tinha interposto um recurso por violação de uma das suas patentes em novembro de 2002 e que a *Neolab* tinha então apresentado um pedido reconvenicional de declaração de nulidade da patente controvertida. No âmbito de uma injunção voluntária («voluntary injunction») adotada no processo judicial nacional, a *Neolab* comprometeu-se, num primeiro acordo, a não comercializar o seu genérico até à pronúncia da decisão num processo paralelo que opõe a *Lundbeck* e a sociedade *Lagap* relativo à mesma patente ou o mais tardar até 30 de novembro de 2003. Em contrapartida, a *Lundbeck* comprometeu-se a pagar uma indemnização à *Neolab* em caso de invalidação da patente em causa. No entanto, tendo a *Lundbeck* concluído uma resolução amigável com a *Lagap* em 13 de outubro de 2003, a *Lundbeck* e a *Neolab* foram libertadas dos seus compromissos e a *Neolab* retomou a venda do seu genérico em 30 de outubro de 2003. Em 22 de dezembro de 2003, a *Neolab* e *Lundbeck* concluíram, num segundo acordo, uma resolução amigável que prevê o pagamento, pela *Lundbeck* à *Neolab*, de indemnizações destinadas a compensar a impossibilidade de venda do produto genérico durante o período abrangido pela injunção voluntária, assim como a renúncia das duas partes no acordo prosseguirem o litígio relativo à contrafação da patente controvertida e à sua nulidade até 31 de março de 2004.
- 397 Quanto ao primeiro acordo, distinguia-se dos acordos em causa no presente processo, uma vez que era realizado após uma primeira entrada da sociedade de genéricos no mercado, que a restrição em causa parecia resultar de uma injunção adotada no quadro jurisdicional, que apenas tinha por objeto um compromisso de não comercialização para um período limitado, ou seja, até à resolução de um litígio com o mesmo objeto, e que só previa o pagamento de indemnizações pela sociedade de medicamentos originais em caso de invalidação da sua patente.
- 398 No que respeita ao segundo acordo, embora previsse efetivamente um pagamento da sociedade de medicamentos originais à sociedade de genéricos, também se distinguia, contudo, dos acordos controvertidos na medida em que a sociedade de genéricos já estava presente no mercado no momento da sua conclusão e que não punha em causa esta presença no mercado. Além disso, o pagamento da sociedade de medicamentos originais à sociedade de genéricos apenas visava compensar a impossibilidade de venda do produto genérico durante o período abrangido pela injunção voluntária e evitar, assim, a instauração de uma ação de indemnização com base neste fundamento pela *Neolab*.

399 Por último, no que respeita, por outro lado, ao argumento das recorrentes segundo o qual cabe à Comissão demonstrar que a prossecução de um litígio é necessária e suficiente para a preservação da concorrência para considerar que a sua interrupção constitui uma restrição de concorrência, cabe recordar que a definição da restrição de concorrência por objetivo (v. n.ºs 220 e seguintes, *supra*) não impõe à Comissão nem a medição do grau de concorrência suscetível de ser afetado pelo acordo controvertido, nem o estabelecimento de que a prossecução de um litígio é necessária para a manutenção da concorrência.

3) *Quanto ao critério relativo à transferência de valor em benefício das sociedades de genéricos*

i) *Argumentos das partes*

[*omissis*]

ii) *Apreciação do Tribunal Geral*

406 Há que constatar, a título preliminar, que a Comissão não considerou, na decisão recorrida, que a mera presença de uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos bastava, por si só, para provar a existência de um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência. Com efeito, resulta do considerando 1154 da decisão recorrida que, para determinar se os acordos em causa constituíam restrições de concorrência por objetivo, a Comissão apreciou se as partes nas resoluções amigáveis eram concorrentes potenciais, se incluíam cláusulas de não contestação e de não comercialização e se a sociedade de medicamentos originais tinha obtido o compromisso de não comercialização e de não contestação da sociedade de genéricos em troca de uma transferência de valor (v., igualmente, n.ºs 265 a 272, *supra*).

407 Além disso, resulta dos n.ºs 265 a 273, *supra*, que, na presença de um acordo de resolução amigável em matéria de patentes concluído entre dois concorrentes potenciais e que inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação, a existência de um incentivo para a sociedade de genéricos se sujeitar a estas cláusulas fundamenta, por si só, a constatação de uma restrição por objetivo.

408 Os argumentos apresentados pelas recorrentes e a interveniente não permitem pôr em causa esta constatação.

409 Em primeiro lugar, no que respeita ao argumento segundo o qual os produtores de medicamentos originais estão obrigado a fazer maiores concessões do que as sociedades de genéricos nas resoluções amigáveis, devido a riscos de contencioso mais significativos a que estariam expostos, há que constatar, como sublinha a Comissão, que as recorrentes não apresentaram qualquer elemento em apoio desta alegação, limitando-se a remeter para a sua resposta à comunicação de acusações. Além disso, mesmo admitindo demonstrada a existência de um risco mais significativo para a sociedade de medicamentos originais, tal risco não é suscetível de justificar uma transferência de valor invertido constitutivo de um incentivo da sociedade de genéricos para renunciar aos seus esforços para entrar no mercado.

410 No que respeita aos argumentos da interveniente segundo os quais os sistemas nacionais de fixação dos preços dos medicamentos são desfavoráveis aos produtores de medicamentos originais e os mecanismos jurisdicionais nacionais não permitem remediar eficazmente as entradas com risco dos genéricos no mercado, importa recordar, admitindo que estas circunstâncias estão demonstradas, que não são suscetíveis de justificar um acordo com um objetivo anticoncorrencial. Com efeito, segundo jurisprudência constante, não se pode aceitar que as empresas obviem aos efeitos de normas jurídicas que consideram excessivamente desfavoráveis através da celebração de acordos que têm por objeto corrigir essas desvantagens sob pretexto de as mesmas criarem um desequilíbrio em seu detrimento (Acórdão de 27 de julho de 2005, *Brasserie nationale e o./Comissão*, T-49/02 a T-51/02,

EU:T:2005:298, n.º 81; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 15 de outubro de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, n.ºs 487 e 488).

- 411 Quanto aos argumentos das recorrentes segundo os quais a Comissão devia ter tido em conta considerações comerciais e perspectivas de benefícios das partes nas resoluções amigáveis para avaliar o caráter de incentivo da transferência de valor, resulta do n.º 277, *supra*, que, a fim de determinar se a transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos constitui, ou não, um incentivo para aceitação das cláusulas de não contestação e de não comercialização, a Comissão examinou corretamente se a transferência de valor correspondia aos custos específicos da resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos. Assim, o critério pertinente reside na identificação dos custos inerentes à resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos e não na tomada em conta das considerações comerciais das partes na resolução amigável.
- 412 Há que acrescentar, relativamente a todos os argumentos referidos nos três números anteriores, que o facto de a adoção de um comportamento anticoncorrencial poder revelar-se a solução mais rentável ou menos arriscada para uma empresa não exclui de forma alguma a aplicação do artigo 101.º TFUE (v., neste sentido, Acórdãos de 8 de julho de 2004, Corus UK/Comissão, T-48/00, EU:T:2004:219, n.º 73, e de 8 de julho de 2004, Dalmine/Comissão, T-50/00, EU:T:2004:220, n.º 211), em particular quando se trata de pagar aos concorrentes reais ou potenciais para que se mantenham fora do mercado (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 379 e 380).
- 413 Em segundo lugar, as recorrentes não podem criticar a Comissão por ter derogado os três critérios recordados no considerando 1154 da decisão recorrida ao qualificar como legais os acordos de entrada antecipada de sociedades de genéricos no mercado, mesmo que estes incluam um incentivo significativo. Com efeito, resulta dos considerandos 1138, 1200 e 1203 da decisão recorrida que a Comissão se limitou a afirmar que um acordo de resolução amigável que autoriza a entrada de um genérico no mercado antes da expiração da patente controvertida podia constituir um acordo favorável à concorrência e, por conseguinte, legítimo. Ora, em tal acordo, embora as partes estabeleçam uma data de entrada antecipada do genérico no mercado, não preveem, no entanto, a concessão de um incentivo pela sociedade de medicamentos originais à sociedade de genéricos para que esta atrase a entrada do seu produto no mercado.
- 414 Por outro lado, as recorrentes não podem criticar a Comissão por não ter conduzido investigações sobre as 57 resoluções amigáveis identificadas nos seus exercícios anuais de vigilância inclui uma transferência de valor. Com efeito, por um lado, importa recordar que, uma vez que uma empresa, pelo seu comportamento, violou o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, não pode escapar às sanções pelo facto de não ter sido aplicada uma coima a outra empresa, devendo o respeito do princípio da igualdade de tratamento ser conjugado com o respeito do princípio da legalidade segundo o qual ninguém pode invocar, em seu benefício, uma ilegalidade cometida a favor de outrem (v. n.º 395, *supra*). Por outro, um acordo de resolução amigável de um litígio em matéria de patentes não pode ser considerado ilegal apenas por incluir uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos, abordagem que não foi acolhida pela Comissão na decisão recorrida, na qual examinou corretamente se as partes nas resoluções amigáveis eram concorrentes potenciais, se estas comportavam cláusulas de não contestação e de não comercialização e se a sociedade de medicamentos originais tinha obtido o compromisso de não comercialização e de não contestação da sociedade de genéricos em troca de uma transferência de valor (v. n.º 406, *supra*).
- 415 Em terceiro lugar, as recorrentes criticam a Comissão por ter acolhido uma definição extensiva da transferência de valor significativo, tendo em conta os acordos acessórios concluídos em condições do mercado. Todavia, como a Comissão referiu corretamente no considerando 1190 da decisão recorrida, o incentivo da sociedade de medicamentos originais para aceitação de cláusulas de não comercialização e de não contestação pode assumir a forma de um acordo acessório ao acordo de resolução amigável.

Embora os acordos acessórios constituam acordos comerciais comuns, que podem existir de forma autónoma, a Comissão, corretamente, examinou, no caso em apreço, se determinados acordos acessórios que fazem parte integrante das resoluções amigáveis dos litígios em causa implicavam transferências de valor do titular da patente para a sociedade de genéricos.

- 416 Em quarto lugar, as recorrentes criticam a Comissão por ter tido em conta os incentivos da sociedade de genéricos para prosseguir o litígio apenas no âmbito da análise da concorrência potencial e não na apreciação da transferência de valor. No entanto, resulta do n.º 277, *supra*, que, para determinar se a transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos constituía, ou não, um incentivo para aceitação de cláusulas de não contestação e de não comercialização, a Comissão examinou corretamente se a transferência de valor correspondia aos custos específicos da resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos. O critério pertinente reside, assim, na identificação dos custos inerentes à resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos e na eventual assimetria de informação que existe entre as partes ou nos seus respetivos interesses comerciais.
- 417 Por último, as recorrentes criticam a Comissão por ter ignorado determinadas estipulações contratuais dos acordos concluídos com a Teva, a Krka e a Lupin, que eram suscetíveis de acelerar a entrada dos produtores de genéricos no mercado. Este argumento será examinado no âmbito dos fundamentos relativos aos acordos em causa.
- 418 Resulta do exposto que a Comissão definiu corretamente os três critérios adotados para qualificar os acordos de resolução amigável de litígios em matéria de patentes de restrição por objetivo e, por conseguinte, não cometeu um erro de direito relativo ao conceito de restrição de concorrência por objetivo.

## **6. Quanto aos acordos concluídos com a Niche e com a Matrix**

### **a) Quanto à qualidade de concorrente potencial da Niche e da Matrix**

[*omissis*]

### **b) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de restrição de concorrência por objetivo dos acordos Niche e Matrix**

#### **1) Argumentos das partes**

[*omissis*]

#### **2) Apreciação do Tribunal Geral**

- 525 Quanto aos erros de direito alegadamente cometidos pela Comissão ao qualificar os acordos Niche e Matrix como restrições por objetivo, sem examinar se eram «de tal modo suscetíveis» de produzir efeitos negativos quando os seus efeitos potenciais eram ambivalentes (v. n.º 503, *supra*), importa remeter para os n.ºs 223 a 226, 304 a 306 e 418, *supra*. Há que acrescentar, quanto aos efeitos potenciais ambivalentes que as recorrentes invocam com base nas dificuldades em matéria de patentes e nas dificuldades técnicas, regulamentares e financeiras com as quais a Niche e a Matrix se depararam, que estas foram validamente consideradas pela Comissão no sentido de que não impedem as possibilidades reais e concretas de a Niche e a Matrix concorrerem com as recorrentes (v. n.º 501, *supra*) e, assim, não permitem daí deduzir que os acordos Niche e Matrix produziram efeitos potenciais ambivalentes.

526 Quanto aos erros de apreciação invocados, há que examinar os argumentos das recorrentes relativos à presença nos acordos Niche e Matrix, por um lado, de uma vantagem incentivadora em relação à Niche e à Matrix e, por outro, a uma limitação correlativa dos seus esforços para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais, condições que, quando estão reunidas, impõem a constatação da existência de uma restrição por objetivo (v. n.º 272, *supra*). Há que precisar, a este respeito, que as recorrentes não põem em causa a existência de cláusulas de não comercialização e de não contestação nos acordos Niche e Matrix, que têm, em si mesmos, um carácter restritivo de concorrência (v. n.º 257, *supra*), mas alegam que estas cláusulas não apresentam um grau suficiente de nocividade no caso em apreço e contestam que as transferências de valor previstas pelos acordos Niche e Matrix possam ser consideradas transferências de valor incentivadoras.

*i) Quanto à inexistência de transferência de valor incentivador*

527 A título preliminar, importa recordar que a mera presença de uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos não pode permitir concluir pela existência de uma restrição por objetivo. Apenas na hipótese de um pagamento compensatório injustificado ocorrer na conclusão da resolução amigável, ou seja, quando a sociedade de genéricos é incentivada pelo referido pagamento a sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação, é que se deve concluir pela existência de tal restrição. Nesta hipótese, as restrições à concorrência que introduzem cláusulas de não comercialização e de não contestação também não estão ligadas à patente e à resolução amigável, mas explicam-se pelo incentivo (v. n.º 265, *supra*).

528 Para determinar se um pagamento compensatório, ou seja, uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos, constitui, ou não, um incentivo para aceitação de cláusulas de não contestação e de não comercialização, há que examinar, tendo em conta a sua natureza e a sua justificação, se cobre os custos inerentes à resolução amigável do litígio (v. n.º 277, *supra*). Assim, na decisão recorrida, a Comissão examinou, corretamente, se a transferência de valor prevista pelos acordos Niche e Matrix correspondia aos custos específicos da resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos (considerandos 1333 a 1337 e 1461 a 1464 da decisão recorrida).

529 Na hipótese de o pagamento compensatório previsto num acordo de resolução amigável incluir cláusulas restritivas de concorrência que visam compensar os custos inerentes à resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos, este pagamento não pode, em princípio, ser considerado um incentivo. A constatação da existência de um incentivo e de uma restrição de concorrência por objetivo não está, assim, excluída nesta hipótese. No entanto, pressupõe que a Comissão estabeleça que os montantes correspondentes a estes custos inerentes à resolução amigável, mesmo determinados e avaliados com precisão pelas partes nesta resolução, têm um carácter excessivo (v. n.º 278, *supra*).

530 Os custos inerentes à resolução amigável do litígio abrangem, nomeadamente, as despesas processuais suportadas pela sociedade de genéricos no âmbito do litígio que a opõe à sociedade de medicamentos originais. Com efeito, a assunção destas despesas está diretamente ligada a tal resolução amigável. Por conseguinte, quando os montantes das despesas processuais da sociedade de genéricos estão estipulados pelas partes na resolução amigável, a Comissão apenas pode constatar o seu carácter incentivador através da demonstração de que estes são desproporcionados (v. n.º 279, *supra*).

531 Em contrapartida, algumas despesas que incumbem à sociedade de genéricos são, *a priori*, muito exteriores ao litígio e à sua resolução para poderem ser consideradas inerentes à resolução amigável de um litígio em matéria de patentes. Trata-se, por exemplo, dos custos de produção dos produtos contrafeitos, que correspondem ao valor do armazenamento dos referidos produtos, assim como às despesas de investigação e de desenvolvimento suportadas para desenvolverem estes produtos. O mesmo é válido quanto às quantias que devem ser pagas pela sociedade de genéricos a terceiros

devido a compromissos contratuais concluídos fora do litígio (por exemplo, contratos de fornecimento). Assim, cabe às partes no acordo, caso pretendam que o pagamento destas despesas não seja qualificado como incentivo e constitutivo de um indício da existência de uma restrição de concorrência por objetivo, demonstrar que as mesmas são inerentes ao litígio ou à sua resolução e, em seguida, justificar o seu montante. Podem igualmente, para os mesmos fins, basear-se no montante insignificante do reembolso destas despesas *a priori* não inerentes à resolução amigável do litígio e, assim, insuficiente para constituir um incentivo significativo para aceitação das cláusulas restritivas de concorrência previstas pelo acordo de resolução (v. n.º 280, *supra*).

- 532 No caso em apreço, no que respeita ao acordo Niche e como afirmou corretamente a Comissão no considerando 1322 da decisão recorrida, a existência de um incentivo resulta claramente dos próprios termos do acordo, que estabelece no seu artigo 13.º que, «[e]m contrapartida dos compromissos [previstos pelo acordo] e dos custos substanciais e responsabilidades potenciais que poderiam ser suportados pela Niche e pela Unichem devido à cessação do seu programa de desenvolvimento do perindopril produzido utilizando o processo [controvertido], a Servier pagou à Niche e à Unichem [...] a quantia de 11,8 milhões de GBP». Com efeito, os compromissos visados são as cláusulas de não contestação e de não comercialização, cujo pagamento está assim expressamente previsto por este artigo.
- 533 Além disso, esta interpretação do texto do acordo Niche não é posta em causa pela alegação das recorrentes segundo a qual os termos «em contrapartida dos» constituem a fórmula padrão de direito inglês que visa assinalar a reciprocidade necessária à validade de qualquer contrato. Com efeito, mesmo que devesse ser daqui deduzido que estes termos constituem um tipo de fórmula de estilo à qual não devia ser concedida importância, não deixa de ser verdade que esta fórmula assinala, segundo as próprias recorrentes, a reciprocidade e, assim, o facto de a quantia prevista pelo artigo 13.º do acordo Niche ocorrer em troca das obrigações impostas à Niche pelo referido acordo.
- 534 Esta interpretação do acordo Niche também não é invalidada pela alegada assimetria entre os riscos incorridos pela sociedade de medicamentos originais e os riscos a que está exposta a sociedade de genéricos, nem pelos alegados talentos de negociadora da Niche. É certo que tal assimetria dos riscos, tal como os talentos de negociadora da sociedade de genéricos permitem explicar parcialmente os motivos pelos quais a sociedade de medicamentos originais pode ser levada a efetuar pagamentos inversos significativos à sociedade de genéricos. Todavia, a realização de um pagamento significativo visa precisamente evitar qualquer risco, mesmo mínimo, de as sociedades de genéricos poderem entrar no mercado e, assim, confirma a existência de uma compra do afastamento destas sociedades pela sociedade de medicamentos originais. Além disso, importa recordar que o facto de a adoção de um comportamento anticoncorrencial poder revelar-se a solução mais rentável ou menos arriscada para uma empresa ou de visar corrigir um desequilíbrio em seu prejuízo não exclui de forma alguma a aplicação do artigo 101.º TFUE (v., neste sentido, Acórdãos de 8 de julho de 2004, Corus UK/Comissão, T-48/00, EU:T:2004:219, n.º 73; de 8 de julho de 2004, Dalmine/Comissão, T-50/00, EU:T:2004:220, n.º 211, e de 27 de julho de 2005, Brasserie nationale e o./Comissão, T-49/02 a T-51/02, EU:T:2005:298, n.º 81), em particular quando se trata de pagar aos concorrentes reais ou potenciais para que se afastem do mercado (Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.ºs 379 e 380).
- 535 Por outro lado, no caso em apreço é indiferente que o referido artigo do acordo Niche estabeleça, segundo uma proporção não determinada, que o pagamento da quantia de 11,8 milhões de GBP não só é a contrapartida das cláusulas de não contestação e de não comercialização, mas igualmente de outras despesas, uma vez que esta outra compensação não põe em causa a constatação segundo a qual as cláusulas restritivas em causa foram compradas pelas recorrentes e, assim, a existência de um incentivo da Niche para se sujeitar a estas cláusulas.

- 536 Com efeito, estas outras despesas, descritas no acordo Niche como «custos substanciais e responsabilidades potenciais que podem ser suportados pela Niche e pela Unichem devido à cessação do seu programa de desenvolvimento do perindopril produzido utilizando o processo [controvertido]», foram apresentadas pela Niche, no decurso do procedimento administrativo (considerando 1326 da decisão recorrida), assim como pelas próprias recorrentes, nos seus articulados como sendo correspondentes aos custos de desenvolvimento do perindopril da Niche e à indemnização devida aos clientes da Niche por violação das suas obrigações contratuais a seu respeito. Ora, tais despesas não são, *a priori*, inerentes à resolução amigável de um litígio em matéria de patentes (v. n.º 531, *supra*) e as recorrentes não estabelecem que são inerentes ao acordo de resolução amigável concluído no caso em apreço.
- 537 Em particular, mesmo que, como alegam as recorrentes, em substância, as indemnizações aos clientes da Niche não fossem devidas se esta tivesse prosseguido o contencioso que a opunha às recorrentes, tais indemnizações são, no caso em apreço, bastante exteriores ao litígio e à sua resolução para serem consideradas custos inerentes a esta resolução, uma vez que tais indemnizações eram devidas, segundo as recorrentes, em caso de «cessação voluntária do projeto», que implica uma rescisão dos contratos com os seus clientes, e que o acordo Niche não permitia à Niche pôr termo às relações contratuais com os seus clientes mas simplesmente suspendê-las (artigo 11.º do acordo Niche). As próprias recorrentes também admitiram, na audiência, que as indemnizações em causa poderiam dever ter sido pagas aos clientes da Niche independentemente do acordo Niche. Por outro lado, pode ser afirmado que os elementos fornecidos pelas recorrentes para contestar o montante destas indemnizações, tal como avaliado pela Comissão na decisão recorrida em 1,3 milhões de GBP (considerando 1335), não são probatórios, uma vez que referem quer quantias inferiores a este montante, quer meras reclamações de quantias mais elevadas.
- 538 Quanto às «despesas jurídicas» referidas na decisão recorrida (considerando 1334), a Niche apresentou-as no decurso do procedimento administrativo no sentido de que estavam relacionadas com as despesas de assessoria jurídica incluída nos custos de desenvolvimento (considerando 601 da decisão recorrida), pelo que importa recordar que não são inerentes à resolução amigável (v. n.º 531, *supra*), enquanto as recorrentes as descrevem como «despesas com advogados e patentes», que podem estar abrangidas pelas despesas processuais inerentes à resolução amigável (v. n.º 530, *supra*). Todavia, mesmo admitindo que o montante de 1,1 milhões de GBP alegado a título das «despesas com advogados e patentes» corresponde às despesas processuais cujo reembolso pode, em princípio, estar legitimamente previsto por uma resolução amigável, este montante não pode estar abrangido pelas despesas inerentes ao acordo de resolução amigável concluído no caso em apreço. Com efeito, resulta da argumentação e dos documentos apresentados pelas recorrentes que as despesas em causa diziam respeito a um período que terminava no fim do ano de 2003, ou seja, antes de ocorrer o litígio que opõe a Niche às recorrentes (v. n.ºs 11, 13 e 16, *supra*) a que o acordo Niche pôs termo.
- 539 Pode acrescentar-se, a título acessório, que, mesmo que este montante de 1,1 milhões de GBP devesse ser acrescido aos custos de desenvolvimento e de indemnização dos clientes da Niche avaliados, respetivamente, em 1,2 e em 1,3 milhões de GBP pela Comissão na decisão recorrida (considerando 1336), sem que estes montantes tenham sido validamente contestados pelas recorrentes (v., nomeadamente, n.º 537, *supra*), o montante total obtido (3,6 milhões de GBP) é claramente inferior a 11,8 milhões de GBP.
- 540 Daqui resulta que a Comissão teve validamente em conta, na decisão recorrida (considerando 1348), a existência no acordo Niche de um incentivo da Niche para se sujeitar às cláusulas de não comercialização e de não contestação previstas pelo referido acordo, sem ter, além disso, como alegam as recorrentes (v. n.º 513, *supra*), verificado se estas cláusulas tinham um alcance restritivo menor na falta deste pagamento incentivador. Com efeito, a constatação de um incentivo para sujeição a cláusulas de não comercialização e de não contestação exige apenas a presença de tais cláusulas, independentemente do seu alcance mais ou menos restritivo, e uma análise dos custos cobertos pela transferência de valor em causa (v. n.ºs 528 a 531, *supra*).

- 541 Daqui resulta igualmente que deve ser julgada inoperante a alegação de um erro de apreciação da Comissão ao afirmar que o montante pago à Niche em aplicação do acordo Niche equivalia às previsões de mais de dez anos de vendas e de mais de vinte anos de margem de lucro bruta (v. n.º 514, *supra*). Com efeito, admitindo que a Comissão cometeu tal erro, este não teve influência na qualificação como incentivo da transferência de valor das recorrentes para a Niche, uma vez que resulta dos n.ºs 536 a 538 *supra* que esta transferência de valor não abrangia os custos inerentes à resolução amigável do litígio e que, por outro lado, não é de forma alguma alegado, nem *a fortiori* demonstrado, que o montante desta transferência é insignificante e, assim, insuficiente para caracterizar um incentivo.
- 542 Por outro lado, quanto ao incentivo adicional que resulta do montante pago à Niche em aplicação do acordo Biogaran (considerandos 1349 a 1354 da decisão recorrida), importa considerar, como será detalhado nos n.ºs 798 a 810, *infra*, que a circunstância de um acordo comercial que não tem normalmente por objeto a resolução amigável de um litígio e pelo qual é efetuada uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos estar associada a um acordo de resolução amigável de um litígio que inclui cláusulas restritivas da concorrência constitui um indício sério da existência de um «pagamento compensatório», ou seja, de uma transferência de valor a que não corresponde nenhuma verdadeira contrapartida abrangida por este acordo comercial acessório (v. n.º 804, *infra*), pagamento que é, deste modo, igualmente constitutivo de uma vantagem incentivadora se não tiver por objetivo compensar os custos inerentes à resolução amigável do litígio. Perante indícios ou elementos de prova avançados pela Comissão suscetíveis de confirmar tal indício sério e de demonstrar, assim, a existência de um pagamento compensatório, as partes nos acordos podem apresentar a sua versão dos factos, fundamentando as suas alegações nos elementos que estão em condições de fornecer e que permitem considerar que o acordo comercial, ainda que associado ao acordo de resolução amigável, é justificado por razões distintas da exclusão de um concorrente através de um pagamento compensatório.
- 543 No caso em apreço, a Comissão apresentou vários elementos que evidenciam a existência de um nexo entre o acordo Niche e o acordo Biogaran, assim como a falta de correspondência entre a transferência de valor prevista pelo acordo Biogaran e as obrigações impostas à Niche pelo referido acordo. Por um lado, teve em conta o facto de os acordos terem sido negociados durante o mesmo período e sido concluídos entre as mesmas empresas na mesma data, assim como a circunstância de os dois acordos preverem um pagamento em duas prestações, previstos para as mesmas datas. Por outro, embora as recorrentes tenham alegado que não existia qualquer ligação entre os dois acordos, a Niche referiu que o acordo Biogaran tinha sido proposto pelas recorrentes para lhe dar «a totalidade da compensação acordada em troca da conclusão do acordo de resolução amigável global». Por outro lado, a Comissão interpretou um correio eletrónico enviado pelo consultor da Biogaran à Niche em 4 de fevereiro de 2005, que referia que, «atendendo ao montante em causa, afigura-se necessário dispor de direitos adicionais sobre outros produtos e de uma certa liberdade em matéria de oferta de produtos», no sentido de que significava que o montante que devia ser transferido para a Niche tinha sido fixado antes de as partes chegarem a acordo sobre o âmbito de aplicação dos produtos afetados pelo acordo Biogaran. A Comissão considerou igualmente que as estipulações contratuais do acordo Biogaran, nomeadamente os seus artigos 14.4 e 14.5, previam uma rescisão automática deste em caso de não obtenção das AIM num prazo de 18 meses, sem que nenhuma indemnização pudesse ser reclamada pela Biogaran à Niche, contrariamente às estipulações que figuram noutros acordos concluídos pela Biogaran relativos à aquisição de processos de produtos. Por último, a Comissão afirmou que, com exceção de um produto, a Biogaran não tinha obtido as AIM com fundamentos nos processos cedidos pela Niche e que o seu volume de negócios ligado ao acordo Biogaran ascendia a um montante compreendido entre 100 000 e 200 000 euros.
- 544 As recorrentes não invocam qualquer argumento que ponha em causa esta análise, com exceção de uma alegação relativa à não tomada em consideração do interesse da Biogaran em concluir o acordo Biogaran. Além do facto de tal interesse não poder ser considerado suficiente para justificar o montante da transferência de valor previsto pelo acordo Biogaran, pode observar-se que resultam do

considerando 1351 da decisão recorrida várias constatações que suscitam dúvidas sobre a existência de tal interesse da Biogaran. Com efeito, segundo estas constatações não contestadas pelas recorrentes, o montante que devia ser transferido para a Niche pela Biogaran tinha sido fixado antes de a Niche e a Biogaran chegarem a acordo sobre os produtos afetados pelo acordo Biogaran, este podia ser rescindido pelas partes num prazo de 18 meses sem que nenhuma delas possa ter direito a uma indemnização e não tinha sido previsto qualquer reembolso para a Biogaran no caso de as AIM cedidas não serem obtidas num determinado prazo. Por conseguinte, a Comissão podia considerar corretamente que o acordo Biogaran constituía um incentivo adicional para a Niche aceitar as cláusulas restritivas do acordo Niche.

545 Além disso, no que respeita aos pedidos das recorrentes para poderem beneficiar de qualquer anulação da decisão recorrida ou de qualquer redução do montante da coima que a Biogaran possa obter no âmbito do processo T-677/14, há que remeter para os n.ºs 89 a 99, *supra*.

546 Quanto ao acordo Matrix, importa observar que o seu artigo 9.º é semelhante ao artigo 13.º do acordo Niche e que os argumentos que criticam as apreciações da Comissão relativas ao acordo Matrix da mesma forma que as apreciações relativas ao acordo Niche devem, por conseguinte, ser afastadas por identidade de motivos. Quanto ao argumento especificamente dirigido contra a análise, pela Comissão, do acordo Matrix, segundo o qual a Matrix é igualmente afetada pela indemnização dos clientes da Niche, a título de uma responsabilidade conjunta com a Niche, cabe recordar que tais despesas não podem ser consideradas custos inerentes à resolução amigável de um litígio (v. n.º 531, *supra*) e, assim, justificar a transferência de valor prevista pelo acordo Matrix, tanto mais que nem as recorrentes nem a Matrix estavam em condições de demonstrar que o montante de 11,8 milhões de GBP correspondia a tais despesas ou a outros custos inerentes à resolução amigável do litígio.

547 Daqui resulta que a Comissão teve também em conta validamente, na decisão recorrida (v., nomeadamente, considerandos 1452, 1453, 1463, 1464 e 1467), a existência no acordo Matrix de um incentivo da Matrix para se sujeitar às cláusulas de não comercialização e de não contestação previstas pelo referido acordo.

*ii) Quanto à falta de carácter suficientemente nocivo das cláusulas de não contestação e de não comercialização*

548 Importa recordar que as recorrentes não contestam a existência de cláusulas de não contestação e de não comercialização nos acordos Niche e Matrix.

549 Em virtude das cláusulas de não contestação contidas nos acordos Niche e Matrix, estas duas sociedades não deviam instaurar qualquer ação de declaração de invalidade ou de declaração de não contrafação das patentes 339, 340, 341, 689, 947 e 948, estando além disso a Niche obrigada a retirar as suas oposições contra as patentes 947 e 948 no IEP (artigos 7.º e 8.º do acordo Niche e artigo 5.º do acordo Matrix). Em virtude das cláusulas de não comercialização constantes nos acordos Niche e Matrix, estas duas sociedades não deviam produzir, deter, importar, fornecer, propor fornecer, dispor ou realizar um ato suscetível de violar as patentes 339 a 341 em relação ao perindopril (artigo 3.º do acordo Niche e artigo 1.º do acordo Matrix). Não deviam igualmente pedir AIM relativas ao perindopril (artigo 10.º do acordo Niche e artigo 6.º do acordo Matrix) e estavam obrigadas a pôr termo ou a suspender os seus contratos relativos ao perindopril concluídos com terceiros (artigo 11.º do acordo Niche e artigo 7.º do acordo Matrix).

550 Todavia, as recorrentes contestam o carácter suficientemente nocivo ou sensível das cláusulas de não contestação e de não comercialização constantes dos acordos Niche e Matrix.

551 A este respeito, alegam, em primeiro lugar, que as cláusulas de não contestação e de não comercialização são inerentes aos acordos de resolução amigável.

- 552 Embora as cláusulas de não contestação e de não comercialização sejam efetivamente necessárias para a resolução amigável de determinados litígios relativos às patentes (v. n.º 259, *supra*), importa recordar que tais cláusulas perdem a sua legitimidade e apresentam um grau de nocividade para o jogo normal da concorrência suficiente quando é o incentivo, tal como constatado no caso em apreço, e não o reconhecimento pelas partes da validade das patentes em causa, a verdadeira causa das restrições à concorrência que introduzem as referidas cláusulas (v. n.º 270, *supra*).
- 553 Importa igualmente sublinhar, em resposta ao argumento das recorrentes segundo o qual a perda de possibilidade de ganhar um litígio devido à cláusula de não contestação não pode bastar para qualificar um acordo que visa resolver de forma amigável um litígio real de restrição por objetivo (v. n.º 505, *supra*), que, não impedindo enquanto tal uma entrada no mercado, a cláusula de não contestação impede, nomeadamente, a propositura de ações destinadas a «abrir a via» no âmbito de um lançamento com risco e, assim, a utilização de um dos meios que visam permitir tal entrada no mercado (v., igualmente, n.º 257, *supra*). Importa igualmente recordar que a Comissão, no caso em apreço, qualificou como restrição por objetivo, não as meras cláusulas de não contestação constantes nos acordos Niche e Matrix, mas estes acordos na íntegra, que incluem tanto cláusulas de não contestação como cláusulas de não comercialização e um incentivo para se sujeitar a tais cláusulas (considerandos 1375 e 1481 da decisão recorrida).
- 554 As recorrentes alegam, em segundo lugar, que as cláusulas de não contestação e de não comercialização constantes dos acordos Niche e Matrix não apresentam um grau suficiente de nocividade, na medida em que os seus efeitos decorrem da existência das patentes em causa e não dos termos destes acordos.
- 555 Importa recordar, a este respeito, que a existência de um incentivo da sociedade de genéricos para se sujeitar a cláusulas de não comercialização e de não contestação permite fundamentar a constatação de uma restrição por objetivo, mesmo que o acordo de resolução amigável inclua cláusulas cujo alcance não exceda o da patente controvertida (v. n.º 273, *supra*). Assim, mesmo quando, como alegam as recorrentes, as cláusulas de não comercialização não impedem a Niche e Matrix de entrar no mercado com um produto não contrafeito e se limitam aos efeitos produzidos por uma decisão de injunção por contrafação das patentes em causa, ou até lhes permitem, também graças à quantia recebida no âmbito da transferência de valor, desenvolverem com os seus parceiros um novo projeto de perindopril não contrafeito (v. n.º 506, *supra*), os acordos Niche e Matrix não são menos constitutivos de uma restrição por objetivo.
- 556 As recorrentes contestam, em terceiro lugar, o carácter suficientemente nocivo das cláusulas de não contestação, alegando que apenas respeitavam a um opositor entre todos os que apresentaram oposição contra a patente 947 no IEP e não tinham impacto sobre as outras sociedades de genéricos devido à limitação do processo à contrafação.
- 557 Há que considerar que, mesmo quando tais alegações relativas à produção de efeitos dos acordos Niche e Matrix unicamente sobre as sociedades de genéricos partes nestes acordos são comprovadas, não põem em causa a exclusão do mercado das referidas sociedades provocada pelas cláusulas de não comercialização e de não contestação em contrapartida de uma transferência de valor incentivador e, assim, o grau suficiente de nocividade dos acordos em causa, tornando o exame dos seus efeitos concretos supérfluo.
- 558 Daqui resulta que a Comissão não considerou erradamente que os acordos Niche e Matrix eram restritivos de concorrência por objetivo.
- 559 Esta conclusão não é posta em causa pelos alegados erros de apreciação cometidos pela Comissão na apresentação do contexto económico e jurídico dos acordos Niche e Matrix e na tomada em consideração das intenções subjetivas das partes.

- 560 Com efeito, a alegação, pelas recorrentes, da falta de intenção anticoncorrencial das partes nos acordos Niche e Matrix e da prossecução de objetivos legítimos, que conduziram, nomeadamente, a Niche a tomar a iniciativa de contactar as recorrentes, não é suscetível de pôr em causa nem a existência de uma vantagem incentivadora nem o caráter restritivo da concorrência das cláusulas de não comercialização e de não contestação que figuram nos acordos. Por conseguinte, mesmo admitindo que os argumentos em causa se baseiam em factos demonstrados, não são suscetíveis, em todo caso, de invalidar a qualificação como restrição por objetivo dos acordos Niche e Matrix que a Comissão acolheu.
- 561 Importa igualmente acrescentar que a intenção das partes não constitui um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um tipo de coordenação entre empresas (v. n.º 222, *supra*).
- 562 Além disso, na presença de cláusulas de não comercialização e de não contestação, cujo caráter intrinsecamente restritivo não foi validamente posto em causa, os acordos Niche e Matrix puderam ser corretamente considerados pela Comissão, devido à constatação da existência de um incentivo, como sendo acordos de exclusão do mercado que, por isso, prosseguem um objetivo anticoncorrencial. Ora, segundo jurisprudência constante, a mera circunstância de um acordo prosseguir igualmente objetivos legítimos não é suficiente para impedir uma qualificação de restrição de concorrência por objetivo (v. n.º 222, *supra*).
- 563 Quanto aos alegados erros de apreciação cometidos pela Comissão na sua tomada em consideração do contexto económico e jurídico dos acordos Niche e Matrix, há que constatar que as recorrentes reiteram, a este respeito, os seus argumentos que criticam a capacidade e a intenção da Niche e da Matrix entrarem no mercado, atendendo, nomeadamente, às patentes das recorrentes e aos litígios relativos a tais patentes, assim como às dificuldades financeiras e regulamentares da Niche (v. n.ºs 507 e 519, *supra*). Tendo estes argumentos sido examinados e afastados no âmbito do fundamento que contesta a qualidade de concorrente potencial da Niche e da Matrix (v. n.ºs 432 a 501, *supra*), não podem pôr em causa o caráter restritivo por objetivo dos acordos Niche e Matrix.
- 564 Resulta do exposto que o fundamento respeitante a erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por objetivo dos acordos Niche e Matrix deve ser julgado improcedente na íntegra.

***c) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito dos acordos Niche e Matrix***

- 565 As recorrentes alegam que a Comissão cometeu diferentes erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito dos acordos Niche e Matrix.
- 566 Importa recordar que, na medida em que determinados fundamentos de uma decisão podem, por si só, ser juridicamente suficientes para justificar essa decisão, os vícios de que possam estar feridos outros fundamentos do ato não têm, de qualquer modo, influência na sua parte decisória. Além disso, quando a parte decisória de uma decisão da Comissão se baseia em vários pilares de raciocínio, sendo cada um deles, por si só, suficiente para fundamentar essa parte decisória, esse ato só pode ser anulado pelo Tribunal Geral, em princípio, se cada um desses pilares estiver ferido de ilegalidade. Nesse caso, um erro ou outra ilegalidade que afete apenas um dos pilares do raciocínio não basta para justificar a anulação da decisão controvertida quando este erro não pôde ter uma influência determinante na parte decisória adotada pela instituição autora dessa decisão (v., Acórdão de 14 de dezembro de 2005, *General Electric/Comissão*, T-210/01, EU:T:2005:456, n.ºs 42 e 43, e jurisprudência referida).
- 567 Ora, conforme referido no n.º 219, *supra*, para apreciar se um acordo é proibido pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a tomada em consideração dos seus efeitos concretos é supérflua quando se afigura que tem por objetivo impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado interno.

568 Por conseguinte, quando a Comissão baseia a constatação de uma infração simultaneamente na existência de uma restrição por objetivo e na existência de uma restrição por efeito, um erro que enferma de ilegalidade o fundamento relativo à existência de uma restrição por efeito não tem, em todo caso, uma influência determinante na parte decisória adotada pela Comissão na sua decisão, na medida em que o fundamento relativo à existência de uma restrição por objetivo, que pode basear, por si só, a constatação de infração, não enferma de ilegalidade.

569 No caso em apreço resulta do exame do fundamento respeitante a erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por objetivo dos acordos Niche e Matrix que as recorrentes não demonstraram que a Comissão tinha cometido um erro ao concluir, na decisão recorrida, que os acordos em causa tinham por objetivo impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado interno, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

570 Por conseguinte, o presente fundamento deve ser julgado inoperante.

## **7. Quanto ao acordo concluído com a Teva**

### **a) Quanto à qualidade de concorrente potencial da Teva**

[omissis]

### **b) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por objetivo do acordo Teva**

#### *1) Argumentos das partes*

[omissis]

#### *2) Apreciação do Tribunal Geral*

643 Importa examinar os argumentos das recorrentes relativos à presença no acordo Teva, por um lado, de uma vantagem incentivadora em relação à Teva e, por outro, de uma limitação correlativa dos esforços desta para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais, condições que, quando estão reunidas, impõem a constatação da existência de uma restrição por objetivo (v. n.º 272, *supra*). No caso em apreço, na medida em que a determinação da existência de uma vantagem incentivadora depende, em parte, da determinação do carácter restritivo de determinadas cláusulas do acordo Teva, as alegações contra a apreciação das cláusulas do acordo serão examinadas em primeiro lugar, antes das que criticam a apreciação da transferência de valor prevista pelo referido acordo. Quanto à alegação invocada a título subsidiário relativa à duração da infração imputada às recorrentes a título do acordo Teva, será examinada em último lugar.

#### *i) Quanto à falta de limitação dos esforços da sociedade de genéricos para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais*

644 Importa, a título preliminar, afastar as alegações das recorrentes relativas aos erros de direito e de apreciação cometidos pela Comissão ao qualificar o acordo Teva como restrição por objetivo, quando os seus efeitos potenciais foram pró-concorrenciais e os seus efeitos restritivos puramente hipotéticos (v. n.º 634, *supra*). É certo que deve ser recordado que a Comissão e o juiz não podem, no exame do objetivo restritivo de um acordo e, em particular, no âmbito da tomada em consideração do seu contexto económico e jurídico, ignorar completamente os efeitos potenciais deste acordo (v. jurisprudência referida no n.º 304, *supra*). No entanto, resulta igualmente da jurisprudência que o

estabelecimento da existência de uma restrição de concorrência por objetivo não pode, ao abrigo, nomeadamente, do exame do contexto económico e jurídico do acordo em causa, conduzir à apreciação dos efeitos deste acordo, sob pena de ser retirado o efeito útil à distinção entre objetivo e efeito restritivo de concorrência efetuada no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v. n.º 221, *supra*). A fim de verificar a aptidão específica de um acordo para produzir os efeitos restritivos de concorrência que caracterizam os acordos que têm um objetivo anticoncorrencial, a análise dos efeitos potenciais de um acordo deve, assim, ser limitada aos que resultam de dados objetivamente previsíveis à data de conclusão do referido acordo (v., neste sentido, Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, n.º 84; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 80 a 82). Ora, no caso em apreço, os supostos efeitos potenciais alegados, quer sejam não restritivos de concorrência ou pró-concorrenciais, baseiam-se em circunstâncias hipotéticas e, assim, imprevisíveis à data de conclusão do acordo Teva, tais como a decisão do IEP relativa à validade da patente 947 ou à entrada de outras sociedades de genéricos no mercado do Reino Unido, que não podem ser tidos em conta no âmbito do objetivo restritivo de concorrência (v., igualmente, n.ºs 667 e 668, *infra*).

- 645 Em seguida, no que respeita às alegações relativas à falta de natureza intrinsecamente anticoncorrencial das cláusulas do acordo Teva, cabe recordar, em primeiro lugar, que o carácter inerente às resoluções amigáveis das cláusulas de não contestação e de não comercialização não impede que os acordos de resolução amigável que incluem tais cláusulas possam ser qualificados como restrições de concorrência por objetivo (v. n.º 273, *supra*). É possível acrescentar que, embora as recorrentes aleguem a aplicabilidade da teoria das restrições acessórias ao acordo Teva, com o fundamento de que as suas cláusulas de não contestação e de não comercialização são necessárias e proporcionadas para a resolução amigável do litígio em causa, já foi considerado que este nexo de necessidade e de proporcionalidade podia ser quebrado em caso de constatação da existência de um incentivo para se sujeitar a tais cláusulas (v. n.º 291, *supra*). Assim, esta teoria apenas pode ser aplicada ao acordo Teva se a transferência de valor prevista pelo referido acordo não assumia uma natureza incentivadora (v. n.ºs 679 a 699, *infra*).
- 646 Importa considerar, em segundo lugar, que os argumentos invocados pelas recorrentes não permitem pôr em causa o carácter restritivo da cláusula de não contestação que figura no acordo Teva.
- 647 Nos termos desta cláusula, a Teva comprometeu-se a não contestar as patentes 947 e 339 a 341 no Reino Unido durante o período de vigência do acordo Teva, sendo precisado que não estava impedida de instaurar um processo de oposição contra estas patentes no IEP (artigo 2.º4 do acordo Teva).
- 648 A Comissão considerou, na decisão recorrida, que esta cláusula de não contestação tinha duas consequências principais, sendo a primeira impedir a Teva de demonstrar que o produto que pretendia comercializar não era contrafeito e a segunda criar entraves a um exame jurídico objetivo da validade das patentes das recorrentes no Reino Unido (considerando 1546).
- 649 Importa observar, antes de mais, que as recorrentes não contestam esta primeira consequência da cláusula de não contestação constante do acordo Teva, mas alega que tal consequência é específica de qualquer cláusula de não contestação que figure numa resolução amigável (v. n.º 625, *supra*). Ora, cabe recordar, a este respeito, que a inerência de tal cláusula para a resolução amigável não basta, por si só, para excluir a constatação de um objetivo anticoncorrencial (v. n.ºs 273 e 645, *supra*).
- 650 Em seguida, deve considerar-se que, no caso em apreço, é indiferente que a cláusula de não contestação apenas seja relativa aos processos contenciosos no Reino Unido e não inclua os processos contenciosos no IEP, uma vez que o âmbito de aplicação territorial do acordo Teva está limitado ao Reino Unido, no qual toda a contestação da validade da patente 947 e das patentes de processo é proibida. Importa recordar, a este respeito, que um acordo pode ser qualificado como restrição por

objetivo, mesmo que o seu âmbito de aplicação territorial se limite a um Estado-Membro (v., neste sentido, Acórdão de 24 de setembro de 2009, Erste Group Bank e o./Comissão, C-125/07 P, C-133/07 P e C-137/07 P, EU:C:2009:576, n.º 38, e jurisprudência referida).

651 Além disso, mesmo que, como alegam as recorrentes, a cláusula de não contestação não seja suscetível de produzir efeitos sobre o processo de revogação da patente 947 instaurado no Reino Unido por uma filial da Teva, processo que foi suspenso até ser proferida uma decisão definitiva no processo de oposição no IEP não visado pelo acordo Teva, continua a ser verdade que esta cláusula impede, pelo menos, a propositura de outras ações de invalidade desta patente durante todo o período de vigência do acordo Teva e que, segundo os termos do artigo 2.º do referido acordo, esta proibição respeita tanto à Teva UK Ltd como às suas filiais e tanto às ações diretas como a qualquer assistência a um terceiro com vista a invalidar as patentes das recorrentes. Por conseguinte, no caso em apreço, é irrelevante a participação ativa da Teva no processo de oposição no IEP, nomeadamente, pela comunicação das decisões dos órgãos jurisdicionais do Reino Unido relativas à validade da patente 947, alegada pelas recorrentes (v. n.º 635, *supra*).

652 Por outro lado, não se pode criticar a Comissão por não ter demonstrado que existia um fundamento sério para pôr em causa a validade das patentes de processo das recorrentes (v. n.º 635, *supra*). Com efeito, tal prova não é exigida para demonstrar o caráter restritivo de uma cláusula de não contestação, o qual depende da eliminação de possibilidades reais e concretas de ultrapassar os obstáculos ligados às patentes, que não pressupõem necessariamente, para serem demonstrados, a prova de uma procedência provável da ação de declaração de invalidade das patentes em causa (v. n.º 368, *supra*).

653 Por último, é irrelevante a alegação das recorrentes segundo a qual a cláusula de não contestação não impedia de forma alguma terceiros de contestarem as suas patentes (v. n.º 635, *supra*). Com efeito, tal alegação relativa à produção de efeitos potenciais do acordo Teva unicamente sobre esta sociedade de genéricos não põe em causa, enquanto tal, o caráter restritivo da cláusula de não contestação que consta do acordo Teva (v., igualmente, n.ºs 556 e 557, *supra*).

654 Importa considerar, em terceiro lugar, que a cláusula de compra exclusiva foi corretamente qualificada pela Comissão como restritiva da concorrência.

655 Esta cláusula, tal como prevista pelo artigo 3.º do acordo Teva, tem a seguinte redação:

### «3. Obrigação de compra exclusiva

3.1. Durante o período de vigência do presente Contrato, a Teva deverá comprar todo o Perindopril de que a própria e as suas Filiais necessitem para o fornecerem ou colocarem à disposição no Reino Unido, exclusivamente à Servier ou às suas Filiais.

[...]

3.3. A Teva não deverá vender ativamente ou promover o Produto a clientes fora do Reino Unido e deverá garantir que as suas Filiais façam o mesmo.

3.4. Sob reserva da receção pela Servier ou pelas suas Filiais de encomendas confirmadas da Teva para as quantidades de Produto abaixo indicadas, apresentadas nas Datas de Encomenda ou antes, a Servier ou as suas Filiais deverão fornecer à Teva as quantidades seguintes de Produto antes das datas em seguida referidas:

3.4.1. 150 000 (cento e cinquenta mil) caixas de 30 comprimidos de 2 mg deste momento até 1 de agosto de 2006 e durante os meses seguintes 75 000 (setenta e cinco mil) de tais caixas por mês;

3.4.2. 240 000 (duzentas e quarenta mil) caixas de 30 comprimidos de 4 mg deste momento até 1 de agosto de 2006 e durante os meses seguintes 120 000 (cento e vinte mil) de tais caixas por mês;

3.4.3. 80 000 (oitenta mil) caixas de 30 comprimidos de 8 mg deste momento até 1 de janeiro de 2007 (ou qualquer data que as partes podem acordar) e durante os meses seguintes 40 000 (quarenta mil) de tais caixas por mês.

[...]

3.8. Se, no âmbito de um mês qualquer, durante o período de vigência do presente Contrato:

3.8.1. a Servier receber da Teva encomendas confirmadas para o Produto, para entrega no Reino Unido durante este mês, tendo estas encomendas confirmadas sido sujeitas às Datas de Encomenda relevantes ou antes; e

3.8.2. A Servier e as suas Filiais, num prazo de dez Dias Úteis seguintes à data de entrega correspondente, não entregarem à Teva o Produto total encomendado por esta, em conformidade com as disposições das Cláusulas 3.4 e 3.8.1 para uma entrega durante este mês,

3.8.3. A Servier deverá, em conformidade com a cláusula 3.9, pagar à Teva Indemnizações Fixas em relação a este mês e a Teva e as suas Filiais não terão qualquer outro direito ou recurso (incluindo qualquer direito de rescisão) pelos incumprimentos da Servier no fornecimento do Produto à Teva.

[...]».

<sup>656</sup> Importa igualmente recordar que, em virtude da cláusula de não comercialização prevista pelo artigo 2.3 do acordo Teva, esta, no Reino Unido, não devia produzir, mandar produzir, deter, importar, fornecer, propor fornecer ou dispor de perindopril genérico, que este perindopril é produzido em conformidade com o processo que tinha desenvolvido e que a Servier considerava que violava as patentes 947 e 339 a 341 ou que violava estas patentes até à rescisão ou à expiração do acordo Teva ou à expiração das referidas patentes.

<sup>657</sup> A Comissão entendeu, nos considerandos 1552 a 1555 da decisão recorrida, que, na medida em que a cláusula de não comercialização (artigo 2.3) e a cláusula de compra exclusiva (artigo 3.1) do acordo Teva afetavam a capacidade de concorrência da Teva ou a sua liberdade de escolher com toda independência as suas fontes de perindopril destinado ao mercado do Reino Unido, estas cláusulas seriam analisadas como uma única obrigação de não concorrência. Precisou que pouco importava o estatuto das eventuais fontes alternativas de perindopril em termos de patente (contrafeita ou não contrafeita), uma vez que as únicas opções abertas à Teva pela cláusula de compra exclusiva são vender exclusivamente o produto da Servier ou receber uma quantia monetária em compensação pela falta de fornecimento (indemnização fixa de 500 000 GBP por mês).

<sup>658</sup> Há que considerar que as alegações das recorrentes contra esta apreciação da Comissão assentam numa interpretação errada da cláusula de compra exclusiva do acordo Teva.

<sup>659</sup> Com efeito, resulta do acordo Teva uma alternativa entre o fornecimento e o pagamento de uma indemnização na falta de fornecimento, uma vez que, a par da obrigação de fornecimento, certamente referida enquanto tal no artigo 3.4 do acordo Teva, estava expressamente prevista a possibilidade de não fornecimento, que não era possível contestar perante um juiz, nem suscetível de dar lugar a uma rescisão pela Teva, nem mesmo sujeita a condições, nomeadamente uma limitação no tempo, distintas do pagamento de uma indemnização (artigos 3.8.2, 3.8.3 e 8.3 do acordo Teva).

- 660 Importa precisar que a proibição de contestação e de rescisão em caso de falta de fornecimento prevista pelo artigo 3.8.3 do acordo Teva (a seguir, «cláusula de não rescisão») desempenha um papel determinante nesta interpretação da cláusula de compra exclusiva, uma vez que substitui a sanção de incumprimento de uma obrigação contratual por um juiz ou pelo fim da relação contratual por uma compensação financeira pré-estabelecida e, assim, cria uma alternativa entre um fornecimento e uma indemnização. A este respeito, é indiferente o facto de esta indemnização ser a consequência do incumprimento de uma obrigação de fornecimento ou de uma possibilidade oferecida à Servier de não fornecer a Teva.
- 661 Daqui resulta, com efeito, em todos os casos, assim como a Comissão considerou corretamente na decisão recorrida (considerando 1559), uma opção de não abastecimento deixada à total discricionariedade da Servier, que impede a Teva de entrar no mercado e impede igualmente a equiparação das cláusulas em causa às que caracterizam habitualmente um acordo de fornecimento.
- 662 Em contrapartida, a Teva estava sujeita a uma obrigação de compra exclusiva, qualificada corretamente como «absoluta» pela Comissão (considerando 1588 da decisão recorrida), na medida em que a Teva não podia deixar de cumpri-la para eventualmente se abastecer junto de outros fornecedores de perindopril, quer seja contrafeito ou não contrafeito, e entrar no mercado com este perindopril, mesmo em caso de não fornecimento da Servier, uma vez que a rescisão do acordo por este motivo estava excluída em virtude da cláusula de não rescisão. Como a Comissão afirmou corretamente no considerando 1557 da decisão recorrida, a cláusula de não rescisão, tal como conjugada com a cláusula de compra exclusiva, obrigava a Teva a abastecer-se de perindopril genérico unicamente junto da Servier e, assim, impedia-a de se abastecer junto de outros fornecedores, incluindo aqueles que não infringem as patentes da Servier.
- 663 Daqui resulta que as cláusulas de compra exclusiva e de não rescisão não só se confundem parcialmente com a obrigação de não comercialização prevista pelo artigo 2.3 do acordo Teva, na medida em que proíbem a aquisição e, por conseguinte, a venda do perindopril que infringe as patentes controvertidas produzidas por terceiros, mas alargam igualmente esta obrigação para além das patentes controvertidas, na medida em que proíbem a aquisição e a venda de perindopril produzido por terceiros que não infringe as patentes controvertidas.
- 664 Daqui resulta que as cláusulas de compra exclusiva e de não rescisão do acordo Teva são, enquanto tais, particularmente suscetíveis de impedir o fornecimento da Teva e, assim, de excluir a sua entrada no mercado com o produto de terceiro, e que esta entrada está, por outro lado, já excluída tanto para os produtos das recorrentes como para os que provêm de terceiros para a cláusula de não comercialização prevista pelo artigo 2.3 do acordo, cujo carácter restritivo de concorrência as recorrentes não contestam.
- 665 Importa considerar, além disso, que a limitação da cláusula de compra exclusiva, como, de resto, da cláusula de não comercialização, ao perindopril erbumina não pode pôr em causa o seu carácter restritivo (v. n.º 626, *supra*).
- 666 Com efeito, as recorrentes sublinham que estas cláusulas não respeitavam ao perindopril erbumina e não contestam que o produto que a Teva pretendia comercializar no momento da conclusão do acordo Teva era o perindopril erbumina. Assim, as cláusulas de não comercialização e de compra exclusiva impediam a Teva de entrar no mercado com o perindopril erbumina que pretendia comercializar durante o período de vigência do acordo Teva. Por conseguinte, mesmo quando a Teva podia ter entrado no mercado com perindopril composto por um sal distinto da erbumina durante o período abrangido pelo acordo Teva, não deixa de ser verdade que este acordo impedia a Teva de concorrer com as recorrentes com o perindopril erbumina e limitava a concorrência a este respeito. Além disso, pode afirmar-se que os elementos de prova fornecidos pelas recorrentes para demonstrar a entrada da Teva no mercado do Reino Unido com um sal distinto da erbumina eram relativos a dados posteriores à expiração do acordo Teva.

- 667 Por outro lado, são irrelevantes as alegações das recorrentes relativas aos efeitos potenciais ambivalentes da cláusula de compra exclusiva (v. n.º 636, *supra*). Com efeito, importa recordar que tais efeitos potenciais, baseados, no caso em apreço, em circunstâncias imprevisíveis à data de conclusão do acordo Teva, não podem ser tidos em conta no âmbito da análise do objetivo restritivo de concorrência (v. n.º 644, *supra*). É possível acrescentar que, em todo caso, contrariamente ao que alegam as recorrentes, não se pode considerar que os alegados efeitos potenciais do acordo Teva não eram restritivos de concorrência ou mesmo pró-concorrenciais.
- 668 Com efeito, se a patente 947 tivesse sido invalidada pelo IEP, o acordo Teva tê-la-ia impedido de entrar no mercado com o seu produto ou com o produto da Krka em virtude da cláusula de não comercialização, que continua em vigor — como confirma a referência à «expiração» das patentes no artigo 2.3 do acordo Teva, por oposição ao termo «revogação» utilizado no artigo II do aditamento ao acordo Teva —, ao passo que esta invalidação teria permitido a entrada no mercado de produtos genéricos que são potencialmente contrafações desta patente. Além disso, mesmo admitindo que as recorrentes forneceram à Teva perindopril genérico nesta hipótese, conforme afirmam (v. n.º 616, *supra*), esta entrada da Teva no mercado com o produto genérico das recorrentes não criou uma situação de concorrência em relação a estas e, além disso, a Teva não foi a única e, por isso, a primeira a entrar no mercado tendo em conta a referida entrada de outras sociedades de genéricos. De igual modo, na hipótese de a validade da patente 947 ter sido confirmada pelo IEP, a Teva continuaria impedida de se abastecer de perindopril genérico, incluindo não contrafeito, junto de empresas distintas das recorrentes, e o seu fornecimento pelas recorrentes, ainda mais hipotético neste caso, como as próprias reconhecem (v. n.º 636, *supra*), também não teria permitido uma entrada em situação de concorrência com as recorrentes. Há que acrescentar, a este último respeito, que a circunstância de a Comissão ter fixado o fim da infração na data de entrada da Teva no mercado do Reino Unido com o produto das recorrentes não pode ser interpretado no sentido de que confirma o reconhecimento, pela Comissão, do facto de que a Teva entrou no mercado em julho de 2007 em situação de concorrência com as recorrentes. Com efeito, a própria Comissão referiu na decisão recorrida (considerandos 2125 e 3133) que a fixação do fim da infração em 6 de julho de 2007 era explicada por uma preocupação de prudência e pela vontade de estabelecer uma data favorável para as partes contratantes.
- 669 Pelas mesmas razões, são igualmente irrelevantes no caso em apreço as alegações das recorrentes relativas à sua intenção de fornecer a Teva em caso de invalidação da patente 947 pelo IEP e ao objetivo de entrada antecipada da Teva, até enquanto primeira sociedade de genéricos, no mercado do Reino Unido.
- 670 Por último, a Comissão não pode ser criticada (v. n.º 624, *supra*) por se ter baseado, para confirmar a sua análise, na interpretação do acordo Teva efetuada pela High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], no seu Acórdão de 9 de outubro de 2008 (considerandos 1572 e 1573 da decisão recorrida).
- 671 Resulta do exposto que a Comissão não apreciou erradamente as cláusulas de compra exclusiva e de não rescisão do acordo Teva, ao considerar que estas duas cláusulas, conjugadas com a cláusula de não comercialização do artigo 2.3 do acordo Teva, deviam ser analisadas globalmente numa «obrigação de não concorrência» (considerando 1552 da decisão recorrida) e, assim, numa obrigação global de não comercialização imposta à Teva.
- 672 Daqui resulta que, contrariamente ao que alegam, em substância, as recorrentes, estas cláusulas não correspondem nem às que figuram habitualmente num acordo de fornecimento nem às que figuram num acordo de compra exclusiva (v., igualmente, n.ºs 661 e 662, *supra*) e, por isso, não podem ser analisadas ao mesmo título que as que constam de um acordo acessório a uma resolução amigável, uma vez que tais acordos correspondem a acordos comerciais comuns (v. n.ºs 798 a 808, *infra*).

- 673 Daqui resulta igualmente que devem ser julgados improcedentes os argumentos das recorrentes baseados em acordos de fornecimento ou de compra exclusiva comuns.
- 674 Em particular, o facto alegado pelas recorrentes segundo o qual tais acordos fazem parte de uma prática corrente no setor farmacêutico é, no caso em apreço, irrelevante, uma vez que a cláusula de compra exclusiva do acordo Teva não corresponde às cláusulas correntes evocadas pelas recorrentes. Há que acrescentar que, em todo caso, as práticas de empresas privadas, mesmo toleradas ou aprovadas pela autoridade pública de um Estado-Membro, não se podem impor na aplicação das regras de concorrência do Tratado (Acórdão de 17 de janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, EU:C:1984:9, n.º 40).
- 675 Também não é relevante o Regulamento n.º 2790/1999, tanto mais que, em virtude do seu artigo 2.º, n.º 4, não é aplicável aos acordos de exclusividade concluídos por empresas concorrentes, como as que estão em causa no processo principal que visam comercializar o perindopril em seu próprio nome. Com efeito, considerou-se que a Teva era um concorrente potencial das recorrentes (v. n.º 614, *supra*) e esta qualidade não é posta em causa pela conclusão de um acordo habitualmente concluído entre empresas que atuam a níveis diferentes da cadeia de produção ou de distribuição.
- 676 Quanto à apreciação pela Comissão do acordo Servier-Generics concluído menos de um ano após o acordo Teva, há que observar que a Comissão constatou, no considerando 745 da decisão recorrida, sem ser contrariada pelas recorrentes, que a cláusula de compra exclusiva que consta neste outro acordo não previa qualquer pagamento ou indemnização em caso de não fornecimento pelas recorrentes. Por outro lado, resulta dos autos que esta cláusula também não era conjugada com uma cláusula de não rescisão e uma cláusula de não comercialização, na falta de perindopril concorrente desenvolvido pela Generics, pelo que as apreciações relativas a este acordo não podem ser transpostas para o acordo Teva.
- 677 Por último, na medida em que a Comissão evidenciou claramente os aspetos específicos e problemáticos no caso em apreço da cláusula de compra exclusiva do acordo Teva (v., nomeadamente, considerando 1553 a 1574 da decisão recorrida), não se pode deduzir da decisão recorrida que a Comissão proibiu, em princípio, qualquer conclusão concomitante de um acordo de distribuição exclusiva e de um acordo de resolução amigável.
- 678 Resulta do exposto que a Comissão considerou corretamente que o acordo Teva limitava os esforços da Teva para fazer concorrência às recorrentes.

*ii) Quanto à inexistência de vantagem incentivadora*

- 679 A Comissão considerou, na decisão recorrida, que o montante inicial de 5 milhões de GBP (a seguir «montante inicial») e a indemnização fixa de 500 000 GBP por mês no montante total de 5,5 milhões de GBP, que cobriam os onze meses de não fornecimento da Servier (a seguir «indemnização fixa final»), representavam uma quantia monetária substancial, de 10,5 milhões de GBP, que tinha servido de incentivo significativo para a Teva não concorrer com as recorrentes (considerando 1622).
- 680 A fim de determinar se um pagamento compensatório, ou seja, uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos, constitui, ou não, um incentivo para aceitação de cláusulas de não contestação e de não comercialização, há que examinar, tendo em conta a sua natureza e a sua justificação, se cobre os custos inerentes à resolução amigável do litígio. Assim, na decisão recorrida, a Comissão examinou corretamente se a transferência de valor correspondia aos custos específicos da resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos (considerando 1592 a 1599 da decisão recorrida).

- 681 Na hipótese de o pagamento compensatório previsto num acordo de resolução amigável incluir cláusulas restritivas de concorrência que visam compensar os custos inerentes à resolução amigável suportados pela sociedade de genéricos, este pagamento não pode, em princípio, ser considerado um incentivo. A constatação da existência de um incentivo e de uma restrição de concorrência por objetivo não está, assim, excluída nesta hipótese. No entanto, pressupõe que a Comissão estabeleça que os montantes correspondentes a estes custos inerentes à resolução amigável, mesmo determinados e avaliados com precisão pelas partes nesta resolução, têm um caráter excessivo (v. n.º 278, *supra*).
- 682 Os custos inerentes à resolução amigável do litígio abrangem, nomeadamente, as despesas processuais suportadas pela sociedade de genéricos no âmbito do litígio que a opõe à sociedade de medicamentos originais. Com efeito, a assunção destas despesas está diretamente ligada a tal resolução amigável. Por conseguinte, quando os montantes das despesas processuais da sociedade de genéricos estão estipulados pelas partes na resolução amigável, a Comissão apenas pode constatar o seu caráter incentivador através da demonstração de que estes são desproporcionados (v. n.º 279, *supra*).
- 683 Em contrapartida, algumas despesas que incumbem à sociedade de genéricos são, *a priori*, demasiado exteriores ao litígio e à sua resolução para poderem ser consideradas inerentes à resolução amigável de um litígio em matéria de patentes. Trata-se, por exemplo, dos custos de produção dos produtos contrafeitos, que correspondem ao valor do armazenamento dos referidos produtos, assim como às despesas de investigação e de desenvolvimento suportadas para desenvolverem estes produtos. O mesmo é válido quanto às quantias que devem ser pagas pela sociedade de genéricos a terceiros devido a compromissos contratuais concluídos fora do litígio (por exemplo, contratos de fornecimento). Assim, cabe às partes no acordo, caso pretendam que o pagamento destas despesas não seja qualificado como incentivo e como constitutivo de um indício da existência de uma restrição de concorrência por objetivo, demonstrar que as mesmas são inerentes ao litígio ou à sua resolução e, em seguida, justificar o seu montante. Podem igualmente, para os mesmos fins, basear-se no montante insignificante do reembolso destas despesas *a priori* não inerentes à resolução amigável do litígio e, assim, insuficiente para constituir um incentivo significativo para aceitação das cláusulas restritivas de concorrência previstas pelo acordo de resolução (v. n.º 280, *supra*).

– Quanto à indemnização fixa final

- 684 Contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão considerou, corretamente, que a indemnização fixa final representava um pagamento efetuado à Teva em troca do seu compromisso de não concorrer com a Servier (considerando 1588 da decisão recorrida) e, por isso, um incentivo para se sujeitar a uma obrigação de não comercialização. Com efeito, tendo a Comissão estimado corretamente que as cláusulas de compra exclusiva e de não rescisão do acordo Teva equivaliam a impor uma obrigação de não comercialização que excluía a Teva do mercado (v. n.º 671, *supra*) e prevendo os artigos 1.8 e 3.8.3 do acordo Teva o pagamento de uma indemnização fixa de 500 000 GBP por mês em caso de não fornecimento do produto e, assim, de concretização desta exclusão do mercado, a indemnização fixa constitui claramente a contrapartida da não entrada no mercado de Teva.
- 685 A este respeito, é irrelevante o argumento das recorrentes segundo o qual a indemnização fixa é um instrumento contratual clássico no direito inglês e reflete o que podia ser concedido por um juiz por incumprimento de uma obrigação de fornecimento. Com efeito, a existência do incentivo deduz-se, no presente litígio, do facto de o pagamento ser efetuado, não a título de compensação de custos inerentes à resolução amigável ou de execução de um acordo de fornecimento comum, mas em contrapartida da não entrada no mercado tal como prevista pelas cláusulas referidas, independentemente do instrumento jurídico utilizado para realizar esta contrapartida e do facto de esta contrapartida equivaler à indemnização concedida por um juiz (v. n.ºs 680 e 681, *supra*).

686 Também não é suscetível de pôr em causa o caráter incentivador da indemnização fixa final a comparação efetuada pelas recorrentes com a apreciação da Comissão relativa aos acordos Lundbeck-Neolab (v. n.ºs 394 a 398, *supra*).

– *Quanto ao montante inicial*

687 Quanto ao montante inicial previsto pelo artigo 10.1 do acordo Teva, há que considerar que os argumentos invocados pelas recorrentes não permitem pôr em causa a constatação, pela Comissão, da existência de um incentivo.

688 Importa recordar, a este respeito, que o artigo 10.1 do acordo Teva prevê que:

«A Servier deverá, sob reserva da receção de uma fatura adequada da Teva, pagar ou garantir que uma das suas filiais paga à Teva 5 000 000 [de GBP] num prazo de dez dias úteis seguintes à receção da fatura da Teva. Esta fatura pode ser emitida no momento da assinatura do presente [acordo] e será devida imediatamente, sempre sob a condição de que a Servier terá 10 dias úteis para efetuar o pagamento. Este pagamento será uma contribuição para os custos suportados pela Teva a fim de preparar a conclusão do presente [acordo], incluindo, mas sem se limitar a estes, os custos de rescisão dos seus acordos de fornecimento existentes no Reino Unido.»

689 Na decisão recorrida, a Comissão constatou, a título preliminar, que a Teva não tinha comunicado *ex post* qualquer valor exato relativo aos diferentes custos que teriam sido compensados pelo montante inicial, com exceção das custas judiciais estimadas em menos de 100 000 euros para a ação instaurada pela Ivax contra a Servier no Reino Unido (considerandos 1594 e 1597). Não obstante, efetuou uma avaliação de outras despesas suscetíveis, em seu entender, de estar abrangidas pelo artigo 10.1 do acordo Teva, entre as quais as que correspondem ao valor das existências de perindopril da Teva que devia ser destruído e aos custos de desenvolvimento do perindopril, para daí deduzir que representavam no total menos de 40% do montante inicial (considerandos 1596 a 1599 da decisão recorrida).

690 Daqui se deduz que a Comissão considerou que, mesmo que determinadas despesas abrangidas pelo artigo 10.1 do acordo Teva pudessem ser consideradas inerentes à transação no litígio que opunha as recorrentes à Teva, esta não tinha avaliado as despesas em causa, nem *a fortiori* demonstrado o seu montante, com exceção das despesas processuais que foram avaliadas, mas de forma aproximativa e sem estabelecimento do seu montante. Com efeito, a Comissão evoca na decisão recorrida o facto de a Teva apenas ter «referido» (considerando 797) ou «comunicado» (considerando 1597) um montante «de menos de 100 000 euros» a título destas despesas processuais e confirmou, em resposta a uma questão colocada na audiência, que a Teva não tinha acompanhado a sua estimativa quantificada com nenhum comprovativo.

691 Ora, as recorrentes não invocam qualquer argumento, nem *a fortiori* apresentam qualquer elemento, tal como a «fatura adequada» referida no artigo 10.1 do acordo, suscetível de pôr em causa esta análise da Comissão.

692 As recorrentes limitam-se, em primeiro lugar, a referir a «destruição de existências», indicando o seu valor. Ora, a indemnização do valor das existências a destruir não pode, *a priori*, ser qualificada como despesa inerente a uma resolução amigável (v. n.ºs 280 e 683, *supra*).

693 Em todo caso, as recorrentes não estabelecem o valor das referidas existências. Com efeito, por um lado, o montante em euros que alegam não corresponde ao montante em libras esterlinas que consta da decisão recorrida (considerando 1596), tendo em conta a taxa de câmbio tida em conta pela Comissão (v., nomeadamente, nota n.º 4109 da decisão recorrida). Por outro, e sobretudo, as recorrentes não apresentam em apoio da sua alegação qualquer outra prova além das suas próprias declarações e das declarações da Teva em resposta à comunicação de acusações, bem como um

documento da Teva que não menciona tal dado numérico. Assim, mesmo que devesse ser considerado que, no caso em apreço, o pagamento do valor das existências dos produtos da Teva que deviam ser destruídos era inerente ao acordo Teva, na medida em que esta destruição estava prevista pelo referido acordo (artigo 2.2), este pagamento não poderia, na falta de justificação do seu montante, escapar à qualificação de pagamento incentivador (v. n.º 683, *supra*).

- 694 As recorrentes evocam, em segundo lugar, uma quantia de 1 milhão de GBP que a Teva considerava dever pagar a um dos seus parceiros comerciais devido à rutura da parceria comercial em causa. Além do facto de as quantias deverem ser pagas pela sociedade de genéricos a terceiros em razão da rescisão de contratos em vigor não serem *a priori* despesas inerentes a uma resolução amigável (v. n.º 683, *supra*), pode afirmar-se que a quantia alegada não resulta de forma alguma do contrato em causa junto em anexo à petição.
- 695 Embora as recorrentes afirmem, em terceiro lugar, que o montante inicial correspondia às indemnizações que deviam pagar à Teva em caso de injunção emitida erradamente e que evitaram pagar graças ao acordo Teva, há que observar que, com esta alegação, as recorrentes pretendem, em substância, demonstrar o carácter justificado do montante inicial através da comparação deste montante com o montante de despesas de natureza diferente e não previstas pelo artigo 10.1 do acordo. Com efeito, esta disposição, estando redigida de forma não restritiva, limita-se aos «custos suportados pela Teva» e não inclui os custos em que incorram ou que foram evitados pelas recorrentes. Na sua alegação, as recorrentes confundem igualmente o carácter justificado do montante inicial à luz da resolução amigável, único em causa no processo principal, e o carácter proporcionado deste montante para cuja apreciação a comparação proposta poderia, eventualmente, ser pertinente. Ora, importa recordar que se trata de duas apreciações distintas que cabe à Comissão efetuar sucessivamente. Assim, incumbe à Comissão, quando aprecia o carácter restritivo de uma resolução amigável de litígios em matéria de patentes que incluem uma transferência de valor, examinar, em primeiro lugar, se as despesas abrangidas pela transferência de valor são justificadas à luz da resolução amigável e, em particular, se a transferência de valor corresponde ao montante estipulado das despesas que, pela sua natureza, podem ser consideradas inerentes à transação, e posteriormente, em segundo lugar, se considerar estas despesas justificadas, verificar que o seu montante não é desproporcionado tendo em conta, nomeadamente, o tipo de despesas em causa (v. n.ºs 681 e 682, *supra*).
- 696 Em seguida, importa considerar que, mesmo admitindo que a alegada comparação possa ser relevante para verificar se o montante inicial era justificado à luz da resolução amigável, as recorrentes não fornecem qualquer avaliação dos custos alegadamente evitados. Com efeito, limitam-se a evocar indemnizações substanciais em caso de vencimento no processo sobre o mérito subsequente a uma injunção proferida a seu favor.
- 697 Por último, na medida em que as recorrentes alegam, em quarto lugar, que o montante inicial visava «proteger» a cláusula de compra exclusiva (v. n.º 628, *supra*), há que deduzir que consideram este montante uma contrapartida da referida cláusula e, assim, reconhecem em substância o seu carácter incentivador, uma vez que tal cláusula foi interpretada no sentido de que impõe uma obrigação de não comercialização à Teva (v. n.ºs 684 e 685, *supra*).
- 698 Daqui resulta que a Comissão teve validamente em conta, na decisão recorrida (considerandos 1608 e 1622), a existência no acordo Teva de um incentivo da Teva para se sujeitar às cláusulas de não comercialização e de não contestação previstas pelo referido acordo, sem ter além disso verificado, como alegam as recorrentes (v. n.º 628, *supra*), se estas cláusulas teriam tido um alcance restritivo menor na falta deste pagamento incentivador. Com efeito, a constatação de um incentivo para sujeição a cláusulas de não comercialização e de não contestação exige unicamente a presença de tais cláusulas, independentemente do seu alcance mais ou menos restritivo, e uma análise dos custos abrangidos pela transferência de valor em causa (v. n.ºs 680 e 681, *supra*).

699 A existência deste incentivo não pode ser posta em causa pela alegação das recorrentes segundo a qual a Comissão «misturou» erradamente o montante inicial e a indemnização fixa final para daí deduzir «uma transferência de valor líquido no montante de 10,5 milhões de GBP». É certo que, como afirmam corretamente as recorrentes, ao contrário do montante inicial fixado pelo artigo 10.1 do acordo Teva, o montante da indemnização fixa final resulta da execução do acordo Teva, em particular do não fornecimento da Teva pelas recorrentes, e não, no seu montante de 5,5 milhões de GBP, da cláusula em causa no acordo que prevê unicamente um montante mensal de indemnização de 500 000 GBP. Todavia, embora possa daí ser deduzido que o montante de 10,5 milhões de GBP corresponde ao da transferência de valor efetivamente pago à Teva e não ao da transferência de valor resultante apenas das cláusulas do acordo Teva, não deixa de ser verdade que esta transferência efetiva constitui igualmente, pelas mesmas razões que levaram a concluir pelo carácter incentivador do montante inicial e da indemnização mensal de 500 000 GBP, um incentivo para a totalidade do seu montante.

700 Daqui resulta que, tendo em consideração o exposto (v., em particular, n.ºs 265 a 271, *supra*), a Comissão, corretamente, deduziu da constatação deste incentivo, cujas duas componentes estavam previstas pelo acordo Teva, que este acordo tinha, desde a origem, um objetivo restritivo de concorrência.

701 Esta conclusão não é posta em causa pela alegada desvirtuação do objetivo do acordo Teva e das intenções das partes no referido acordo.

702 Com efeito, a alegação das recorrentes relativa à falta de intenção anticoncorrencial das partes no acordo Teva e à prossecução de objetivos legítimos, entre os quais, nomeadamente, a entrada antecipada da Teva, até como primeira sociedade de genéricos, no mercado do Reino Unido, não é suscetível de pôr em causa nem a existência de uma vantagem incentivadora nem o carácter restritivo da concorrência das cláusulas de não comercialização e de não contestação do acordo Teva (v., igualmente, n.º 669, *supra*). Por conseguinte, mesmo admitindo que os argumentos em causa se baseiam em factos demonstrados, não são suscetíveis, em todo caso, de invalidar a qualificação como restrição por objetivo do acordo Teva que a Comissão adotou.

703 Importa igualmente acrescentar que a intenção das partes não constitui um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um tipo de coordenação entre empresas (v. n.º 222, *supra*).

704 Além disso, na presença de cláusulas de não comercialização e de não contestação, cujo carácter intrinsecamente restritivo não foi validamente posto em causa, o acordo Teva podia ser considerado corretamente pela Comissão, devido à constatação da existência de um incentivo, um acordo de exclusão do mercado, prosseguindo, assim, um objetivo anticoncorrencial. Ora, segundo jurisprudência constante, a mera circunstância de um acordo prosseguir igualmente objetivos legítimos não pode bastar para impedir uma qualificação como restrição de concorrência por objetivo (v. n.º 222, *supra*).

*iii) Quanto à alegação, invocada a título subsidiário, relativa à duração da infração*

705 As recorrentes criticam a Comissão por ter considerado como início da infração que lhes é imputada a título do acordo Teva a data de conclusão deste acordo (em 13 de junho de 2006), em vez da data de obtenção da AIM pela Teva no Reino Unido (em 12 de dezembro de 2006) (v. n.º 641, *supra*).

706 Importa recordar, a este respeito, que, por um lado, o exame das condições de concorrência e das restrições introduzidas a esta concorrência assenta não apenas na concorrência atual que fazem as empresas já presentes no mercado, mas também na concorrência potencial entre estas empresas estabelecidas e outras empresas ainda não presentes no mercado (v., Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 85, e jurisprudência referida) e que, por outro, a Comissão considerou, corretamente, que a Teva era uma concorrente potencial das

recorrentes à data de conclusão do acordo Teva (v. n.º 614, *supra*), mesmo que não dispusesse de uma AIM nesta data (v. n.ºs 478 e 599, *supra*). Daqui resulta que a Comissão não cometeu um erro ao considerar que a concorrência tinha sido limitada desde a conclusão do acordo Teva, em 13 de junho de 2006, e que a infração imputada às recorrentes a título deste acordo tinha início nesta data.

707 A alegação que critica a apreciação, pela Comissão, da duração da infração adotada a título do acordo Teva deve, por conseguinte, ser julgada improcedente, tal como o fundamento relativo a erros de direito e de apreciação na qualificação do acordo Teva como restrição por objetivo.

***c) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito do acordo Teva***

708 As recorrentes alegam que a Comissão cometeu diferentes erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito do acordo Teva.

709 Aplicando *mutatis mutandis* as considerações desenvolvidas nos n.ºs 566 a 570, *supra*, há que julgar inoperante o presente fundamento.

***8. Quanto ao acordo concluído com a Lupin***

***a) Quanto à qualidade de concorrente potencial da Lupin***

[*omissis*]

***b) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por objetivo do acordo concluído com a Lupin***

***1) Argumentos das partes***

[*omissis*]

***2) Apreciação do Tribunal Geral***

787 No que respeita ao fundamento relativo à própria constatação da infração, há que examinar em primeiro lugar os argumentos das recorrentes que visam pôr em causa as duas condições que permitem conduzir a uma constatação de restrição por objetivo, ou seja, a vantagem incentivadora em relação à sociedade de genéricos e a limitação correlativa dos esforços desta para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais. Em seguida, importa examinar se a Comissão podia, corretamente, concluir pela existência de uma infração. Por último, há que garantir que a Comissão não cometeu um erro na delimitação material desta infração.

788 No que respeita ao fundamento relativo à duração da infração, invocado a título subsidiário pelas recorrentes, será examinado em último lugar.

***i) Quanto à inexistência de vantagem incentivadora***

789 Resulta do artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, assim como de jurisprudência constante que, no domínio do direito da concorrência, em caso de litígio sobre a existência de uma infração, compete à Comissão apresentar a prova das infrações por ela verificadas e produzir os elementos probatórios adequados à demonstração juridicamente satisfatória da existência dos factos constitutivos da infração

(Acórdãos de 17 de dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão*, C-185/95 P, EU:C:1998:608, n.º 58, e de 8 de julho de 1999, *Comissão/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, EU:C:1999:356, n.º 86; v., igualmente, Acórdão de 12 de abril de 2013, *CISAC/Comissão*, T-442/08, EU:T:2013:188, n.º 91, e jurisprudência referida).

790 Nesse contexto, a existência de dúvidas no espírito do juiz deve aproveitar à empresa destinatária da decisão que declara uma infração. O juiz não pode, pois, concluir que a Comissão fez prova bastante da existência da infração em causa se subsistir ainda no seu espírito uma dúvida sobre essa questão, nomeadamente no quadro de um recurso que visa a anulação de uma decisão que aplica uma coima (v., Acórdão de 12 de abril de 2013, *CISAC/Comissão*, T-442/08, EU:T:2013:188, n.º 92, e jurisprudência referida).

791 Com efeito, é necessário ter em conta a presunção de inocência, tal como resulta, nomeadamente do artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais. Atenta a natureza das infrações em causa, bem como a natureza e o grau de severidade das sanções que se podem ligar a estas, a presunção de inocência aplica-se, designadamente, aos processos relativos a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas suscetíveis de conduzir à aplicação de coimas ou de sanções pecuniárias compulsórias (v., Acórdão de 12 de abril de 2013, *CISAC/Comissão*, T-442/08, EU:T:2013:188, n.º 93, e jurisprudência referida).

792 Além disso, há que ter em conta o prejuízo não insignificante para a reputação que representa, para uma pessoa singular ou coletiva, a constatação de que está envolvida numa infração às regras da concorrência (v., Acórdão de 12 de abril de 2013, *CISAC/Comissão*, T-442/08, EU:T:2013:188, n.º 95, e jurisprudência referida).

793 Assim, é necessário que a Comissão apresente provas precisas e concordantes para demonstrar a existência da infração e para fundamentar a convicção firme de que as infrações alegadas constituem restrições da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., Acórdão de 12 de abril de 2013, *CISAC/Comissão*, T-442/08, EU:T:2013:188, n.º 96, e jurisprudência referida).

794 Há que sublinhar que cada uma das provas apresentadas pela Comissão não tem de corresponder necessariamente a estes critérios em relação a cada elemento da infração. Com efeito, o conjunto de indícios invocado pela instituição, apreciado globalmente, pode preencher este requisito (v., Acórdão de 12 de abril de 2013, *CISAC/Comissão*, T-442/08, EU:T:2013:188, n.º 97, e jurisprudência referida).

795 A existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrencial deve talvez mesmo ser inferida de um determinado número de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras de concorrência (Acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 57).

796 Por exemplo, embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, ser identificado a uma prática concertada, pode constituir, todavia, um indício sério, quando leva a condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado (Acórdão de 14 de julho de 1972, *Farbenfabriken Bayer/Comissão*, 51/69, EU:C:1972:72, n.º 25).

797 De igual modo, a presença de um acordo acessório, segundo a expressão utilizada pela Comissão no considerando 1190 da decisão recorrida, é suscetível de constituir, quanto à resolução amigável de um litígio em matéria de patente, um indício sério da existência de um incentivo e, por conseguinte, de uma restrição de concorrência por objetivo (v. n.ºs 265 a 273, *supra*).

798 Há que precisar que um acordo acessório é um acordo comercial comum «associado» a um acordo de resolução amigável de um litígio que inclui cláusulas que têm, em si mesmas, um caráter restritivo (v. n.º 257, *supra*). Tal associação existe nomeadamente quando os dois acordos são celebrados no mesmo

dia, quando estão juridicamente ligados, estando o carácter vinculativo de um dos acordos condicionado à conclusão de outro acordo, ou ainda quando, tendo em conta o contexto em que são celebrados, a Comissão está em condições de demonstrar que são indissociáveis. Pode acrescentar-se que, quanto mais importante for a proximidade temporal entre a conclusão dos acordos, mais fácil será para a Comissão demonstrar este carácter indissociável.

- 799 Importa ainda observar que o facto de o acordo de resolução amigável e o acordo acessório serem concluídos no mesmo dia ou de existir um vínculo contratual entre estes é revelador de que estes acordos integram um mesmo conjunto contratual. Com efeito, caso tais acordos não fossem concluídos no mesmo dia (e na falta de vínculo contratual entre estes), uma das partes na negociação concedia à outra parte tudo o que esta pretendesse sem qualquer certeza de que a contrapartida esperada acabasse por regressar a si. Esta ligação temporal ou jurídica entre os dois acordos constitui igualmente um indício de que foram objeto de uma negociação comum.
- 800 Ora, o acordo acessório é um acordo comercial comum que pode existir de forma autónoma sem que a resolução amigável de um litígio esteja em causa. Reciprocamente, a conclusão de um acordo de resolução amigável não impõe a conclusão concomitante de um acordo comercial. Assim, a associação dos dois acordos não é necessária. Além disso, não pode ser justificada pela resolução amigável de um litígio, uma vez que o acordo acessório não tem por objeto chegar a tal resolução mas realizar uma transação comercial.
- 801 Por outro lado, o acordo acessório implica transferências de valor, de natureza financeira ou não, entre as partes. Pode implicar, nomeadamente, transferências de valor do titular da patente para a sociedade de genéricos.
- 802 Assim, existe um risco de que a associação de um acordo comercial a um acordo de resolução amigável que inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação, as quais, em si mesmas, têm carácter restritivo da concorrência (v. n.º 257, *supra*), vise, na realidade, a pretexto de uma transação comercial, que eventualmente assume a forma de um esquema contratual complexo, incentivar a sociedade de genéricos a sujeitar-se, através de uma transferência de valor prevista pelo acordo acessório, a estas cláusulas.
- 803 Por conseguinte, a circunstância de um acordo comercial que normalmente não tem por objeto a resolução amigável de um litígio (v. n.º 800, *supra*) e mediante o qual é realizada uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos estar associado, nas condições expostas no n.º 798, *supra*, a um acordo de resolução amigável de um litígio que inclui cláusulas restritivas da concorrência constitui um indício sério da existência de um pagamento compensatório (v. n.º 264, *supra*).
- 804 Todavia, o indício sério referido no número anterior não é suficiente e, por isso, a Comissão deve confirmá-lo através da apresentação de outros elementos concordantes que permitam concluir pela existência de um pagamento compensatório. Tal pagamento, no contexto específico dos acordos acessórios, corresponde à parte do pagamento efetuado pela sociedade de medicamentos originais que excede o valor «normal» do bem trocado (ou, eventualmente, à parte do valor «normal» do bem trocado que excede o pagamento realizado pela sociedade de genéricos).
- 805 Importa sublinhar, a este respeito, que a Comissão, baseando-se em diversos indícios, nomeadamente, no facto de a Lupin não dar qualquer garantia de que uma patente seria concedida, que esta seria válida ou que os produtos ou os processos reivindicados não seriam contrafeitos [artigo 2.2, alínea a), do acordo Lupin], referiu por duas vezes na decisão recorrida que a aquisição da tecnologia da Lupin não tinha sido negociada «em condições de mercado» (considerandos 1950 e 1952).

- 806 Há que observar que o conceito de «condições de concorrência normais», a que se assemelha o de «condições normais do mercado», mesmo que não seja utilizado em matéria de cartéis, não é desconhecido no direito da concorrência, uma vez que é certamente utilizado no domínio específico dos auxílios estatais, para determinar se um Estado atuou como um investidor privado (Acórdão de 2 de setembro de 2010, Comissão/Scott, C-290/07 P, EU:C:2010:480, n.º 68), ou seja, se a vantagem concedida às empresas em causa constitui a remuneração normal de uma contrapartida obtida pelo Estado. Assim, este conceito pode constituir, por analogia, um parâmetro de referência pertinente quando se trata de determinar se duas empresas que concluíram uma transação comercial o fizeram com base em considerações limitadas ao valor económico do bem trocado, por exemplo, às suas perspetivas de rentabilidade, e, assim, às condições normais do mercado.
- 807 Na presença de indícios ou de elementos de prova fornecidos pela Comissão que lhe permitem considerar que o acordo acessório não foi concluído em condições normais de mercado, as partes nos acordos podem apresentar a sua versão dos factos, comprovando as suas alegações com os elementos que estão em condições de fornecer e que permitem considerar que o acordo comercial, ainda que associado ao acordo de resolução amigável, é justificado por razões diferentes da exclusão de um concorrente através de um pagamento compensatório. As partes nos acordos podem, assim, invocar que o acordo acessório foi concluído em condições do mercado apresentando elementos adequados relativos, por exemplo, às utilizações industriais e comerciais do setor ou a circunstâncias específicas do caso em apreço.
- 808 Atendendo aos elementos de que dispõe e, eventualmente, à falta de explicação ou à falta de explicação plausível fornecidas pelas partes nos acordos, a Comissão pode ter fundamento para constatar, no termo de uma apreciação global, que o acordo acessório não foi concluído em condições normais de mercado, ou seja, que o pagamento efetuado pela sociedade de medicamentos originais excede o valor do bem trocado (ou que o valor do bem cedido à sociedade de genéricos excede o pagamento pago por esta). A Comissão pode, assim, concluir que existe um pagamento compensatório (v. n.º 804, *supra*).
- 809 Ora, um pagamento compensatório, se não tem por objetivo compensar os custos inerentes à resolução amigável, é constitutivo de uma vantagem incentivadora (v. n.ºs 265 e 278 a 280, *supra*). Tal é o caso de um pagamento resultante de um acordo acessório que não tem por objetivo a resolução amigável de um litígio mas a realização de uma transação comercial (v. n.º 800, *supra*).
- 810 Todavia, as partes nos acordos podem ainda invocar o carácter insignificante da vantagem em causa, cujo montante é insuficiente para ser considerado correspondente a um incentivo significativo para aceitação das cláusulas restritivas de concorrência previstas pelo acordo de resolução (v. n.º 280, *supra*).
- 811 É à luz das considerações anteriores que importa examinar as circunstâncias específicas do caso em apreço.
- 812 Importa observar que a Servier e a Lupin concluíram no mesmo dia um acordo de resolução amigável de um litígio que inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação e um acordo de cessão de tecnologia mediante o qual a Servier comprou à Lupin três pedidos de patentes depositados por esta. Além disso, estes dois acordos foram concluídos sob a forma de um acordo único. O nexo entre os dois acordos é, assim, evidente.
- 813 Por outro lado, através do acordo de cessão é efetuada uma transferência de valor da Servier para a Lupin.

- 814 Resulta dos n.ºs 812 e 813, *supra*, que o acordo de cessão constitui um acordo acessório através do qual é efetuada uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos. Trata-se de um indício sério do facto de que a transferência de valor em causa não é apenas a contrapartida do bem trocado no âmbito do acordo acessório, mas implica igualmente um pagamento compensatório (na aceção desta expressão em matéria de acordos acessórios).
- 815 Além disso, é pacífico que a Servier pagou à Lupin, no âmbito do acordo de cessão, uma quantia de 40 milhões de euros, o que representa um montante significativo em valor absoluto, assim como afirmou corretamente a Comissão nos considerandos 1871 e 1947 da decisão recorrida.
- 816 Ora, tal montante excedia os lucros que a Lupin podia esperar da sua entrada independente no mercado durante os dois a três primeiros anos de comercialização, assim como constatou corretamente a Comissão no considerando 1974 da decisão recorrida.
- 817 É igualmente pacífico que o montante em causa era superior aos investimentos realizados por outra sociedade de genéricos comparável para desenvolver o seu próprio perindopril, como sublinhou a Comissão no considerando 1962 da decisão recorrida. Ora, tal indício, tido em conta pela Comissão, é, ao contrário do que alegam as recorrentes, particularmente pertinente.
- 818 Há que acrescentar que a Lupin não cedia patentes mas simples pedidos de patentes. Além disso, estava expressamente previsto no acordo que a Lupin não dava qualquer garantia de que uma patente seria concedida, que seria válida ou que os produtos ou os processos reivindicados não seriam contrafeitos [artigo 2.2, alínea a), do acordo Lupin].
- 819 Por último, é pacífico que, embora, nas suas respostas à comunicação de acusações, a Servier e Lupin tenham negado o facto de que a resolução amigável dependia das condições da cessão dos pedidos de patentes, a Lupin tinha anteriormente indicado que a alienação destes pedidos era parte integrante das negociações relativas à resolução amigável do litígio. Tinha igualmente descrito os pagamentos recebidos como «pagamentos da resolução amigável» ou «montantes da resolução amigável» (considerando 1937 da decisão recorrida).
- 820 Em contrapartida, as recorrentes não apresentam qualquer elemento preciso que permita demonstrar que a aquisição dos pedidos de patentes da Lupin no montante de 40 milhões de euros podia ser razoavelmente considerado constitutivo de um investimento rentável (v., para prosseguir a analogia com o conceito de «investidor privado em economia de mercado» iniciada no n.º 806, *supra*, o n.º 84 do Acórdão de 12 de dezembro de 2000, Alitalia/Comissão, T-296/97, EU:T:2000:289, no qual é indicado que o comportamento de um investidor privado em economia de mercado é orientado por perspectivas de rentabilidade) ou, pelo menos, suscetível de proporcionar aos adquirentes destes pedidos rendimentos suscetível de compensar o seu custo elevado.
- 821 É certo que as recorrentes referem, ainda que de forma pouco detalhada, a existência de transações que, em seu entender, são comparáveis ao acordo de cessão celebrado com a Lupin. No entanto, trata-se de acordos em que as recorrentes eram partes e que, assim, apenas podem a título acessório servir de referência para demonstrar que uma transação foi efetuada em condições normais do mercado. Além disso, algumas destas transações foram qualificadas de violação do direito da concorrência pela Comissão. Por último, as recorrentes não estabelecem que a tecnologia cedida no âmbito destas diferentes transações era equivalente à que está em causa no acordo de cessão.
- 822 É verdade que as recorrentes remetem igualmente, a este respeito, para o parecer de uma pessoa que se descreve como sendo consultor em matéria de propriedade intelectual. Todavia, esta própria pessoa precisa que emitiu o seu parecer por conta da Servier. Isto limita necessariamente o caráter probatório de tal parecer. Sobretudo, a conclusão deste parecer («Considero, assim, que as aquisições se encontram nos limites da prática normal de uma sociedade») e os elementos em que esta conclusão se baseia são muito gerais para permitir demonstrar que a transferência de valor em causa

correspondeu a uma transação efetuada em condições normais do mercado. Além disso, as transações utilizadas para servir de referência são ainda transações em que a Servier participou e que, pelo menos no que respeita a algumas delas, foram qualificadas como violação ao direito da concorrência pela Comissão.

823 Por outro lado, mesmo admitindo que está demonstrado, como alegam as recorrentes, que os departamentos de patente e de produção ou de outros serviços da Servier consideraram a tecnologia da Lupin «interessante», isto não permite, no entanto, demonstrar que a transferência de valor em causa correspondeu a uma transação efetuada em condições normais do mercado.

824 Da mesma forma, mesmo admitindo que estivesse demonstrado que «o preço foi negociado a partir das pretensões iniciais até um nível aceitável para as duas partes», isto não permite, no entanto, demonstrar que a transferência de valor em causa correspondeu a uma transação efetuada em condições normais do mercado.

825 Assim, os elementos apresentados pelas recorrentes não permitem concluir, mesmo tidos em conta de modo cumulativo, que a transferência de valor em causa correspondeu a uma transação efetuada em condições normais do mercado.

826 A este respeito, importa observar que a Comissão, com base, nomeadamente, na jurisprudência referida no n.º 795, *supra* (considerando 1940 da decisão recorrida), considerou que «nem a Servier nem a Lupin [tinham] podido fornecer uma descrição credível dos fatores que determinaram a forma como [tinham] chegado à quantia final de 40 milhões de euros» (considerando 1955). Referiu igualmente, no considerando 1944 da decisão recorrida, que «podia extrair algumas conclusões de uma situação em que os elementos de prova potencialmente ilibatórios apenas p[odiam] vir das próprias partes» e que «as partes não [eram] capazes de produzir tais elementos apesar de vários pedidos de informações». Acrescentou, no considerando 1964 da decisão recorrida, que «a Servier [tinha] sido incapaz de apresentar documentos da época suscetível de dar esclarecimentos sobre o montante das poupanças previstas da aquisição da tecnologia da Lupin». Por último, conclui, tendo em conta, nomeadamente, a «inexistência de provas» do interesse comercial da Servier na tecnologia cedida pela Lupin, que a transferência de valor resultante do acordo de cessão representava um incentivo significativo (considerando 1978 da decisão recorrida).

827 Tendo em consideração todos os elementos debatidos no Tribunal Geral, há que concluir que a Comissão demonstrou a existência de um pagamento compensatório que não era inerente à resolução amigável do litígio em causa (v. n.º 809, *supra*) e, assim, de um incentivo.

828 Por último, importa observar, atendendo às considerações expostas nos n.ºs 815 a 827, *supra*, que o caráter insignificante da vantagem em causa, cujo montante é, assim, insuficiente para ser entendido como um incentivo significativo para aceitação das cláusulas restritivas de concorrência previstas no acordo de resolução (v. n.º 810, *supra*), não está demonstrado.

*ii) Quanto à falta de limitação dos esforços da sociedade de genéricos para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais*

829 No caso em apreço, o acordo Lupin inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação, que, assim como foi referido no n.º 257, *supra*, têm, em si mesmas, um caráter restritivo da concorrência.

830 As recorrentes alegam, contudo, que as cláusulas de não comercialização e de não contestação incluídas no acordo Lupin eram desprovidas de caráter restritivo da concorrência tendo em conta as limitações que eram introduzidas por outras cláusulas do acordo a este caráter restritivo. Há que examinar a validade de tal afirmação.

- 831 A título preliminar, há que observar que os produtos visados pelo acordo são definidos no seu considerando A, no qual é feita referência aos «produtos farmacêuticos que incluem, como princípio ativo, perindopril tert-butilamina (também designado perindopril erbumina) e qualquer sal deste («os Produtos»)».
- 832 Mesmo que o considerando A do acordo Lupin faça referência aos litígios em curso que apenas respeitam, ao nível europeu, como resulta dos considerandos B e D do mesmo acordo, à patente 947, tal cláusula, atendendo à sua redação, não parece visar exclusivamente os produtos que incluem perindopril erbumina com a forma alpha, ou seja, os produtos abrangidos pela patente 947, mas todos os produtos que incluem erbumina, independentemente da forma desta.
- 833 Além disso, a expressão «qualquer sal deste» é ambígua. Com efeito, por um lado, de um ponto de vista gramatical, o termo «deste» remete de forma mais evidente para o perindopril tert-butilamina, ou seja, a erbumina, do que para o perindopril no seu todo, uma vez que este não é referido, enquanto tal, no trecho da frase. Por outro, não é contestado que a erbumina é um sal, pelo que o termo «deste» não deve remeter para a erbumina mas, de modo mais geral, para o perindopril no seu todo.
- 834 Por conseguinte, é difícil determinar, tendo em conta a redação das cláusulas do acordo, se os produtos visados por este acordo estão limitados à forma alpha da erbumina ou incluem igualmente outras formas de erbumina, ou mesmo outros sais do perindopril.
- 835 É neste contexto de incerteza que se deve garantir que o alcance das cláusulas de não comercialização e de não contestação não está limitado a tal ponto que estas cláusulas perdem o seu carácter restritivo.
- 836 Em primeiro lugar, o carácter restritivo da cláusula de não contestação é evidente, uma vez que o artigo 1.3 do acordo Lupin prevê o seguinte:
- «Após a data do presente Acordo, a Lupin não deverá tentar, direta ou indiretamente, ou ajudar ou instruir qualquer terceiro a revogar, invalidar ou contestar de qualquer outra forma as Patentes ou qualquer outra patente detida pela Servier ou pelas suas filiais que protejam os Produtos, em qualquer país com exceção [de um Estado não membro do EEE].»
- 837 Além disso, resulta das convenções de escrita distintas «as Patentes» e as «Patentes da Servier», adotadas respetivamente no considerando D e no artigo 1.3 do acordo Lupin, que este artigo é aplicável não apenas às patentes referidas nos considerandos B a D (que incluem a patente 947), em relação às quais existiam litígios identificados entre a Lupin e a Servier, mas também, pelo menos potencialmente, a um conjunto de patentes que não está expressamente identificado e que protege os produtos visados pelo acordo.
- 838 Em segundo lugar, no que respeita ao alcance da cláusula de não comercialização, o artigo 1.6 do acordo Lupin impõe à Lupin uma proibição de comercialização aplicável aos produtos visados pelo acordo.
- 839 No entanto, resulta do disposto no artigo 1.6 do acordo Lupin que, quando as condições previstas no artigo 4.1 do referido acordo estão reunidas, a Lupin pode vender ou propor para venda os produtos fornecidos pela Servier ou os seus próprios produtos. O artigo 4.1 prevê as condições em que a Servier tem de vender os seus produtos à Lupin. Esta disposição prevê três hipóteses.
- 840 Segundo a primeira hipótese, a Lupin pode entrar num dos mercados nacionais abrangidos pelo acordo se alguns dos produtos da Servier forem comercializados por um terceiro neste mercado. De acordo com a segunda hipótese, a Lupin pode entrar em tal mercado se o pedido de patente da Servier for indeferido ou se a sua patente expirar, for declarado ou revogado. Por último, de acordo com a terceira hipótese, a Lupin pode entrar em tal mercado se um medicamento genérico não produzido pela Servier

for vendido neste mercado — exceto se a Servier tiver apresentado um pedido de injunção que não foi indeferido — e se este medicamento genérico não for vendido em violação de uma injunção aplicável neste mercado.

- 841 Assim, em substância, a entrada da Lupin no mercado, nomeadamente com os seus próprios produtos (v. n.º 839, *supra*), é possível em dois casos.
- 842 Em primeiro lugar, a entrada da Lupin no mercado é possível quando a Servier autoriza a venda dos seus produtos por um terceiro, renuncia a apresentar um pedido de patente ou renunciar a apresentar um pedido de injunção, ou seja, perante circunstâncias que dependem de uma escolha discricionária da Servier sobre o qual a Lupin não exerce qualquer influência. Neste primeiro caso, a aplicação das condições previstas no artigo 4.1 do acordo Lupin não pode ser encarada no sentido de que põe em causa o próprio carácter restritivo da cláusula de não comercialização (v. n.º 257, *supra*) e, *a fortiori*, de que favorece a entrada da Lupin no mercado.
- 843 Em segundo lugar, a entrada no mercado da Lupin é possível quando as patentes da Servier não lhe permitem opor-se a tal entrada. Neste caso, o artigo 4.1 do acordo Lupin não tem como consequência permitir uma entrada da Lupin no mercado que seria antecipada em relação aos efeitos de uma patente ainda válida ou oponível. Limita-se apenas a extrair as consequências da inexistência de patente válida ou oponível, evitando assim que a cláusula de não comercialização seja desprovida de qualquer ligação com tal patente e que apresente, então, de forma evidente um grau de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência suficiente para que a sua introdução seja qualificada como restrição por objetivo (v. n.º 877, *infra*). Neste segundo caso, a aplicação das condições previstas no artigo 4.1 não pode ser encarada no sentido de que põe em causa o próprio carácter restritivo da cláusula de não comercialização (v. n.º 257, *supra*) e, *a fortiori*, de que favorece a entrada da Lupin no mercado.
- 844 O carácter restritivo da cláusula de não comercialização deve, assim, ser constatado, apesar do disposto no artigo 4.1 do acordo Lupin.
- 845 A conclusão anterior não pode ser posta em causa pelos outros argumentos invocados pelas recorrentes.
- 846 Em primeiro lugar, as recorrentes alegam que o acordo permitia uma entrada antecipada da Lupin no mercado, ou seja, uma entrada anterior à data previsível de fim da validade da patente 947. Ora, tal entrada antecipada atenuaria ou neutralizaria o carácter restritivo da concorrência de uma cláusula de não comercialização.
- 847 Importa observar, mesmo que tal interpretação não se afigure evidente devido à complexidade da redação do artigo 1.6 do acordo Lupin, que seria possível admitir que este artigo, lido em conjugação com o artigo 4.1, alínea c), do mesmo acordo, permite uma entrada no mercado da Lupin com os seus próprios produtos quando um «produto» genérico que não é fabricado pela Servier entra no mercado sem violação de uma injunção (e, por outro lado, sem que um pedido de injunção apresentado pela Servier esteja sob exame).
- 848 O termo «produto», tal como figura no artigo 4.1, alínea c), do acordo Lupin, deve, por começar por uma maiúscula, ser entendido no sentido da convenção adotada no considerando A deste acordo, uma vez que este termo aí surge com uma maiúscula (v. n.º 831, *supra*).
- 849 Ora, atendendo ao considerando A do acordo Lupin, que parece fazer referência aos produtos que incluem erbumina, independentemente da forma desta (v. n.º 832, *supra*), o artigo 4.1, alínea c), deste acordo pode ser interpretado, quando faz referência aos produtos que não são vendidos em violação de uma injunção, no sentido de que visa produtos que incluem formas de erbumina distintas da forma

alpha. Assim, o acordo pode ser interpretado no sentido de que autoriza a Lupin a entrar no mercado na sequência de uma eventual introdução no mercado por um terceiro de um perindopril genérico que inclui erbumina de forma não alpha.

850 Além disso, os termos ambíguos do considerando A do acordo Lupin criam igualmente uma incerteza quanto ao facto de o artigo 4.1, alínea c), do mesmo acordo poder ser interpretado, quando faz referência aos produtos que não são vendidos em violação de uma injunção, no sentido de que visam igualmente produtos que não incluem erbumina (v. n.º 833, *supra*). Assim, isto pode levar a concluir que o acordo autorizava a Lupin a entrar no mercado na sequência de uma eventual introdução no mercado por um terceiro de qualquer perindopril genérico apresentada sob a forma de sal, incluindo quando se trata de um sal distinto da erbumina.

851 Por conseguinte, pode concluir-se que o acordo previa uma entrada da Lupin no mercado, com os seus próprios produtos, antecipada em relação à duração previsível de validade da patente 947, uma vez que qualquer introdução no mercado por um terceiro de produtos que não incluem erbumina da forma alpha, por não poder violar uma injunção que visa proteger esta patente, permitiria à Lupin entrar por sua vez no mercado com os seus próprios produtos.

852 Todavia, devido às incertezas em torno do alcance dos artigos 1.6 e 4.1 do acordo Lupin, expostas nos n.ºs 846 a 850, *supra*, a Lupin podia recear que a cláusula de não comercialização se continuaria a aplicar na sequência da introdução no mercado por um terceiro de um perindopril genérico constituído por uma forma não alpha de erbumina ou por um perindopril genérico não constituído de erbumina. Tal dúvida era suscetível de dissuadi-la de entrar no mercado. A isto acresce uma incerteza adicional que reside no facto de que, mesmo na hipótese de ser acolhida uma interpretação ampla do conceito de «produto» (incluindo este conceito qualquer sal de perindopril), a Servier poderia, não obstante, apresentar um pedido de injunção, incluindo para um produto em relação ao qual é evidente que não contrafaz nenhuma das suas patentes, em particular a patente 947, o que teria como consequência impedir a aplicação do artigo 4.1, alínea c), do acordo Lupin até tal pedido ser indeferido.

853 A este respeito, pode também ser observado que, quanto ao mercado francês, as partes trocaram várias cartas sobre a questão de saber se a entrada da Sandoz no mercado permitia, por seu turno, à Lupin nele entrar. Numa carta de 17 de março de 2009, a Lupin perguntou à Servier se esta se opunha à sua entrada no mercado francês. Ora, a Servier, numa carta de 31 de março de 2009, limitou-se a indicar que o produto da Sandoz não violava nenhuma das suas patentes. Na sequência desta resposta, a Lupin sentiu-se obrigada a pedir, por carta de 3 de abril de 2009, precisões à Servier. Escreveu, nomeadamente, o seguinte:

«A Lupin não considera que a Servier tinha alguma razão válida para se opor à venda, pela Lupin, do seu produto à base de perindopril erbumina em França ao seu parceiro local ou aos seus parceiros locais, nem à revenda deste produto por este parceiro ou parceiros franceses. A sua carta de 31 de março de 2009 não indica claramente se a Servier está em desacordo com algum destes pontos. Caso a Servier esteja em desacordo, queira fornecer uma explicação completa da sua posição antes de 9 de abril de 2009 no momento do encerramento da atividade.»

854 Assim, a própria existência das cartas da Lupin e o teor da última destas cartas revelam as suas incertezas quanto à sua possibilidade de entrar no mercado francês sem violar o acordo.

855 Por conseguinte, o carácter restritivo da cláusula de não comercialização deve ser constatado independentemente da interpretação adotada do considerando A do acordo Lupin, tanto mais que as incertezas resultantes da complexidade de um acordo ou do carácter ambíguo da sua redação não devem permitir que as partes estejam isentas da sua responsabilidade ao abrigo do direito da concorrência.

- 856 Mesmo admitindo que a interpretação do acordo apresentada no n.º 851, *supra*, seja adotada, a natureza hipotética dos acontecimentos referidos no fim dos n.ºs 849 e 850, *supra*, ou seja, a introdução no mercado, por um terceiro, de um produto genérico, impede que se conclua pela neutralização do caráter restritivo da cláusula de não comercialização e, assim, pela inexistência de infração a este respeito. Com efeito, há que distinguir, por um lado, a questão da própria existência da infração, que não pode ser posta em causa pela simples possibilidade de ocorrerem acontecimentos futuros, e, por outro, a questão da duração da infração, que pode depender da ocorrência efetiva de tais acontecimentos.
- 857 Além disso, a entrada antecipada da Lupin depende, em todo caso, da introdução no mercado, por um terceiro, de um produto genérico, ou seja, de uma circunstância simultaneamente externa às partes no contrato e aleatória. Assim, esta entrada não resulta de uma escolha clara destas que as mesmas poderiam invocar para demonstrar a inexistência de caráter restritivo da concorrência do acordo que as vincula e, em particular, da cláusula de não comercialização que figura neste acordo.
- 858 Em segundo lugar, é verdade que o acordo Lupin prevê no seu artigo 4.2 a adoção futura de um acordo de fornecimento entre as partes. Todavia, a execução de tal acordo depende do facto de uma das condições previstas no artigo 4.1 do acordo Lupin estar preenchida. Na medida em que, como foi referido, a execução deste último artigo não permite concluir pela falta de caráter restritivo da cláusula de não comercialização, o mesmo sucede quanto ao acordo de fornecimento mencionado no artigo 4.2.
- 859 Além disso, é possível observar que nenhum acordo de fornecimento foi concluído entre as partes. Além disso, não estava previsto no acordo Lupin que a não adoção de um acordo de fornecimento implicava consequências jurídicas significativas para as partes, tais como, por exemplo, a rescisão do acordo Lupin na íntegra ou das cláusulas de não comercialização e de não contestação que inclui. Assim, mesmo admitindo que um acordo de fornecimento possa ser considerado suscetível de favorecer a entrada no mercado de uma sociedade de genéricos que seria um concorrente potencial da sociedade de medicamentos originais, no caso em apreço, o acordo Lupin, que apenas previa o princípio de um acordo de fornecimento sem acompanhá-lo de medidas ou de sanções suscetíveis de garantir a sua realização, não pode ser entendido no sentido de que favorece a entrada da Lupin no mercado.
- 860 É certo que resulta do artigo 4.2 do acordo Lupin que o acordo de fornecimento devia permitir a aplicação do artigo 4.1 do acordo Lupin, o qual previa um compromisso «firme» por parte da Servier de fornecer os «produtos», na aceção do acordo, à Lupin. Todavia, as considerações expostas no n.º 859, *supra*, têm por consequência relativizar o caráter vinculativo do compromisso assumido pela Servier.
- 861 Em terceiro lugar, embora as recorrentes aleguem que uma interpretação do artigo 1.3 do acordo Lupin segundo a qual a cláusula de não contestação é aplicável para além da patente 947 deve levar a considerar, em virtude do artigo 1.7 do mesmo acordo, que a Lupin dispunha de uma licença gratuita sobre todas essas patentes, tal alegação é errada tendo em conta os termos desta última cláusula, tais como foram traduzidos na língua do processo pelas recorrentes e segundo os quais:
- «Para evitar qualquer confusão, este acordo não concede à Lupin qualquer direito ou qualquer licença, em nenhum órgão jurisdicional, sobre as Patentes da Servier, uma vez que nem a Servier, nem as suas filiais, licenciados e/ou beneficiários das patentes da Servier exercerão os seus direitos sobre as patentes da Servier no que respeita ao exercício pela Lupin do seu direito de vender os Produtos fabricados pela Lupin/Lupin (Europe) Limited concedidos em virtude do artigo 1.6.»
- 862 Com efeito, a redação desta disposição é pouco clara devido a uma oposição, pelo menos aparente, entre a primeira parte da frase (este acordo não concede à Lupin qualquer direito ou qualquer licença, em nenhum órgão jurisdicional, sobre as Patentes da Servier) e a parte seguinte [uma vez que nem a

Servier, nem as suas filiais, licenciados e/ou beneficiários das patentes da Servier exercerão os seus direitos sobre as patentes da Servier relativamente ao exercício pela Lupin do seu direito de vender os Produtos fabricados pela Lupin/Lupin (Europe) Limited concedidos em virtude do artigo 1.6]. Além disso, o carácter necessário da primeira parte da frase não se afigura evidente, visto que nenhuma disposição do acordo podia deixar pensar que a Lupin dispunha de uma licença para direitos distintos dos relativos à tecnologia que cedida à Servier. Por outro lado, a compreensão do artigo torna-se ainda mais complexa pela remissão que efetua para o artigo 1.6 do acordo Lupin que, em si mesmo, remete para o artigo 4.1 do referido acordo, o qual prevê as condições em que a Lupin pode entrar no mercado com o seu próprio produto. Assim, tendo em conta a sua redação, o artigo 1.7 era suscetível de gerar uma dúvida suscetível de dissuadir a Lupin de entrar no mercado.

863 Sobretudo, o não exercício pela Servier dos seus direitos em matéria de patentes contra a Lupin depende do facto de uma das condições previstas no artigo 4.1 do acordo Lupin (que remete para o artigo 1.6 do referido acordo) estar preenchida. Na medida em que, conforme referido nos n.ºs 844 e 855, *supra*, a aplicação do artigo 4.1 não permite concluir pela falta de carácter restritivo da cláusula de não comercialização, o mesmo sucede com a aplicação do artigo 1.7 do mesmo acordo, mesmo quando a expressão «Patentes da Servier» é entendida numa aceção ampla que inclui as patentes relacionadas não apenas com a forma alpha da erbumina, mas igualmente com outras formas erbumina, ou até outros sais de perindopril.

864 Resulta do exposto que a Comissão concluiu corretamente pela existência de uma limitação dos esforços da Lupin para fazer concorrência à Servier.

*iii) Quanto à inexistência de infração*

865 Tendo em conta as considerações desenvolvidas nos n.ºs 789 a 864, *supra*, é possível afirmar que tanto a existência de uma vantagem incentivadora como a existência de uma limitação correlativa dos esforços da Lupin para fazer concorrência à Servier foram constatadas corretamente pela Comissão.

866 Ora, como foi referido no n.º 272, *supra*, no âmbito dos acordos de resolução amigável de litígios relativos às patentes, a qualificação como restrição à concorrência por objetivo pressupõe simultaneamente a presença, no acordo de resolução amigável, de uma vantagem incentivadora a respeito da sociedade de genéricos e de uma limitação correlativa dos esforços desta para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais. Quando estas duas condições estão preenchidas, impõe-se a constatação de incentivo.

867 Perante um acordo de resolução amigável em matéria de patentes que inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação, cujo carácter intrinsecamente restritivo não foi validamente posto em causa, a existência de um incentivo da sociedade de genéricos para se sujeitar a estas cláusulas permite fundamentar a constatação de uma restrição por objetivo (v. n.º 273, *supra*).

868 No caso em apreço a constatação de um incentivo significativo (v. n.º 828, *supra*) permitia à Comissão concluir pela existência de uma restrição de concorrência por objetivo.

869 Por conseguinte, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão concluiu corretamente na decisão recorrida pela existência de uma restrição por objetivo.

870 Todavia, as recorrentes, com base no alcance das cláusulas de não comercialização e de não contestação, criticam, em substância, a delimitação material da infração que foi tida em conta pela Comissão na decisão recorrida.

- 871 Conforme referido no n.º 834, *supra*, é difícil determinar, atendendo à redação das cláusulas do acordo Lupin, se os produtos visados por este acordo se limitavam à forma alpha da erbumina ou se incluíam igualmente outras formas de erbumina, ou até outros sais do perindopril.
- 872 Ora, o alcance da cláusula de não comercialização depende da definição do conceito de «produtos» que é adotada, uma vez que tanto o artigo 1.6 do acordo Lupin como o artigo 4.1 deste acordo, para o qual remete o artigo 1.6, fazem referência a este conceito.
- 873 Além disso, no que respeita ao alcance da cláusula de não contestação, esta era aplicada não apenas às patentes visadas nos considerandos B a D do acordo Lupin (que incluem a patente 947), mas igualmente a um conjunto de patentes que não eram expressamente identificadas e cuja delimitação dependia do conceito de «produtos», tal como previsto pelo acordo (v. n.º 836, *supra*).
- 874 Como a Comissão referiu corretamente na decisão recorrida (considerando 1912), os termos do acordo geravam incerteza quanto ao âmbito de aplicação das cláusulas de não comercialização e de não contestação.
- 875 Assim, os termos do acordo Lupin geravam uma dúvida sobre o facto de a cláusula de não comercialização poder ser aplicada a qualquer forma de erbumina, ou até a sais de perindopril distintos da erbumina, e de a cláusula de não contestação poder ser aplicada a patentes distintas da patente 947, nomeadamente, a patentes que abrangem os produtos que não incluem erbumina. Tal dúvida era suscetível de dissuadir a Lupin, por um lado, de entrar no mercado, incluindo com produtos que contêm formas de erbumina distintas da forma alpha, ou até sais de perindopril distintos da erbumina, e, por outro, contestar as patentes que abrangem perindopril que contêm formas de erbumina distintas da forma alpha, ou até sais de perindopril distintos da erbumina.
- 876 Importa igualmente ter em conta o facto de as ambiguidades de redação em causa surgirem num acordo em relação ao qual a Comissão considerou corretamente que constituía uma infração ao direito da concorrência no que respeita à cláusula de não comercialização e à cláusula de não contestação relativa à patente 947 e aos produtos que esta patente abrange (v. n.º 869, *supra*). Por último, é pacífico que as partes no acordo dispunham de meios suficientes para recorrerem a profissionais capazes, mesmo que apenas dispusessem de um curto prazo para o efeito, de limitar a presença de tais ambiguidades. Tendo em consideração o exposto, a Comissão podia, corretamente, concluir que o âmbito de aplicação da cláusula de não comercialização se estendia a produtos que não continham erbumina e que, *a fortiori*, continham formas distintas da forma alpha desta, e que o âmbito de aplicação da cláusula de não contestação se estendia, para além da patente 947, a qualquer patente relacionada com estes produtos (considerandos 1912 e 1918 da decisão recorrida).
- 877 A este respeito, há que observar que a existência de cláusulas de não comercialização e de não contestação, desde que o seu alcance se estenda para além do âmbito de aplicação de uma patente distintamente identificada e dos produtos abrangidos por esta, apresenta de forma evidente um grau de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência suficiente para a introdução destas cláusulas seja qualificada como restrição por objetivo, sem que seja necessário demonstrar, além disso, a existência de um incentivo. Com efeito, deste modo, tais cláusulas não podem encontrar qualquer legitimidade na resolução amigável de um litígio relativo a uma patente identificada e os seus efeitos restritivos não se confundem com os efeitos desta patente (v. n.ºs 257 a 261, *supra*).
- 878 Mesmo admitindo que a Comissão constatou erradamente que a infração em causa era relativa a formas de erbumina distintas da forma alpha protegida pela patente 947, ou até sais distintos da erbumina, tal erro, atendendo ao papel limitado e acessório que desempenha esta constatação no raciocínio da Comissão, não é suscetível de pôr em causa a conclusão a que a Comissão chegou quanto à existência de uma restrição de concorrência por objetivo resultante do acordo Lupin. Com

feito, o raciocínio da Comissão baseia-se essencialmente na existência de um incentivo que permite, mesmo quando o alcance das cláusulas restritivas do acordo de resolução se limite ao âmbito de aplicação desta patente, concluir por uma utilização anormal da patente (v. n.ºs 253 a 274, *supra*).

879 Resulta do exposto que se deve julgar improcedente o fundamento das recorrentes relativo tanto à existência de uma restrição por objetivo como à delimitação de tal restrição adotada pela Comissão.

880 A conclusão anterior não é suscetível de ser posta em causa pelos outros argumentos das recorrentes.

881 Em primeiro lugar, no que respeita aos elementos que visam demonstrar que as intenções das recorrentes, assim como as da Lupin, eram legítimas, importa recordar, por um lado, que, no contexto dos acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes, a qualificação como restrição de concorrência por objetivo pressupõe simultaneamente a presença, no acordo de resolução amigável, de uma vantagem incentivadora a respeito da sociedade de genéricos e de uma limitação correlativa dos esforços desta para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais. Quando estas duas condições estão preenchidas, impõe-se uma constatação de restrição de concorrência por objetivo (v. n.º 272, *supra*). Por outro, a mera circunstância de um acordo prosseguir igualmente objetivos legítimos não pode bastar para impedir uma qualificação como restrição de concorrência por objetivo (v. n.º 222, *supra*).

882 Daqui resulta que os argumentos das recorrentes invocados no âmbito do presente fundamento, segundo os quais os motivos que as levaram, às próprias e à Lupin, a concluir o acordo Lupin eram legítimos, não são suscetíveis de invalidar a qualificação deste acordo como restrição por objetivo que a Comissão, corretamente, adotou e que foi acima confirmada (v. n.ºs 869 e 879, *supra*). Por conseguinte, estes argumentos devem ser julgados improcedentes.

883 Assim, o mesmo sucede, em primeiro lugar, em relação ao argumento segundo o qual a Lupin já não tinha interesse em prosseguir o processo, em segundo lugar, ao argumento baseado no facto de a Lupin ter estado na origem da resolução amigável e, em terceiro lugar, ao argumento baseado no facto de a Servier não ter interesse em proteger a sua situação concorrencial em relação à Lupin se não fizesse o mesmo com a Apotex.

884 Em segundo lugar, embora as recorrentes aleguem que a cláusula de não contestação não era suscetível de produzir efeitos restritivos na concorrência devido, nomeadamente, à existência de litígios paralelos e à falta de intenção, por parte da Lupin, de instaurar novos processos, não deixa de ser verdade que, na medida em que o acordo Lupin apresenta um grau de nocividade suficiente para ser qualificado como restrição por objetivo, o exame dos efeitos concretos deste acordo, nomeadamente da cláusula de não contestação que inclui, não é necessário (v. n.º 219, *supra*).

885 Pelos mesmos motivos, há que afastar o argumento das recorrentes segundo a qual a cláusula de não comercialização não era suscetível, incluindo na medida em que o seu alcance excedia o da patente 947, de produzir efeitos restritivos na concorrência devido, nomeadamente, à inexistência de possibilidades reais e concretas de a Lupin ser a primeira a entrar no mercado com um produto não contrafeito.

886 Em terceiro lugar, ao alegarem o carácter hipotético dos efeitos restritivos da cláusula de não comercialização, pode considerar-se que as recorrentes contestam, na realidade, a existência de uma concorrência potencial. Ora, foi acima constatado que a Lupin era uma concorrente potencial da Servier.

887 Em quarto lugar, importa recordar que, quando a existência de um incentivo é constatada, as partes já não podem invocar o seu reconhecimento, no âmbito da resolução amigável, da validade da patente. O facto de a validade da patente ser confirmada por uma instância jurisdicional ou administrativa é, a

este respeito, indiferente (v. n.º 269, *supra*). Assim, as recorrentes não podem invocar um cenário, de resto hipotético, segundo o qual a validade da patente 947 é confirmada tanto pelos órgãos jurisdicionais do Reino Unido como pelo IEP.

888 Resulta do exposto que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

*iv) Quanto ao fundamento invocado a título subsidiário pela Servier e relativo ao erro na determinação da duração da infração*

889 Em primeiro lugar, as recorrentes alegam que a Comissão não podia considerar que o período de infração se iniciava antes de a Lupin obter a sua AIM.

890 Com tal argumento, as recorrentes contestam, na realidade, a existência de uma concorrência potencial. Ora, foi constatado no n.º 751, *supra*, que, no momento em que o acordo foi celebrado, a Lupin era uma concorrente potencial da Servier.

891 Em segundo lugar, as recorrentes alegam que a Comissão devia ter concluído, como fez em relação ao mercado francês, que a infração tinha cessado na Bélgica, na República Checa, na Irlanda e na Hungria no momento em que a Sandoz entrou nos mercados destes Estados com um genérico do perindopril não infrator da patente 947, ou seja, respetivamente, em junho de 2008, em julho de 2008, em dezembro de 2008 e em janeiro de 2009.

892 Por conseguinte, importa determinar se a Comissão concluiu erradamente que a infração continuou para além das datas referidas no n.º 891, *supra*, nos Estados-Membros em causa.

893 A título preliminar, há que precisar que o genérico com o qual a Sandoz entrou no mercado é uma forma de perindopril erbumina constituído por um «sal amorfo (não cristalino), que não inclui, assim, nenhum dos cristais alphas protegidos pela patente 947» (considerando 212 da decisão recorrida).

894 Importa igualmente recordar (v. n.º 847, *supra*) que, mesmo que tal interpretação não resulte de forma evidente do facto da complexidade da redação do artigo 1.6 do acordo Lupin, pode admitir-se que este artigo, lido em conjugação com o artigo 4.1, alínea c), do mesmo acordo, permite uma entrada da Lupin no mercado com os seus próprios produtos quando um «produto» genérico que não é fabricado pela Servier entra no mercado sem violação de uma injunção e sem que um pedido de injunção apresentado pela Servier tenha ainda sido julgado improcedente.

895 O termo «produto», tal como figura no artigo 4.1, alínea c), do acordo Lupin, deve, por começar por uma maiúscula, ser entendido no sentido da convenção adotada no considerando A deste acordo.

896 Ora, a determinação dos produtos visados pelo considerando A do acordo Lupin é particularmente delicada (v. n.ºs 832 e 833, *supra*), o que, por isso, torna difícil a aplicação do artigo 4.1, alínea c), deste acordo (v. n.ºs 849 e 850, *supra*).

897 Assim, existia uma incerteza quanto à delimitação do âmbito de aplicação do artigo 4.1, alínea c), do acordo Lupin e, deste modo, também quanto à possibilidade de aplicar a cláusula de não comercialização que figura no artigo 1.6 deste acordo (v. n.º 852, *supra*), nomeadamente no caso de uma entrada no mercado de um produto, como o da Sandoz, que contém erbumina de forma não alpha.

- 898 Devido às incertezas em torno do alcance dos artigos 1.6 e 4.1 do acordo Lupin, expostas nos n.ºs 894 a 897, *supra*, a Lupin podia rezear que a cláusula de não comercialização se continuaria a aplicar na sequência da introdução no mercado por um terceiro de um perindopril genérico constituído por uma forma não alpha de erbumina ou de um perindopril genérico não constituído por erbumina. Tal dúvida era suscetível de dissuadi-la de entrar no mercado.
- 899 Este receio podia ser confirmado pelo facto de que, em todo caso, a Servier poderia, não obstante, apresentar um pedido de injunção, incluindo para um produto em relação ao qual é evidente que não infringe nenhuma das suas patentes, em particular a patente 947, o que teria por consequências impedir a aplicação do artigo 4.1, alínea c), do acordo Lupin até tal pedido ser julgado improcedente (v. n.º 852, *supra*).
- 900 A este respeito, as cartas da Lupin revelam as suas incertezas quanto à sua possibilidade de entrar no mercado francês sem violar o acordo (v. n.º 853, *supra*) e, por conseguinte, a aplicação que continuava a fazer neste mercado da cláusula de não comercialização pelo menos até esta troca de cartas que parece ter terminado, na melhor das hipóteses, no início de abril de 2009, ou seja, pouco mais de um mês antes de 6 de maio de 2009, data tida em conta pela Comissão para constatar o fim da infração no que respeita à Bélgica, à República Checa, à Irlanda e à Hungria. De igual modo, uma carta da Servier, referida no n.º 853, *supra*, não permite concluir que esta considerava, de forma clara e evidente, que a Lupin podia entrar no mercado.
- 901 *A fortiori*, no que respeita aos quatro mercados referidos no n.º 900, *supra*, as recorrentes não apresentam qualquer elemento que permita demonstrar que, antes de 6 de maio de 2009, a Servier e a Lupin tinham tido em conta as entradas sucessivas da Sandoz nestes mercados e que, apesar das incertezas ligadas à ambiguidade do acordo, consideraram que a cláusula de não comercialização já não estava em vigor.
- 902 Ora, a circunstância de a cláusula de não comercialização, devido às incertezas ligadas à ambiguidade do acordo, ter permanecido em vigor, marcado assim a manutenção de um acordo de vontade entre as partes — eventualmente em contradição com a interpretação das condições de aplicação da cláusula, que, *a posteriori*, poderia ser acolhida, nomeadamente, por um juiz que aprecie o contrato —, bastava para permitir à Comissão constatar que o acordo de vontade entre a Servier e a Lupin e, assim, a infração continuavam apesar das entradas da Sandoz no mercado.
- 903 Em todo caso, mesmo admitindo que o acordo tenha formalmente deixado de estar em vigor desde as entradas da Sandoz no mercado, tendo em conta as considerações anteriores (v. n.ºs 900 e 901, *supra*), deve concluir-se que a cláusula de não comercialização continuava a ser aplicada pela Servier e pela Lupin após as entradas sucessivas da Sandoz nos quatro mercados em causa.
- 904 No que respeita, como no caso em apreço, a restrições da concorrência por objetivo, é verdade que a tomada em consideração dos seus efeitos concretos no mercado é supérflua para demonstrar a existência da infração (v., neste sentido, Acórdão de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, n.ºs 98 e 99) e, por conseguinte, a sua duração (v., neste sentido, Acórdão de 19 de março de 2009, Archer Daniels Midland/Comissão, C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.ºs 113, 114 e 140). O mesmo sucede para a tomada em consideração da execução do acordo (v., neste sentido, Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 252).
- 905 Todavia, o prosseguimento da infração pode ser constatado, para além do período durante o qual um acordo está formalmente em vigor, quando as empresas em causa continuaram a adotar um comportamento proibido (Acórdãos de 16 de junho de 2011, Solvay Solexis/Comissão, T-195/06, não publicado EU:T:2011:280, n.º 124, e de 29 de junho de 2012, E.ºN Ruhrgas e E.ºN/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 251).

906 Ora, isto é o que sucede no caso em apreço (v. n.º 903, *supra*).

907 Resulta do exposto que se deve julgar improcedente o presente fundamento, apresentado a título subsidiário pela Servier.

***c) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito do acordo concluído com a Lupin***

908 As recorrentes alegam que a Comissão cometeu diferentes erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito do acordo concluído com a Lupin.

909 Aplicando *mutatis mutandis* as considerações desenvolvidas nos n.ºs 566 a 570, *supra*, há que julgar inoperante o presente fundamento.

***9. Quanto aos acordos concluídos com a Krka***

***a) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de restrição de concorrência por objetivo dos acordos concluídos com a Krka***

910 As recorrentes contestam a qualificação como restrição por objetivo, em primeiro lugar, dos acordos de resolução amigável e de licença e, em segundo lugar, do acordo de cessão.

***1) Quanto aos acordos de resolução amigável e de licença***

***i) Argumentos das partes***

[*omissis*]

***ii) Apreciação do Tribunal Geral***

943 Em derrogação às considerações relativas aos acordos acessórios desenvolvidas nos n.ºs 797 a 803, *supra*, a associação de um acordo comercial comum a um acordo de resolução amigável que inclui cláusulas de não comercialização e de não contestação não constitui um indício sério da existência de um pagamento compensatório quando o acordo comercial em causa é um acordo de licença relativo à patente em litígio.

944 Tal exceção é explicável pelo facto de que, embora seja verdade que um acordo de licença relativo a uma patente não tem por objeto a resolução amigável de um litígio mas a concessão de uma autorização de utilização deste patente, pode, não obstante, justificar-se, contrariamente ao que sucede no que respeita a outros acordos comerciais (v. n.º 800, *supra*), associar este acordo de licença a um acordo de resolução amigável referente a um litígio relativo à patente que foi objeto da licença.

945 Com efeito, um litígio em matéria de patentes, em princípio, tem origem na vontade da sociedade de genéricos de entrar no mercado ao qual se opõe a vontade do titular da patente de preservar os direitos que retira desta patente. O facto de autorizar tal entrada mediante a adoção de um acordo de licença afigura-se, assim, um meio particularmente adequado de pôr termo litígio, uma vez que isto permite deferir os pedidos das duas partes neste litígio.

- 946 Aliás, é admitido que o recurso a um acordo de licença constitui um fundamento adequado para pôr termo a um litígio. Isto resulta do n.º 204 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, segundo o qual a «concessão de licenças pode servir como meio de resolver litígios». Este número é retomado no n.º 205 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia.
- 947 É ainda mais justificado associar um acordo de licença a um acordo de resolução amigável quanto a presença, num acordo de resolução amigável, de cláusulas de não comercialização e de não contestação apenas é legítima quando este acordo se baseia no reconhecimento pelas partes da validade da patente (v. n.ºs 258 a 261, *supra*). Ora, a celebração de um acordo de licença, que unicamente tem razão de ser para qualquer licenciado se a licença for efetivamente explorada, baseia-se igualmente no reconhecimento pelas partes da validade da patente. Nesta medida, o acordo de licença confirma, assim, a legitimidade do acordo de resolução amigável, o que justifica plenamente que lhe seja associado.
- 948 Uma vez que se afigura justificado associar a um acordo de resolução amigável de um litígio relativo a uma patente um acordo de licença respeitante a esta mesma patente, tal associação, contrariamente ao que sucede quanto aos outros acordos acessórios, não constitui um indício sério da existência de um pagamento compensatório (na aceção desta expressão em matéria de acordos acessórios, v. n.º 804, *supra*).
- 949 Assim, cabe à Comissão basear-se em indícios distintos da simples associação do acordo de licença e do acordo de resolução amigável para demonstrar que o acordo de licença não foi concluído em condições normais de mercado e que oculta, na realidade, um pagamento compensatório que incentiva a sociedade de genéricos a aceitar sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação (v. n.ºs 803 a 808, *supra*).
- 950 Há que observar que a constatação da existência de um pagamento compensatório é ainda menos evidente no que respeita a um acordo de licença na medida em que tal acordo não dá origem a uma transferência financeira da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos mas da sociedade de genéricos para a sociedade de medicamentos originais. Assim, em matéria de acordos de licença, o licenciado paga uma taxa ao titular da patente.
- 951 Todavia, existe uma transferência de valor da sociedade de medicamentos originais para a sociedade de genéricos, uma vez que a remuneração paga ao titular da patente constitui a contrapartida do benefício que a sociedade de genéricos retira do acordo de licença, designadamente, a autorização de utilização da patente para entrar sem risco no mercado.
- 952 Assim, cabe à Comissão demonstrar que esta contrapartida é anormalmente baixa, ou seja, numa medida tal que não pode ser explicada por considerações limitadas ao valor económico do bem objeto do contrato (v. n.º 806, *supra*), e que o acordo de licença implica assim um pagamento compensatório a favor da sociedade de genéricos.
- 953 A falta de conclusão da transação em causa em condições normais de mercado deve resultar de forma ainda mais evidente para demonstrar um grau de nocividade suficiente a fim de qualificar o acordo de resolução amigável de restrição de concorrência por objetivo porquanto o carácter restritivo da concorrência das cláusulas de não comercialização e de não contestação que inclui é atenuado pelo acordo de licença.
- 954 Com efeito, a cláusula de não comercialização é privada, pelo menos em parte, dos seus efeitos. O acordo de licença vai mesmo além de uma simples neutralização parcial dos efeitos desta cláusula, uma vez que favorece a entrada do medicamento genérico no mercado eliminando o risco de litígio ligado à patente.

- 955 Quanto à cláusula de não contestação, embora os seus efeitos restritivos persistam, são limitados pelo facto de a licença permitir uma entrada no mercado sem risco de litígio. Ora, ainda que seja essencial para a sociedade de genéricos poder contestar a validade da patente quando entra por sua conta e risco no mercado, não é tanto esse o caso quando é autorizada pela sociedade de medicamentos originais a entrar neste mercado graças a um acordo de licença.
- 956 Nesta fase da análise, cabe recordar que, no âmbito dos acordos de resolução amigável de litígios relativos a patentes, a qualificação como restrição de concorrência por objetivo pressupõe simultaneamente a presença, no acordo de resolução amigável, de uma vantagem incentivadora a respeito da sociedade de genéricos e de uma limitação correlativa dos esforços desta para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais (v. n.º 272, *supra*). Ora, resulta dos desenvolvimentos anteriores que, na presença de um acordo de licença, estes dois elementos são atenuados, ou inexistentes, pelo que um grau suficiente de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência (v., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 49 e 50, e jurisprudência referida) não pode ser facilmente constatado.
- 957 Há que acrescentar que a exceção referida no n.º 943, *supra*, não é contrária nem ao facto de a associação de um acordo de licença e de uma cláusula de não contestação fazer parte das restrições excluídas da isenção prevista no artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão, de 27 de abril de 2004, relativo à aplicação do [n.º 3 do artigo 101.º TFUE] a categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO 2004, L 123, p. 11), nem à jurisprudência do Tribunal de Justiça, tal como iniciada no Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão (193/83, EU:C:1986:75, n.ºs 89 e 92), e precisada no Acórdão de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448).
- 958 Com efeito, em primeiro lugar, segundo o artigo 5.º do Regulamento n.º 772/2004, a associação de um acordo de licença e de uma cláusula de não contestação faz parte das restrições excluídas da isenção prevista no artigo 2.º deste mesmo regulamento. Todavia, esta isenção e esta exclusão apenas são aplicáveis, nos termos dos artigos 2.º e 5.º do referido regulamento, na medida em que os acordos em causa incluam restrições de concorrência abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Por conseguinte, o facto de a associação de um acordo de licença e de uma cláusula de não contestação fazer parte das restrições excluídas da isenção prevista no artigo 2.º do Regulamento n.º 772/2004 não permite concluir que tal associação constitui, em todo caso, uma restrição de concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e, em particular, uma restrição por objetivo.
- 959 A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que, embora a concessão do benefício do artigo 101.º, n.º 3, TFUE a um determinado acordo pressuponha o reconhecimento prévio de que este acordo está abrangido pela proibição instituída pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a possibilidade prevista no n.º 3 de conceder este mesmo benefício por categorias não pode implicar que um determinado acordo abrangido por estas categorias preencha necessariamente devido a este facto as condições do n.º 1. Assim, a concessão de uma isenção por categorias não pode implicar qualquer tipo de preconceito, mesmo que implicitamente, contra qualquer acordo individualmente considerado (Acórdão de 13 de julho de 1966, Itália/Conselho e Comissão, 32/65, EU:C:1966:42, p. 590).
- 960 Em segundo lugar, é certo que o Tribunal de Justiça declarou que um acordo de licença que impõe a não contestação da validade da patente era incompatível com o artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Acrescentou que tal cláusula não estava compreendida, manifestamente, no objeto específico da patente, que não pode ser entendido como garantia de uma proteção igualmente dirigida contra as ações que visem contestar a validade da patente, considerando que é de interesse público eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que possa resultar de uma patente concedida injustificadamente (Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão, 193/83, EU:C:1986:75, n.ºs 89 e 92).

- 961 Todavia, num acórdão proferido dois anos mais tarde, num processo relativo a um acordo de resolução amigável de um litígio, o Tribunal de Justiça matizou a posição que tinha adotado no Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão* (193/83, EU:C:1986:75), declarando apenas nesta ocasião que uma cláusula de não contestação podia ter, atendendo ao contexto jurídico e económico, um carácter restritivo da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (Acórdão de 27 de setembro de 1988, *Bayer e Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, EU:C:1988:448, n.º 16). Por outro lado, embora tenha afastado, neste mesmo acórdão, a proposta da Comissão segundo a qual a introdução de uma cláusula de não contestação também não era abrangida pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE quando o acordo em causa visava pôr termo a um litígio pendente num órgão jurisdicional, não concluiu, no entanto, que qualquer acordo de resolução amigável que inclui tal cláusula está abrangido pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE.
- 962 É verdade que os licenciados, no âmbito de um acordo de licença, encontram-se, como resulta do n.º 112 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, «em geral nas melhores condições para determinar se um direito de propriedade intelectual é ou não inválido» e, assim, para o contestar. É este o motivo que justifica que a associação de um acordo de licença e de uma cláusula de não contestação seja, em princípio, proibida (Conclusões do advogado-geral M. Darmon no processo *Bayer e Maschinenfabrik Hennecke*, 65/86, EU:C:1987:336, n.º 8). Todavia, quando um acordo de licença é concluído no âmbito da resolução amigável de um verdadeiro litígio que opõe judicialmente as partes em causa, o licenciante já teve a oportunidade de contestar a validade da patente em causa e se, em definitivo, aceita, sem ser incentivado, sujeitar-se a uma cláusula de não contestação (e a uma cláusula de não comercialização), é porque considera que a patente é válida. Neste contexto específico de uma resolução amigável nos termos da qual as partes acabam por concordar em reconhecer que a patente é válida, o motivo que justifica que a associação de um acordo de licença e de uma cláusula de não contestação seja proibida também não se afigura relevante, sob reserva de o acordo de resolução amigável ser fundamentado no reconhecimento pelas partes no acordo da validade da patente em causa e não num incentivo do licenciado para se sujeitar à cláusula de não contestação (e à cláusula de não comercialização).
- 963 Resulta do exposto que, na presença de um verdadeiro litígio que opõe judicialmente as partes em causa e de um acordo de licença que parece ter uma ligação direta à resolução amigável deste litígio, a associação deste acordo ao acordo de resolução amigável não constitui um indício sério da existência de um pagamento compensatório. Deste modo, em tal hipótese, é com base noutros indícios que a Comissão pode demonstrar que o acordo de licença não constitui uma transação concluída em condições normais de mercado e oculta, assim, um pagamento compensatório (na aceção desta expressão em matéria de acordos acessórios, v. n.º 804, *supra*).
- 964 Tendo em consideração o exposto, há que determinar se a Comissão pôde, no caso em apreço, concluir corretamente que uma qualificação como restrição por objetivo podia ser aplicada aos acordos de resolução amigável e de licença concluídos entre a Servier e a Krka.
- 965 Importa, numa primeira fase, examinar se existiam verdadeiros litígios e se o acordo de licença parecia ter uma ligação suficientemente direta à resolução amigável destes litígios para que a sua associação ao acordo de resolução amigável seja justificada.
- 966 A este respeito, em primeiro lugar, importa observar que existiam verdadeiros litígios em curso entre a Servier e a Krka no momento da assinatura do acordo e que foi posto termo a estes litígios na sequência do acordo de resolução amigável, que prevê, no seu artigo I, alíneas i) e ii), que ambas as partes devem retirar-se dos processos em curso que as opõem.
- 967 Com efeito, dez sociedades de genéricos, entre as quais a Krka, tinham apresentado oposição contra a patente 947 no IEP em 2004, com vista a obter a sua revogação na íntegra, invocando fundamentos relativos à falta de novidade e de atividade inventiva e à exposição insuficiente da invenção. Em 27 de julho de 2006, a Divisão de Oposição do IEP confirmou a validade desta patente na sequência

de pequenas alterações das reivindicações iniciais da Servier. Em seguida, sete sociedades interpuseram recurso da decisão do IEP de 27 de julho de 2006. A Krka retirou-se do processo de oposição em 11 de janeiro de 2007 em conformidade com o acordo de resolução amigável alcançado com a Servier.

- 968 De igual modo, no Reino Unido, a Servier intentou em 28 de julho de 2006 na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], uma ação de contrafação da patente 340 contra a Krka. Em 2 de agosto de 2006, tinha igualmente instaurado uma ação de contrafação da patente 947 contra a Krka, assim como um pedido de injunção provisória. Em 1 de setembro de 2006, a Krka tinha apresentado um pedido reconvenicional de anulação da patente 947 e, em 8 de setembro de 2006, outro pedido reconvenicional de anulação da patente 340. Em 3 de outubro de 2006, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], deferiu o pedido de injunção provisória da Servier e indeferiu o pedido apresentado pela Krka em 1 de setembro de 2006. Em 1 de dezembro de 2006, a instância em curso extinguiu-se em conformidade com o acordo de resolução amigável alcançado entre as partes e a injunção provisória foi levantada.
- 969 Em segundo lugar, tanto o acordo de resolução amigável como o acordo de licença estavam ligados aos litígios em causa. O acordo de resolução amigável e, em particular, as cláusulas de não comercialização e de não contestação que incluía limitavam-se, com efeito, ao âmbito de aplicação das patentes que foram objeto dos litígios que opõem a Servier e a Krka. Quanto ao acordo de licença, era relativo à patente 947 e também tinha, assim, uma ligação direta a estes litígios.
- 970 Em terceiro lugar, existiam, no momento da conclusão dos acordos de resolução amigável e de licença, indícios concordantes que podem deixar as partes pensar que a patente 947 era válida (v. n.ºs 967 e 968, *supra*).
- 971 Em quarto lugar, se entre a Servier e a Krka já tinham existido contactos prévios à decisão do IEP de 27 de julho de 2006 que confirmam a validade da patente 947 (v., nomeadamente, considerando 837 da decisão recorrida), estes não tinham conduzido a um acordo (considerandos 856 a 859 da decisão recorrida) e só após esta decisão é que se iniciaram novas negociações (considerando 898 da decisão recorrida). Assim, a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 que confirma a validade da patente 947 foi, pelo menos, um dos elementos desencadeadores que conduziram aos acordos de resolução amigável e de licença.
- 972 Assim, atendendo ao alcance das cláusulas do acordo de resolução amigável e do acordo de licença, assim como ao contexto em que estes acordos foram celebrados, há que constatar que a associação destes dois acordos era justificada e não constitui, assim, um indício sério da existência de um pagamento compensatório da Servier para a Krka a que daria lugar o acordo de licença (v. n.º 948, *supra*).
- 973 Nestas condições, há que examinar, numa segunda fase, se, no caso em apreço, a Comissão chegou a demonstrar, com base em indícios ou elementos de prova distintos da simples associação do acordo de licença e do acordo de resolução amigável, que o acordo de licença não foi concluído em condições normais de mercado (v. n.ºs 949 e 963, *supra*).
- 974 A este respeito, importa observar que é pacífico que, contrariamente ao que sucede aos outros acordos que foram objeto da decisão recorrida, nem o acordo de resolução amigável nem o acordo de licença deram lugar a uma transferência financeira da Servier para Krka.
- 975 O acordo de licença previa inclusivamente que a Krka pagaria à Servier uma taxa de 3% do montante líquido das suas vendas.

- 976 É certo que o pagamento constitui a contrapartida do benefício que a sociedade de genéricos retira do acordo de licença, ou seja, a autorização de utilização da patente para entrar sem risco no mercado. Todavia, cabia à Comissão demonstrar que esta contrapartida era anormalmente baixa e que o acordo de licença gerava, assim, um pagamento compensatório a favor da Krka.
- 977 Ora, embora a Comissão tenha apresentado na decisão recorrida um determinado número indícios que permitem concluir que o acordo de licença era favorável aos interesses comerciais da Krka (considerandos 1738 a 1744 e, em particular, considerando 1739), não demonstrou, no entanto, que a taxa de 3% adotada era anormalmente baixa, ou seja, numa medida tal que não pode ser explicada por considerações limitadas ao valor económico da patente objeto da licença (v. n.º 952, *supra*).
- 978 Quanto à circunstância, alegada pela Comissão, de que a taxa de exploração era muito inferior ao resultado de exploração da Servier para o ano de 2007 na República Checa, na Hungria e na Polónia, não é necessariamente anormal que a taxa de um excedente de exploração, que representa os lucros brutos resultantes de uma atividade, ultrapasse amplamente a taxa de exploração de um acordo de licença, que apenas representa o custo do direito de utilização de uma patente.
- 979 O mesmo motivo permite igualmente afastar o argumento da Comissão segundo o qual a taxa representava uma parte reduzida das margens de lucro da Krka. *A fortiori*, no que respeita à sociedade de genéricos, esta não teria qualquer interesse em concluir um acordo de licença se o montante da taxa não lhe permitia gerar uma margem suficientemente significativa de lucros.
- 980 Por último, não se afigura anormal que a taxa de exploração de uma patente utilizada pela Krka seja calculada com base no preço de venda do produto da Krka e não sobre a base do preço de venda do produto da Servier.
- 981 Todos estes elementos, mesmo considerados no seu conjunto, permitem, no máximo, demonstrar o carácter favorável aos seus interesses comerciais do preço da licença concedida à Krka mas não bastam para demonstrar que a transação em causa não teria sido concluída em condições normais do mercado, tanto mais que o acordo de licença previa que a Servier poderia continuar a comercializar o seu produto nos sete Estados-Membros onde se aplicava a licença, quer diretamente, quer por intermédio de uma das suas sociedades afiliadas, quer, ainda, por intermédio de apenas uma terceira parte por Estado. A licença concedida não era, assim, exclusiva, o que limitava o seu carácter vantajoso para a Krka, na medida em que existia um risco de a Krka ver o seu produto estar em concorrência com outro produto genérico, quer este seja comercializado ou produzido pela Servier ou por um terceiro.
- 982 Há que acrescentar que, na audiência, a própria Comissão indicou que não contestava que a taxa era conforme às práticas do mercado. Afirmando, certamente a título subsidiário, na decisão recorrida que «mais do que o baixo nível das taxas é o facto de uma licença única ter sido concedida contra um compromisso de não entrar ou contestar as patentes da Servier num determinado número de outros mercados restritos que é central para a análise» (nota n.º 2354), a Comissão já demonstrava que apenas concedia, erradamente, uma importância secundária à circunstância de a transação poder ter sido concluída em condições normais de mercado.
- 983 Resulta das considerações expostas nos n.ºs 977 a 982, *supra*, que a Comissão não demonstrou que a taxa de 3% prevista no acordo de licença era anormalmente baixa, ou seja, numa medida tal que não pode ser explicada por considerações limitadas ao valor económico da patente objeto da licença. Assim, a Comissão não demonstrou que o acordo de licença não constitui uma transação concluída em condições normais de mercado.
- 984 Por conseguinte, a Comissão não demonstrou a existência efetiva de um pagamento compensatório resultante da concessão de uma licença a um preço anormalmente baixo (v. n.º 803, *supra*) e que, não tendo por objeto compensar os custos inerentes à resolução amigável de um litígio (v. n.º 809, *supra*), é constitutivo de um incentivo.

- 985 Daqui resulta que a Comissão não tinha razões para constatar no caso em apreço a existência de uma restrição de concorrência que apresenta um carácter suficientemente nocivo para que possa ser qualificada como restrição por objetivo.
- 986 A conclusão anterior não pode ser infirmada pelos outros elementos tidos em conta pela Comissão na decisão recorrida.
- 987 Em primeiro lugar, mesmo admitindo que o acordo de licença foi incentivador por ter permitido, nos sete Estados-Membros em causa — ou seja, numa parte do mercado em relação à qual a Comissão não constatou a existência de uma infração —, a instauração de um duopólio vantajoso entre a Servier e a Krka, como refere a Comissão na decisão recorrida (v., nomeadamente, considerando 1728, 1734 e 1742), tal duopólio não resulta do próprio acordo mas de escolhas efetuadas pela Servier e pela Krka posteriormente a este, ou seja, no que respeita à Servier, a escolha de não conceder uma licença a outra sociedade de genéricos ou de não comercializar uma versão genérica com preço baixo do seu próprio perindopril (considerando 1727 da decisão recorrida) e, no que respeita à Krka, a escolha de não levar a cabo uma política agressiva baseada nos preços (considerando 1744 da decisão recorrida).
- 988 Ora, a restrição por objetivo constatada pela Comissão, em particular o incentivo que constitui uma das condições desta restrição (v. n.º 272, *supra*), respeita aos acordos de resolução amigável e de licença concluídos entre a Servier e a Krka e não a práticas posteriores a estes acordos e não determinadas pelos mesmos.
- 989 Admitindo que o duopólio em causa possa ser entendido como uma execução dos acordos, há que recordar que a Comissão e o juiz da União não podem, no exame do objetivo restritivo de um acordo e, em particular, no âmbito da tomada em consideração do seu contexto económico e jurídico, ignorar completamente os efeitos potenciais deste acordo (v. jurisprudência referida no n.º 304, *supra*). Todavia, resulta igualmente da jurisprudência que o estabelecimento da existência de uma restrição de concorrência por objetivo não pode, ao abrigo, nomeadamente, do exame do contexto económico e jurídico do acordo em causa, conduzir à apreciação dos efeitos deste acordo, sob pena de ser perdida a sua utilidade para a distinção entre objetivo e efeito restritivo de concorrência estabelecida no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v. n.º 221, *supra*). Para verificar a especial aptidão de um acordo para produzir os efeitos restritivos de concorrência que caracterizam os acordos com objetivo anticoncorrencial, a análise dos efeitos potenciais de um acordo deve, assim, ser limitada aos que resultam de dados objetivamente previsíveis à data de conclusão do referido acordo (v., neste sentido, Conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, n.º 84, e, igualmente, neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.ºs 80 a 82).
- 990 Ora, no caso em apreço, os supostos efeitos potenciais em causa, ou seja, o duopólio alegado pela Comissão, baseiam-se em circunstâncias hipotéticas e, assim, não objetivamente previsíveis à data de conclusão do acordo.
- 991 Em todo caso, a Comissão, referindo as práticas de saturação das existências das farmácias e uma queixa junto das autoridades polacas na qual era alegada a existência de uma concorrência desleal, indicou no considerando 1725 da decisão recorrida que «a atitude da Servier em relação à Krka nos sete mercados licenciados dificilmente podia ser descrita como uma atitude de cooperação». Além disso, como resulta do considerando 1728 da decisão recorrida, o duopólio descrito pela Comissão entre a Servier e a Krka não excluía um certo grau de concorrência entre estas empresas.
- 992 Em segundo lugar, segundo a Comissão, o acordo de licença era, no caso em apreço, incentivador, uma vez que permitia uma entrada sem risco da Krka em alguns mercados em troca da sua exclusão de outros mercados. Nesta perspetiva, quando o âmbito de aplicação das cláusulas de não comercialização ou de não contestação é mais amplo que o do acordo de licença e quando existe assim, entre estes dois acordos, um desfazamento ou uma «assimetria», segundo o termo utilizado

pela Comissão nos considerandos 1706 e 1736 da decisão recorrida, é possível concluir pela existência de um incentivo, o acordo de licença, que permite uma entrada sem risco da sociedade de genéricos em determinadas partes do mercado, que tem, na realidade, por objetivo incentivar esta sociedade a aceitar retirar-se das outras partes do mercado, em benefício da sociedade de medicamentos originais.

993 Tal argumentação não pode ser acolhida.

994 Com efeito, antes de mais, a abordagem proposta pela Comissão, segundo a qual a mera conclusão, mesmo em condições normais do mercado, de um acordo de licença associado a um acordo de resolução amigável que inclui cláusulas restritivas pode constituir um incentivo, conduz a uma solução paradoxal, uma vez que, neste caso, quanto mais amplo for o âmbito de aplicação de um acordo de licença, mais importante será o incentivo e, assim, mais fácil será concluir pela existência de uma restrição por objetivo, a menos que o acordo de licença tenha um âmbito de aplicação exatamente idêntico ao do acordo de resolução amigável.

995 Ora, quanto mais amplo for o âmbito de aplicação de um acordo de licença, em particular relativamente ao âmbito de aplicação do acordo de resolução amigável a que está associado, mais este acordo é favorável à concorrência tendo em conta os efeitos pró-concorrenciais da licença, a qual incentiva a entrada de uma sociedade de genéricos no mercado e limita o caráter restritivo da concorrência das cláusulas de não comercialização e de não contestação incluídas no acordo de resolução amigável (v. n.ºs 954 e 955, *supra*).

996 A este respeito, é possível observar que, nas conclusões que apresentou no processo CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, n.º 55), o advogado-geral N. Wahl referiu que a abordagem formalista que conduz a identificar uma restrição por objetivo só podia ser concebida em presença de comportamentos em relação aos quais podia ser concluído que os seus efeitos desfavoráveis à concorrência superavam os efeitos pró-concorrenciais.

997 Além disso, a tese da Comissão, que levava a impor ao titular da patente a celebração de um acordo de licença que abrangia todo o território sobre o qual se aplicavam as cláusulas restritivas do acordo de resolução amigável, não respeita os direitos de propriedade intelectual do titular da patente e, em particular, a margem de apreciação de que dispõe em matéria de concessão de licença (v., numa hipótese em que o proprietário da patente se encontra em posição dominante, Acórdão de 17 de setembro de 2007, Microsoft/Comissão, T-201/04, EU:T:2007:289 n.º 331). Esta tese também não respeita a margem de apreciação de que devem dispor as partes num litígio para resolvê-lo de forma amigável de boa-fé.

998 Por outro lado, a conclusão de um acordo de licença «assimétrico» não constitui necessariamente, para uma sociedade de genéricos que não reconhece a validade da patente em causa, uma vantagem suficiente para que esta se sujeite às cláusulas de não comercialização e de não contestação. Para que a vantagem resultante da conclusão de tal acordo possa ser considerada incentivadora, deve oferecer a esta sociedade uma compensação pela perda certa dos lucros esperados, resultante da aceitação de uma resolução amigável que inclui cláusulas que lhe proíbem a entrada em algumas partes geográficas do mercado. Com efeito, para uma sociedade que não acredita seriamente na validade da patente e que está em condições de entrar em todo o mercado abrangido pelas cláusulas de não comercialização e de não contestação, uma licença cujo alcance geográfico é mais limitado que o âmbito de aplicação das referidas cláusulas não constitui uma solução economicamente satisfatória que pode conduzi-la a aceitar sujeitar-se às mesmas. É certo que a licença abre parcialmente à referida sociedade o mercado abrangido pela patente ao oferecer-lhe a possibilidade de obter, nesta parte do mercado, os lucros previstos, mas, uma vez que não está demonstrado que a taxa de exploração desta licença, para a referida parte do mercado, é anormalmente baixa, a referida licença não dá a esta sociedade qualquer compensação no que respeita às outras partes do mercado, sobre as quais poderia obter lucro em caso de anulação da patente, cujo acesso lhe é doravante proibido.

- 999 No caso em apreço, os benefícios esperados pela Krka nos 18 a 20 mercados em relação aos quais o acordo de licença não se aplicava estavam longe de ser insignificantes. Com efeito, a Comissão refere na decisão recorrida que os benefícios dos mercados da Europa ocidental correspondiam aproximadamente aos benefícios dos três mais importantes dos sete mercados abrangidos pelo acordo de licença (nota n.º 2348). Embora se deva ter em conta o facto de a licença eliminar qualquer risco de ação de contrafação e de os lucros que a Krka podia obter graças ao acordo de licença estarem assim garantidos, a importância que podia conceder a tal risco dependia amplamente do seu grau de convicção quanto à validade da patente. O facto de a Krka reconhecer a validade da patente 947 foi, assim, um elemento determinante na adoção da decisão que a levou a privilegiar uma entrada limitada aos sete mercados em causa mas protegida pela licença face a uma entrada alargada a todos os mercados dos Estados-Membros mas sujeita a um risco significativo de contrafação devido à força da referida patente aos olhos da Krka.
- 1000 Em terceiro lugar, no que respeita aos outros elementos que deviam demonstrar o carácter incentivador do acordo de licença para a Krka, importa observar, antes de mais, que o facto de esta ter avaliado o custo de oportunidade da decisão de não concluir acordos com mais de dez milhões de euros de «lucros perdidos» em três anos (considerando 1738 da decisão recorrida) constitui sobretudo um indício adicional do facto de que considerava que a patente 947 era válida. Com efeito, os lucros em causa correspondiam aos lucros previstos para uma entrada ou uma manutenção nos sete mercados abrangidos pelo acordo de licença. Assim, afigurava-se que a Krka considerava que na falta de um acordo com a Servier uma entrada arriscada nestes mercados ou uma manutenção era pouco provável, ou estava até excluída, o que confirma o facto de que reconhecia a validade da patente 947.
- 1001 Em seguida, embora resulte do considerando 1740 da decisão recorrida, que remete para o considerando 913 desta, que os 18 a 20 outros mercados «assumiam tradicionalmente uma importância menor aos olhos da Krka», os lucros esperados nestes mercados estavam longe de ser insignificantes (v. n.º 999, *supra*).
- 1002 Assim, os elementos expostos nos n.ºs 1000 e 1001, *supra*, não permitem demonstrar o carácter incentivador do acordo de licença para a Krka.
- 1003 Em quarto lugar, a constatação feita pela Comissão na decisão recorrida segundo a qual os acordos de resolução amigável e de licença constituíram uma partilha de mercado entre a Servier e a Krka (v. epígrafe do n.º 5.5.3 da decisão recorrida, assim como, nomeadamente, considerando 1745 desta) não tem fundamento.
- 1004 Com efeito, no que respeita aos sete mercados abrangidos pelo acordo de licença, embora a Comissão não considere a existência de uma infração para esta parte do mercado interno, tem todavia em conta os comportamentos da Servier e da Krka nestes sete mercados, nomeadamente, a celebração do acordo de licença, qualificado como incentivador pela Comissão, para demonstrar a existência de uma partilha de mercado que assenta numa distinção entre os outros 18 a 20 Estados-Membros, por um lado, e estes sete Estados-Membros, por outro.
- 1005 Ora, a Servier não estava excluída dos mercados dos sete Estados-Membros onde a Krka e a própria estavam em concorrência (v. n.º 991, *supra*).
- 1006 Assim, não existia uma parte do mercado que, em virtude dos acordos, estaria reservada à Krka. Por conseguinte, não se pode concluir pela existência de um partilha de mercado, na aceção de uma repartição estanque entre as partes nos acordos, relativamente a esta parte do mercado interno.
- 1007 Por outro lado, importa observar que, nestes sete Estados-Membros, o acordo de licença contribuiu para a entrada ou para a manutenção no mercado de uma sociedade de genéricos concorrente da sociedade de medicamentos originais. Assim, teve um efeito favorável na concorrência em relação à situação anterior que era aquela em que a sociedade de genéricos apenas se podia manter ou entrar

no mercado com risco, sobretudo porque a principal patente em causa, a patente 947, acabava de ver a sua validade confirmada pelas autoridades competentes (v. n.º 970, *supra*) e que existia um risco considerado significativo pela Krka de que o seu produto fosse contrafeito.

1008 Há que acrescentar que a circunstância de que, no momento da conclusão dos acordos, os equivalentes nacionais da patente 947 não tinham ainda sido concedidos à Servier em alguns dos sete mercados em causa enquanto a Krka já comercializava o seu produto (considerando 1755 da decisão recorrida) não permite concluir pela falta de efeito favorável na concorrência do acordo de licença. Com efeito, embora seja verdade que a Krka já podia entrar nestes mercados antes do acordo de licença sem sobre ela recair a ameaça imediata de um risco de uma ação de contrafação e embora, por conseguinte, a licença não tenha desempenhado um papel determinante relativamente a esta entrada nestes mercados em causa, esta licença, não obstante, permitiu à Krka manter-se nos mesmos sem ter de suportar o risco de dever enfrentar tal ação.

1009 O efeito favorável na concorrência do acordo de licença constatado nos n.ºs 1007 e 1008, *supra*, confirma a constatação de uma falta de partilha de mercado no que respeita aos sete Estados-Membros abrangidos pelo acordo de licença.

1010 O efeito favorável na concorrência do acordo de licença é ainda confirmado pela parte da resposta da Krka a um pedido de informações que figura no considerando 913 da decisão recorrida. Esta parte tem a seguinte redação:

«A obtenção de uma licença e a retirada das oposições eram consideradas a melhor opção para a Krka nesse momento — poder vender imediatamente o perindopril nos principais mercados da Krka na Europa central e oriental, ou seja, desde 2006.

Segundo todos os outros cenários, um lançamento não podia ocorrer antes de pelo menos dois anos a contar de julho de 2006, e mesmo após tal período, um lançamento não estava garantido (risco de que a patente 947 seja mantida, riscos de desenvolvimento da forma não alpha).»

1011 A parte da resposta referida no n.º 1010, *supra*, confirma a constatação segundo a qual a Krka considerava qualquer manutenção ou qualquer entrada imediata nos sete Estados-Membros abrangida pelo acordo de licença como sendo, na falta deste acordo, impossível devido à patente 947 (v. n.ºs 999 e 1000, *supra*).

1012 No que respeita aos outros 18 a 20 mercados, ou seja, à única parte do mercado em relação à qual a Comissão constatou a existência de uma infração, importa observar que, na falta de demonstração da existência de um incentivo (v. n.º 984, *supra*), as cláusulas de não comercialização e de não contestação devem ser entendidas como resultando de um acordo legítimo de resolução amigável de um litígio em matéria de patentes ao qual está associado um acordo de licença (v. n.º 963, *supra*). Tal conjunto contratual, baseado no reconhecimento da validade da patente, não pode ser, por conseguinte, qualificado como acordo de exclusão do mercado.

1013 Assim, não existia uma parte do mercado que teria sido reservada, de forma ilícita, à Servier.

1014 A partilha de mercado em que a Comissão baseou igualmente a sua constatação de restrição por objetivo não está, por isso, demonstrada.

1015 Em quinto lugar, a Comissão não demonstrou que a Servier ou a Krka tinham tido a intenção de concluir um acordo de partilha ou de exclusão do mercado ou ainda que a Servier tinha entendido incentivar a Krka a renunciar a fazer-lhe concorrência ou que a Krka tinha tido a intenção de renunciar, em troca de uma vantagem incentivadora, a exercer uma pressão concorrencial sobre a Servier.

- 1016 A título preliminar, cabe recordar que é comum que as atividades que as práticas e os acordos anticoncorrenciais incluem decorram de forma clandestina, que as reuniões se realizem secretamente e que a respetiva documentação seja reduzida ao mínimo. Daqui resulta que, mesmo que a Comissão descubra documentos que confirmem de modo explícito contactos ilegítimos entre os operadores, estes são normalmente fragmentados e esparsos, pelo que frequentemente se revela necessário reconstituir alguns detalhes através de deduções (Acórdão de 25 de janeiro de 2007, Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Comissão, C-403/04 P e C-405/04 P, EU:C:2007:52, n.º 51). No entanto, importa observar que os acordos em causa no processo principal são verdadeiros contratos que, de resto, são objeto de ampla publicidade (considerando 915 da decisão recorrida). Tendo a Comissão podido dispor facilmente do conteúdo completo dos acordos em causa, a jurisprudência citada é aplicada com menos evidência. Assim, as deduções resultantes de extratos parciais de cartas ou de outros documentos que devem demonstrar as intenções das partes não podem facilmente pôr em causa uma conclusão baseada no próprio conteúdo dos acordos, ou seja, nas ligações jurídicas vinculativas que as partes decidiram estabelecer entre si.
- 1017 Importa ainda sublinhar que, no caso em apreço, os documentos posteriores à decisão do IEP de 27 de julho de 2006, ou até à injunção provisória de 3 de outubro de 2006 adotada no Reino Unido contra a Krka, são os mais propensos a revelar quais podiam ser as intenções das partes quando concluíram os acordos de resolução amigável e de licença. Com efeito, estes dois acontecimentos alteraram substancialmente o contexto em que os acordos foram concluídos, em particular no que respeita à perceção de que a Krka, mas também a Servier, podiam ter da validade da patente 947.
- 1018 No que respeita à Krka, os documentos em que se baseia a Comissão para determinar as intenções da Krka (v., nomeadamente, considerando 849 a 854 e 1758 a 1760 da decisão recorrida, assim como os considerando para os quais estes remetem) são relativos a períodos anteriores a estes dois acontecimentos.
- 1019 Os extratos referidos são, em todo caso, muito fragmentados ou ambíguos para permitir demonstrar, contrariamente ao que foi constatado várias vezes (v., nomeadamente, n.ºs 999, 1000 e 1011, *supra*), que a Krka não reconhecia a validade da patente 947 e, *a fortiori*, que, no momento da assinatura dos acordos de resolução amigável e de licença, tinha a intenção de concluir acordos de partilha ou de exclusão do mercado.
- 1020 No que respeita à Servier, o único extrato de documento, posterior aos dois acontecimentos acima referidos, revelador das suas intenções anticoncorrenciais e ao qual é feita referência na parte da decisão recorrida consagrada a estas intenções (considerando 1761 e 1762) é o seguinte: «quatro anos ganhos = grande sucesso».
- 1021 Este extrato figura na ata de uma reunião da administração da Servier que faz referência ao acórdão de 6 de julho de 2007 da High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], segundo o qual a patente 947 era inválida devido à falta de novidade e de atividade inventiva desta patente em relação à patente 341.
- 1022 Mesmo admitindo que possa ser deduzido deste extrato que a direção da Servier tinha considerado, na sequência deste acórdão, que a patente 947 tinha tido por interesse permitir-lhe ganhar quatro anos adicionais de proteção, isto não permite concluir que, em 27 de outubro de 2006, no momento da assinatura dos acordos de resolução amigável e de licença, a Servier tinha a intenção de conduzir aos acordos de partilha ou de exclusão do mercado e, *a fortiori*, não permite demonstrar que os acordos de resolução amigável e de licença eram restritivos da concorrência por objetivo.
- 1023 Por outro lado, a observação feita por outra sociedade de genéricos, segundo a qual «se afigurava que, do ponto de vista da Servier, a justificação desta resolução amigável seja a proteção dos mercados principais nos quais é constatada a prevalência de um nível elevado de substituição e/ou de uma

prescrição de [denominação comum internacional]» (considerando 1730 da decisão recorrida), não permite, mesmo tida em conta com o conjunto dos outros indícios invocados pela Comissão, concluir pela existência de uma intenção da Servier de adotar com a Krka acordos de partilha ou de exclusão do mercado.

- 1024 Por último, a referência efetuada várias vezes pela Comissão na decisão recorrida a um documento intitulado «Coversyl: defesa contra os genéricos» não prevalece sobre convicção. Com efeito, este documento é anterior à decisão do IEP de 27 de julho de 2006 e à injunção provisória de 3 de outubro de 2006 adotada no Reino Unido contra a Krka, o que limita consideravelmente a sua relevância (v. n.º 1017, *supra*). Além disso, resulta da própria decisão recorrida que este documento não descreve explicitamente a estratégia a respeito da Krka mas, no máximo, que resulta «da natureza e [da] estrutura do documento», assim como do «contexto em que é feita referência à Krka», que estava «prevista» uma defesa contra si (nota n.º 2386). Por último, não resulta dos extratos deste documento referidos na decisão recorrida que a Servier manifestou dúvidas quanto à validade da patente 947.
- 1025 Em todo caso, para pôr em causa a conclusão a que o Tribunal Geral chegou no n.º 985, *supra*, e demonstrar que os acordos em causa visavam, contrariamente à conclusão a que conduziu a análise do seu conteúdo e do contexto no qual foram concluídos, a compra de um concorrente para excluí-lo do mercado, cabe à Comissão, tendo em conta, nomeadamente, considerações expostas no n.º 1016, *supra*, apresentar um conjunto de indícios relevantes e convergentes. Ora, a Comissão não estava em condições de apresentar tais indícios.
- 1026 Em sexto lugar, a circunstância de a Krka continuar a contestar as patentes da Servier e a comercializar o seu produto mesmo quando a validade da patente 947 tinha sido confirmada pela Divisão de Oposição do IEP não constitui um elemento determinante para concluir pela existência de uma restrição de concorrência por objetivo, uma vez que tal manutenção, pela Krka, da pressão concorrencial exercida sobre a Servier pode ser explicada pela vontade da Krka, apesar dos riscos processuais que antecipava, de reforçar a sua posição nas negociações que era suscetível de iniciar com a Servier com vista a chegar a um acordo de resolução amigável.
- 1027 Além disso, o prosseguimento da contestação da patente da Servier não fazia a Krka suportar novos riscos em termos de contrafação. Isto aumentava apenas as suas despesas processuais. Quanto ao prosseguimento da comercialização do seu produto, limitou-se a cinco mercados da Europa central e oriental, tendo a Comissão referido, na decisão recorrida, que a Krka «acabou por deixar de pretender entrar com risco em França, no Reino Unido e noutros mercados da Europa ocidental após a decisão [da divisão] de oposição» (considerando 1693). Além disso, em cinco dos sete mercados abrangidos pela licença, os equivalentes da patente 947 não tinham ainda sido concedidos (considerando 1755 da decisão recorrida). Assim, os riscos incorridos pela Krka, pelo menos em alguns dos mercados em que se manteve, eram limitados.
- 1028 Tendo em conta os elementos expostos nos n.ºs 1026 e 1027, *supra*, a circunstância de a Krka continuar a contestar as patentes da Servier e a comercializar seu produto mesmo quando a validade da patente 947 tinha sido confirmada pela Divisão de Oposição do IEP não permite concluir, contrariamente ao que alega a Comissão, que a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 não teve um impacto determinante sobre a perceção que a Krka tinha da patente 947 e, por conseguinte, sobre a escolha que fez após aceitar recorrer a uma resolução amigável com a Servier.
- 1029 Em sétimo lugar, embora a Comissão apresente um determinado número de elementos que permite concluir que os acordos de resolução amigável e de licença tinham sido objeto de uma negociação comercial entre a Servier e a Krka, procurando a Krka maximizar as vantagens que podia retirar dos acordos e fazendo mesmo do acordo de licença uma condição da sua aceitação das cláusulas de não comercialização e de não contestação (v., nomeadamente, considerandos 913 e 1746 a 1748 da decisão recorrida), estes elementos, mesmo considerados com todos os outros elementos que invoca a

Comissão, não permitem demonstrar que o acordo de licença não constitui uma transação concluída em condições normais de mercado, ou seja, que a taxa de 3% prevista no acordo de licença não foi escolhida com base em considerações comerciais mas para incentivar a Krka a aceitar sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação contidas no acordo de resolução amigável.

<sup>1030</sup> Além disso, importa recordar que a celebração de um acordo de licença, que apenas tem razão de ser para qualquer licenciado se a licença for efetivamente explorada, tem como fundamento o reconhecimento pelas partes da validade da patente (v. n.º 947, *supra*). Assim, o facto de a sociedade de genéricos pretender obter o acordo de licença mais favorável aos seus interesses comerciais não basta para demonstrar que esta sociedade não concluiu o acordo em causa com base no seu reconhecimento da validade da patente.

<sup>1031</sup> Importa ainda acrescentar que um acordo favorável à Krka permitia-lhe entrar nas partes do mercado em que estava na posição mais forte e em que podia comercializar mais rapidamente o seu produto ou manter a sua comercialização, o que é favorável à concorrência. Assim, os interesses de uma sociedade de genéricos tal como a Krka, que pretende obter junto da sociedade de medicamentos originais a licença mais favorável aos seus interesses comerciais, convergem com os do consumidor, que verá, graças ao acordo de licença, uma sociedade de genéricos entrar rapidamente no mercado ou nele se manter.

<sup>1032</sup> Resulta do exposto que a conclusão que figura no n.º 985, *supra*, deve ser confirmada, uma vez que os acordos de resolução amigável e de licença em causa não revelavam um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência para que a Comissão pudesse considerar corretamente que eram constitutivos de uma restrição por objetivo. Por conseguinte, o fundamento invocado é procedente.

## 2) Quanto ao acordo de cessão

### i) Argumentos das partes

[*omissis*]

### ii) Apreciação do Tribunal Geral

<sup>1041</sup> A título preliminar, importa recordar os motivos determinantes em que a Comissão se baseou, na decisão recorrida, para chegar à conclusão de que o acordo de cessão podia ser qualificado como restrição de concorrência por objetivo.

<sup>1042</sup> Antes de mais, a Comissão constatou, por um lado, que, no âmbito do acordo de cessão, a Krka tinha cedido à Servier dois pedidos de patentes, um relativo a um processo de síntese do perindopril (WO 2005 113500) e o outro à preparação de formulações de perindopril (WO 2005 094793), e, por outro, que a tecnologia abrangida por estes pedidos de patentes era utilizada para a produção do perindopril de Krka (considerando 1770 da decisão recorrida).

<sup>1043</sup> Com base nesta constatação, a análise da Comissão visou demonstrar que o acordo de cessão reforçava a posição concorrencial da Servier e da Krka que resultava da partilha de mercado que tinham instituído, em seu entender, os acordos de resolução amigável e de licença (considerandos 1766 e 1804 da decisão recorrida).

<sup>1044</sup> No que respeita, em primeiro lugar, à Servier, a Comissão afirmou que a transferência da tecnologia da Krka tinha ocorrido em condições de mercado específicas, nas quais muito poucas fontes alternativas de tecnologia de IPA potencialmente viáveis e independentes da Servier subsistiam (considerandos 1766 e 1772 da decisão recorrida). Segundo a Comissão, a tecnologia da Krka, que permitia satisfazer

as exigências da farmacopeia europeia (considerandos 1766, 1770 e 1793 da decisão recorrida), constituía «um elemento fundamental para entrar no mercado» (considerando 1803 da decisão recorrida).

1045 A Comissão referiu o seguinte no considerando 1772 da decisão recorrida:

«Ao privar a Krka da possibilidade de conceder licenças sem restrições ou de ceder a sua tecnologia a terceiros, ou seja, a outras sociedades de genéricos, a Servier bloqueou efetivamente o acesso de terceiros a uma eventual fonte de concorrência com base na tecnologia da Krka. Tal tecnologia podia, por exemplo, servir de plataforma para novas contestações de patente. Em conjugação com o acordo de resolução amigável Krka, o acordo de cessão e de licença forneceu assim à Servier uma proteção absoluta contra qualquer concorrência potencial subsistente resultante da tecnologia de Krka.»

1046 Deste modo, segundo a Comissão, ao adquirir a tecnologia da Krka, a Servier tinha a certeza de que esta também não podia ceder uma tecnologia que podia revelar-se útil para outras sociedades de genéricos. A Comissão daí deduziu que o acordo de cessão permitia à Servier reforçar a proteção de que já beneficiava devido às cláusulas de não comercialização e de não contestação que figuram no acordo de resolução amigável (considerandos 1805 e 1806 da decisão recorrida).

1047 No que respeita, em segundo lugar, à Krka, a Comissão não só considerou que esta «estava consciente do facto de que as aquisições de tecnologia de perindopril pela Servier podiam conduzir à exclusão dos concorrentes genéricos» (considerando 1800 da decisão recorrida), mas, sobretudo, que beneficiava da licença que lhe era atribuída no âmbito do acordo de cessão.

1048 No que respeita a este último aspeto, a Comissão referiu que a Krka podia continuar a utilizar a sua tecnologia nos mercados dos sete Estados-Membros a respeito dos quais estava em condições de comercializar seu produto graças ao acordo de licença (considerando 1806 da decisão recorrida). Ora, segundo a Comissão, a tecnologia da Krka era útil, incluindo em relação à Krka, para produzir o IPA de perindopril com um nível de pureza que satisfaz as exigências da farmacopeia europeia. Assim, a Krka teria visto a posição favorável de que já dispunha nos sete mercados em causa graças ao acordo de licença ser mantida pelo acordo de cessão.

1049 A Comissão concluiu que o acordo de cessão tinha tido por objeto o reforço da partilha de mercado instituída pelos acordos de resolução amigável e de licença (considerandos 1803 e 1810 da decisão recorrida).

1050 A Comissão acrescentou que a conclusão dos acordos de resolução amigável e de licença e a do acordo de cessão faziam parte de uma infração única e continuada que violava a concorrência ao partilhar os mercados do perindopril na União. A este respeito, a Comissão baseou-se, nomeadamente, no facto de estes acordos prosseguirem o mesmo objetivo de partilha de mercados entre a Servier e a Krka (considerando 1811 da decisão recorrida).

1051 A Comissão terminou a parte da decisão recorrida consagrada à análise da restrição por objetivo relativa aos diferentes acordos concluídos entre a Servier e a Krka referindo que estes acordos «prosseguiam o objetivo [...] de partilhar os mercados evitando ou proibindo a concorrência pelos medicamentos genéricos entre, e contra, a Krka e a Servier» (considerando 1812).

1052 Por último, importa sublinhar que a Comissão considerou que o acordo de cessão apenas introduzia uma distorção «adicional», como refere a epígrafe do n.º 5.5.3.4 da decisão recorrida.

1053 Resulta das considerações anteriores que a constatação de restrição por objetivo considerada pela Comissão no que respeita ao acordo de cessão baseia-se, como referem corretamente as recorrentes, na constatação prévia da existência de uma partilha de mercado resultante dos acordos de resolução amigável e de licença.

- 1054 Ora, conforme referido no n.º 1014, *supra*, esta constatação prévia é errada.
- 1055 Por conseguinte, a constatação de restrição por objetivo considerada pela Comissão no que respeita ao acordo de cessão é, por sua vez, inválida.
- 1056 Há que acrescentar que o acordo de cessão não é um acordo acessório ao acordo de resolução amigável, na aceção das considerações desenvolvidas nos n.ºs 797 a 803, *supra*.
- 1057 Com efeito, este acordo de cessão não foi concluído no mesmo dia que o acordo de resolução amigável, não existe vínculo contratual entre estes dois acordos e a Comissão não demonstrou que eram indissociáveis (v. n.º 798, *supra*).
- 1058 A própria Comissão precisou que não existia qualquer ligação entre, por um lado, o pagamento de 30 milhões de euros pela Servier à Krka no âmbito do acordo de cessão e, por outro, o acordo de resolução amigável, no sentido de que este pagamento não tinha constituído um incentivo da Krka para aceitar sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação incluídas no acordo de resolução amigável. Isto resulta, nomeadamente, dos extratos da decisão recorrida citados em seguida:

«(1678) Dois meses mais tarde, a Servier adquiriu à Krka pedidos de patentes relativos a tecnologias concorrentes de produção de perindopril por 30 milhões EUR. A Krka considerava que a Servier acreditava que esta tecnologia podia ser transferida ou licenciada a outros concorrentes. Embora alguns elementos vão no sentido da existência de uma ligação entre o acordo de resolução amigável e o pagamento de 30 milhões [de euros] pela Servier, a presente decisão não extrai qualquer conclusão sobre este ponto, e a análise de tais acordos não é baseada na existência de tal ligação.

[...]

(Nota 2419) A Servier contesta a existência de uma ligação entre o pagamento pelos pedidos de patente[s] e o acordo de resolução amigável (resposta da Servier à comunicação de acusações, n.º 1084, ID 10114, p. 363). Como resulta de forma evidente d[o n.º] 5.5.3.3.3, a avaliação do acordo de resolução amigável Krka não considera o pagamento de 30 milhões [de euros] um incentivo para a Krka aceitar as disposições restritivas da resolução amigável, e deixa aberta como não sendo decisiva a questão de saber se existia uma ligação entre a resolução amigável e o acordo de cessão e de licença [...].».

- 1059 Assim, o acordo de cessão não permite suprir o caráter não demonstrado (v. n.º 984, *supra*) do incentivo que, segundo a Comissão, resultava do acordo de licença e lhe permitia concluir que o acordo de resolução amigável tinha, na realidade, por objeto excluir um concorrente da Servier.
- 1060 Resulta do exposto que a Comissão concluiu erradamente, no que respeita ao acordo de cessão, pela existência de uma restrição de concorrência por objetivo. Por conseguinte, o presente fundamento é precedente.

***b) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito dos acordos concluídos com a Krka***

*1) Argumento das partes*

[omissis]

## 2) *Apreciação do Tribunal Geral*

- 1075 Há que examinar conjuntamente o erro de apreciação e o erro de direito quanto à constatação da existência de uma restrição por efeito.
- 1076 A este respeito, o Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente que, para se determinar se um acordo deve ser considerado proibido em razão das alterações do jogo da concorrência que provoca, é necessário examinar o jogo da concorrência no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido (Acórdãos de 30 de junho de 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 359 e 360, e de 6 de abril de 2006, General Motors/Comissão, C-551/03 P, EU:C:2006:229, n.º 72; v., igualmente, Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 161, e jurisprudência referida). Assim, trata-se de salientar, através de uma comparação entre o jogo da concorrência tal como existiu na presença do acordo e o jogo da concorrência tal como se produziria na falta deste acordo, uma situação concorrencial degradada quando este se aplica.
- 1077 A título preliminar, há que precisar com base em qual abordagem a Comissão, na decisão recorrida, procedeu ao exame da restrição de concorrência por efeito no que respeita, em particular, à etapa comparativa deste exame referida no n.º 1076, *supra*.

### *i) Quanto à abordagem seguida pela Comissão*

- 1078 Importa, antes de mais, retomar algumas das considerações gerais, aplicáveis a todos os acordos celebrados entre a Servier e as sociedades de genéricos postos em causa na decisão recorrida, que a Comissão expôs no n.º 5.1.7 da decisão recorrida, sob a epígrafe «Apreciação dos acordos de resolução amigável em matéria de patentes contra pagamento compensatório enquanto restrições por efeito na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado».
- 1079 A Comissão referiu, nomeadamente, que o exame das condições de concorrência num determinado mercado «d[evia] ser baseado não apenas na concorrência existente entre as empresas já presentes no mercado relevante mas também na concorrência potencial» (considerando 1215 da decisão recorrida).
- 1080 A Comissão recordou, no considerando 1219 da decisão recorrida, que, segundo as Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo [101.º], n.º 3, [TFUE] (JO 2004, C 101, p. 97), os «efeitos efetivos e potenciais» de um acordo deviam ser tido em conta, devendo o acordo apenas ser «susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais». Remeteu, a este respeito, para o n.º 24 das referidas orientações, no qual se baseia o Acórdão de 28 de maio de 1998, Deere/Comissão (C-7/95 P, EU:C:1998:256, n.º 77).
- 1081 Em seguida, a Comissão expôs o seu método. Referiu que demonstra os efeitos restritivos dos acordos estabelecendo, numa primeira fase, que cada um destes tinha implicado a eliminação de um concorrente potencial e posteriormente, numa segunda fase, que a eliminação de um único concorrente era «susceptível de ter efeitos na estrutura da concorrência» (considerando 1219 da decisão recorrida).
- 1082 Por conseguinte, a Comissão considerou que a constatação da eliminação de um concorrente potencial lhe permitia, em seguida, demonstrar apenas os efeitos anticoncorrenciais que eram «susceptíveis» de se produzir, ou seja, os efeitos «potenciais» na concorrência (v. n.º 1080, *supra*).
- 1083 A Comissão precisou o seguinte no considerando 1220 da decisão recorrida:

«A avaliação dos efeitos restritivos deve ser efetuada com base nos factos no momento da resolução amigável, tendo em conta a forma como o acordo foi efetivamente executado. Algumas partes não estão de acordo e defendem que a avaliação deve ter em conta todos os desenvolvimentos factuais

- posteriores e não se basear principalmente na situação existente no momento da conclusão dos acordos. [...]Q]uando a eliminação da concorrência potencial está em causa, encarar o que se produziu verdadeiramente pode ter pouco a ver com o que seria provavelmente produzido na falta do acordo, uma questão fundamental para a avaliação concorrencial. Isto é ainda mais verdade quando o acordo altera consideravelmente os incentivos de uma parte, ou das duas, para continuar a fazer concorrência.»
- 1084 Nas duas primeiras fases deste considerando cuja formulação é muito ambígua, a Comissão admitiu que não se basearia, em relação a cada acordo, em todos os desenvolvimentos factuais posteriores à sua conclusão, mas que se basearia, pelo menos no essencial, nos factos existentes no momento desta conclusão. Para justificar tal abordagem, referiu em seguida o conceito de «concorrência potencial» indicando que, quando a eliminação da concorrência potencial estava em causa, a tomada em consideração de alguns acontecimentos reais, em particular os acontecimentos posteriores à conclusão do acordo, seria menos relevante para revelar um dos termos da comparação referida no n.º 1076, *supra*, ou seja, o jogo da concorrência tal como ocorreria na falta de acordo.
- 1085 Tal abordagem é confirmada por um extrato do considerando 1264 da decisão recorrida, no qual a Comissão considera que, quando a eliminação de um concorrente potencial está em causa, importa analisar os «futuros efeitos potenciais» dos acordos.
- 1086 O considerando da decisão recorrida referido no n.º 1085, *supra*, figura num ponto da decisão recorrida sob a epígrafe «Estrutura prevalente do mercado no momento dos acordos de resolução amigável», o qual é principalmente consagrado a descrever a eliminação progressiva, pela conclusão dos diferentes acordos controvertidos, dos concorrentes potenciais da Servier (considerandos 1244 a 1269 da decisão recorrida).
- 1087 É certo que, neste ponto, a Comissão evoca alguns acontecimentos que ocorreram realmente durante a execução dos acordos e que permitem concluir pela persistência de uma pressão concorrencial exercida por duas sociedades de genéricos que não assinaram o acordo com a Servier. A Comissão constata, assim, que a patente 947 foi invalidada no Reino Unido devido à prossecução, por uma destas duas sociedades, a Apotex, do processo judicial que tinha instaurado neste país.
- 1088 Todavia, a Comissão afirma que existia ainda uma forte «possibilidade», após a conclusão dos acordos controvertidos que a Servier celebrou com diferentes sociedades de genéricos, de esta procurar chegar a um acordo com a Apotex, bem como com a outra sociedade que podia representar uma ameaça para si (considerando 1268), mesmo que a Comissão, à data em que adotou a decisão recorrida, tinha podido constatar que tais acordos não tinham sido concluídos.
- 1089 A afirmação da Comissão referida no n.º 1088, *supra*, confirma que, para revelar o jogo da concorrência tal como teria ocorrido na falta de acordo (um dos termos da comparação referida no n.º 1076, *supra*), esta baseou-se numa abordagem hipotética, em parte indiferente ao desenrolar real dos acontecimentos verificados, em particular, após a conclusão dos acordos controvertidos.
- 1090 É a premissa segundo a qual poderia, na hipótese de um acordo que elimina um concorrente potencial, limitar-se a demonstrar apenas os efeitos potenciais deste acordo, ou seja, os efeitos que o acordo seria «suscetível» de produzir, que permite que a Comissão baseie a sua descrição do jogo da concorrência tal como se teria produzido na falta de acordo em hipóteses ou em «possibilidades» em vez de no desenrolar real dos acontecimentos tal como pôde ser observado no momento em que adotou a sua decisão.

1091 A este respeito, a Comissão referiu o seguinte no n.º 152 da sua contestação:

«[...] A Servier afirma que a Comissão não teve em conta a situação contractual correta. A Comissão rejeita esta crítica. Os acontecimentos que indicam se um concorrente potencial acaba por se tornar um concorrente real ou não consegue entrar no mercado apenas têm um alcance limitado, uma vez que a exclusão de um concorrente potencial à data do acordo num contexto em que os concorrentes atuais não existem e os concorrentes potenciais estão em número muito limitado têm, em si mesmo, um efeito restritivo de concorrência abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º TFUE. A questão essencial consiste em saber se a sociedade de genéricos cumpre as condições para ser considerada um concorrente potencial. A sociedade pode desaparecer do mercado ou nunca entrar no mercado por todo o tipo de razões que não invalidam o facto de que constituía à data do acordo uma ameaça suficientemente séria.»

1092 Resulta do exposto que a Comissão considerou que, uma vez que tinha demonstrado que um acordo excluía um concorrente potencial, não era necessário, para determinar qual teria sido o jogo da concorrência na falta deste acordo, basear-se nos acontecimentos reais ocorridos, em particular, posteriormente à conclusão do acordo. Pelo contrário, a Comissão considerou, com base na sua prática habitual em matéria de tomada em conta dos efeitos potenciais de um acordo segundo o qual basta demonstrar que este acordo é «suscetível» de ter efeitos anticoncorrenciais (v. n.ºs 1080 e 1085, *supra*), que podia basear a sua descrição do jogo da concorrência na falta de acordo em hipóteses ou em «possibilidades».

1093 Tendo a abordagem geral da Comissão sido exposta, há que determinar se, no âmbito específico da análise dos efeitos na concorrência dos acordos concluídos entre a Servier e a Krka, adotou uma diligência conforme a esta abordagem geral.

1094 Nos considerandos 1813 e 1814 da decisão recorrida, ou seja, nos primeiros considerandos do ponto consagrado à restrição por efeito no que respeita aos acordos concluídos com a Krka, a Comissão referiu que o objeto da sua proposta neste ponto era determinar se os acordos em causa «[eram] suscetíveis de ter efeitos restritivos na concorrência». De igual modo, no título da conclusão do ponto consagrado à restrição por efeito no que respeita aos acordos concluídos com a Krka, a Comissão indica que estes acordos «[eram] suscetíveis de produzir efeitos restritivos da concorrência». Por último, na sua contestação, a Comissão confirmou que a «decisão verificou se os acordos eram suscetíveis de ter efeitos anticoncorrenciais» (n.º 135).

1095 Resulta dos termos utilizados pela Comissão expostos no n.º 1094 *supra* que a sua diligência assenta na constatação de efeitos potenciais dos acordos (v. n.º 1080, *supra*).

1096 Por outro lado, para proceder à comparação referida no n.º 1076, *supra*, a Comissão baseou-se no facto de que, na falta de acordo, a Krka teria continuado a representar uma «ameaça concorrencial» sobre a Servier (considerandos 1828 e 1830 da decisão recorrida).

1097 Em primeira análise, esta «ameaça concorrencial» à qual os acordos colocariam termo remete, pelo seu carácter hipotético, mais para os efeitos potenciais sobre a concorrência do que para os efeitos atuais.

1098 Ora, a eliminação da «ameaça concorrencial» referida nos n.ºs 1096 e 1097, *supra*, constitui para a Comissão um elemento essencial da demonstração que visa demonstrar que a situação concorrencial no mercado se teria degradado devido ao acordo de resolução amigável (v. n.º 1076, *supra*).

1099 É certo que a Comissão consagra em seguida, a respeito do poder de mercado da Servier que constatou anteriormente (considerandos 1817 a 1819 da decisão recorrida), uma parte da decisão recorrida à estrutura do mercado em causa, caracterizada pela inexistência ou pela raridade das fontes de concorrência (considerandos 1835 à 1846).

- 1100 Todavia, é a constatação prévia da existência, na falta de acordo, de uma «ameaça concorrencial», a qual é efetuada na parte anterior da decisão recorrida (considerandos 1825 a 1834), que constitui o ponto de partida necessário da análise da estrutura do mercado.
- 1101 A Comissão conclui a análise da estrutura do mercado em causa indicando que existia uma forte possibilidade de as fontes subsistentes de concorrência identificadas no momento da assinatura dos acordos concluídos com a Krka serem eliminadas do jogo concorrencial por um futuro acordo ou por outro meio, mas sem apreciar se tal tinha sido o caso no decurso do período de aplicação dos acordos concluídos com a Krka (considerando 1846 da decisão recorrida).
- 1102 O elemento referido no n.º 1101, *supra*, confirma o que já foi exposto no n.º 1092, *supra*. Assim, a Comissão considerava que, uma vez que tinha demonstrado que o acordo de resolução amigável excluía a Krka e que esta era pelo menos um concorrente potencial da Servier, não estava obrigada, para revelar o jogo da concorrência tal como teria ocorrido na falta de acordo (um dos termos da comparação referida no n.º 1076, *supra*), a tomar em conta o desenrolar real dos acontecimentos tal como tinha podido ser observado no momento em que adotou a sua decisão. Pelo contrário, a Comissão considerou, com base na sua prática habitual em matéria de tomada em conta dos efeitos potenciais de um acordo segundo o qual basta demonstrar que este acordo é «suscetível» de ter efeitos anticoncorrenciais, que podia basear a sua descrição do jogo da concorrência na falta de acordo em hipóteses ou «possibilidades».
- 1103 Assim, a Comissão efetuou uma análise dos acordos concluídos entre a Servier e a Krka conforme à orientação geral fixada para o exame dos diferentes acordos de resolução amigável considerados ilícitos na decisão recorrida.
- 1104 Tendo sido recordada a abordagem da Comissão relativa à etapa comparativa do exame da restrição por efeito referida no n.º 1076, *supra*, há que determinar se a Comissão podia concluir, corretamente, pela existência de uma restrição de concorrência por efeito no que respeita aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka.
- 1105 Tal exame impõe, previamente, que se recorde a jurisprudência relevante.
- 1106 Em particular, tendo em conta a abordagem adotada pela Comissão e a posição essencial que ocupam no seu raciocínio as múltiplas referências aos «efeitos potenciais» dos acordos e ao facto de estes serem «suscetíveis de ter efeitos restritivos», cabe recordar a jurisprudência, já parcialmente referida no n.º 1080, *supra*, e evocada na audiência, segundo a qual devem ser tidos em conta os efeitos potenciais de um acordo, de uma prática concertada ou ainda de uma decisão de associação de empresas para determinar se tais medidas estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

*ii) Quanto à jurisprudência relevante no caso em apreço*

- 1107 Embora o Tribunal de Justiça, no âmbito de reenvios prejudiciais, tenha frequentemente reafirmado o princípio segundo o qual o artigo 101.º, n.º 1, TFUE não limita a apreciação de um acordo ou de uma prática apenas aos efeitos atuais, devendo igualmente ter em conta os efeitos potenciais do acordo ou da prática em causa na concorrência no mercado interno (Acórdãos de 21 de janeiro de 1999, Bagnasco e o., C-215/96 e C-216/96, EU:C:1999:12, n.º 34; de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, n.º 50; de 28 de fevereiro de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, n.º 71, e de 26 de novembro de 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, n.º 30), só raramente teve oportunidade de apreciar se uma prática ou um acordo produzia efeitos potenciais que permitiam concluir pela existência de uma restrição de concorrência.

- 1108 O Tribunal de Justiça considerou pela primeira vez a tomada em conta dos efeitos potenciais de um acordo no Acórdão de 17 de novembro de 1987, *British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão* (142/84 e 156/84, EU:C:1987:490). No processo que deu origem a este acórdão, a Comissão tinha rejeitado uma queixa e constatou que os acordos sujeitos ao seu exame devido a esta queixa não constituíam uma violação das regras do Tratado em matéria de concorrência (Acórdão de 17 de novembro de 1987, *British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão*, 142/84 e 156/84, EU:C:1987:490, n.º 1). O Tribunal de Justiça precisou nesta ocasião que, sempre que a Comissão constatava que um acordo não violava o direito da concorrência, devia não apenas ter em conta os efeitos que as cláusulas deste acordo tinham quando eram examinadas pela Comissão mas igualmente os efeitos que poderiam ter no futuro em relação às possibilidades ainda não concretizadas que abriam às partes. Por exemplo, neste processo, um acordo relativo às participações no capital de uma empresa concorrente reservava à empresa que investia a possibilidade de reforçar, numa fase posterior, a sua posição, assumindo o controlo efetivo da outra empresa, o que podia ter consequências na situação concorrencial examinada (Acórdão de 17 de novembro de 1987, *British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão*, 142/84 e 156/84, EU:C:1987:490, n.ºs 37, 39, 54, 57 e 58).
- 1109 Assim, segundo o acórdão referido no n.º 1108, *supra*, a Comissão deve ter em conta, no exame dos efeitos de um acordo, não apenas os efeitos reais das cláusulas que já são aplicadas no momento em que adota a sua decisão, mas igualmente os efeitos potenciais das cláusulas que ainda não foram aplicadas.
- 1110 O Tribunal de Justiça admitiu posteriormente a tomada em conta dos efeitos potenciais de um acordo no Acórdão de 28 de maio de 1998, *Deere/Comissão* (C-7/95 P, EU:C:1998:256). Estava em causa, no processo que deu origem a este acórdão, uma decisão da Comissão subsequente à notificação de um acordo que visa obter, em virtude do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, um certificado negativo através do qual a Comissão podia constatar, a pedido das empresas interessadas, que não era necessário intervir em relação a um acordo. Na sua decisão, a Comissão tinha constatado que o acordo que lhe era submetido constituía uma restrição de concorrência por efeito.
- 1111 Neste processo, o Tribunal Geral, e posteriormente o Tribunal de Justiça, validaram tal constatação, a qual se baseava na existência de efeitos potenciais.
- 1112 A recorrente invocava o facto de o sistema de troca de informações previsto pelo acordo ter sido aplicado durante vários anos antes da notificação do pedido de certificado negativo para alegar que a apreciação da Comissão devia limitar-se a ter em conta os efeitos reais desta troca de informações. Todavia, o Tribunal Geral considerou que tal argumento não era relevante, uma vez que o Tratado proibia tanto o efeito real como os efeitos potenciais dos acordos (Acórdão de 27 de outubro de 1994, *Deere/Comissão*, T-35/92, EU:T:1994:259, n.ºs 59 e 61).
- 1113 Contudo, há que matizar o carácter inoperante do argumento relativo ao facto de os acordos ou as práticas em causa terem sido implementados.
- 1114 Com efeito, em primeiro lugar, as circunstâncias do caso em apreço eram específicas, uma vez que o acordo em relação ao qual um certificado negativo era pedido substituiu um acordo anterior que não tinha sido objeto de nenhuma notificação à Comissão. Assim, é sobre a conformidade às regras da concorrência deste novo acordo que a Comissão devia pronunciar-se e não sobre a do acordo anterior. Por conseguinte, não é certo que a Comissão pudesse extrair conclusões definitivas para este novo acordo da aplicação do acordo anterior, apesar da sua semelhança. Quanto ao novo acordo, apenas tinha sido aplicado alguns meses antes de os participantes decidirem a sua suspensão. A Comissão não dispunha, por isso, do distanciamento necessário para examinar os seus efeitos atuais na concorrência (Acórdão de 27 de outubro de 1994, *Deere/Comissão*, T-35/92, EU:T:1994:259, n.ºs 2 e 4).

- 1115 Em segundo lugar, o Tribunal Geral, enquanto examinava os efeitos potenciais na concorrência de um acordo no Acórdão de 27 de setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão (T-168/01, EU:T:2006:265, n.º 163), referiu que o facto de a aplicação do acordo em causa ter sido suspensa apenas alguns meses após a sua entrada em vigor, até à adoção da decisão da Comissão contestada neste processo, o levava a interpretar o exame do acordo pela Comissão como sendo principalmente consagrado aos seus efeitos potenciais.
- 1116 O Tribunal Geral, neste acórdão, estabeleceu assim umnexo explícito entre a não aplicação do acordo em causa e o exame pela Comissão dos seus efeitos potenciais.
- 1117 Em terceiro lugar, no Acórdão de 30 de junho de 2016, CB/Comissão (T-491/07 RENV, não publicado EU:T:2016:379, n.ºs 243, 247, 248 e 250), o Tribunal Geral apreciou os efeitos potenciais sobre a concorrência de uma decisão de associação de empresas tendo em conta os efeitos que as medidas em causa produziriam se fossem aplicadas, o que, uma vez mais, estabelece uma ligação entre o exame dos efeitos potenciais da decisão de associação e o facto de que ainda não foi aplicada. Importa sublinhar que a Comissão tinha distinguido, na decisão em causa [Decisão C (2007) 5060 final, de 17 de outubro de 2007, relativa a um processo de aplicação do artigo [101.º TFUE] (COMP/D 1/38606 - Groupement des cartes bancaires «CB»)], a análise dos efeitos potenciais, ou seja, os efeitos que as medidas produziriam se a sua suspensão fosse levantada (considerandos 261 e seguintes), da análise dos efeitos realizados no decurso do período durante o qual as medidas em causa tinham sido aplicadas (considerandos 310 e seguintes).
- 1118 Há que precisar que, nos processos que deram lugar aos Acórdãos de 27 de setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão (T-168/01, EU:T:2006:265), e de 30 de junho de 2016, CB/Comissão (T-491/07 RENV, não publicado EU:T:2016:379), a Comissão não adotou sanções em relação às empresas em causa mas ordenou que pusessem imediatamente termo à infração em causa.
- 1119 Importa ainda acrescentar que, nos processos referidos no n.º 1118, *supra*, foram as empresas em causa que estiveram na origem do pedido da Comissão (v., neste sentido, Acórdãos de 27 de setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão, T-168/01, EU:T:2006:265, n.º 10, e de 30 de junho de 2016, CB/Comissão, T-491/07 RENV, não publicado EU:T:2016:379, n.º 8).
- 1120 Assim, na maioria das hipóteses em que os órgãos jurisdicionais da União aplicaram a um acordo, a uma prática concertada ou a uma decisão de associação de empresas a jurisprudência segundo a qual uma constatação de restrição por efeito pode resultar dos efeitos potenciais destas medidas, não estava em causa uma decisão da Comissão com o objeto de punir um comportamento anterior constitutivo de uma restrição por efeito, mas uma decisão da Comissão com o objeto de evitar a ocorrência de tal comportamento prevenindo os efeitos que poderiam ter as medidas em causa se fossem aplicadas. Era esse o caso, incluindo no processo que deu origem ao Acórdão de 17 de novembro de 1987, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão (142/84 e 156/84, EU:C:1987:490), uma vez que a Comissão, neste processo, rejeitou uma queixa ao examinar os efeitos que uma cláusula do acordo poderia ter se a possibilidade que prevê fosse posta em prática.
- 1121 Por conseguinte, em matéria de cartéis, não existe precedente em que o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Geral tenham admitido que a Comissão podia basear-se apenas nos efeitos potenciais da medida em causa para constatar que foi cometida uma infração e aplicar, com fundamento em tal constatação, uma coima aos autores de tal infração.
- 1122 Or, afigura-se paradoxal, quando as cláusulas de um acordo foram aplicadas e os seus efeitos na concorrência podem ser medidos tendo em conta os desenvolvimentos fatuais relevantes, nomeadamente, os posteriores à conclusão do acordo, que ocorreram antes de a Comissão se pronunciar, permitir que esta se limite a demonstrar os efeitos anticoncorrenciais que estas cláusulas podem ter e, para este fim, operar a comparação referida no n.º 1076 *supra* sem tomar em conta tais desenvolvimentos (v. n.ºs 1084, 1092 e 1102, *supra*).

- 1123 Afigura-se igualmente paradoxal permitir que a Comissão, para constatar que uma infração assumiu a forma de restrição de concorrência por efeito foi cometida (e pode, por isso, ser punida com uma coima), se baseie no mero facto de as cláusulas de um acordo que foram aplicadas serem suscetíveis de produzir efeitos anticoncorrenciais e não no facto de terem produzido tais efeitos, mesmo que o Tribunal de Justiça tenha declarado que uma dispensa do ónus de provar os efeitos anticoncorrenciais de um acordo apenas pode resultar de uma qualificação como restrição de concorrência por objetivo, que só deve visar acordos de tal modo suscetíveis de terem efeitos negativos, em especial, sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços que se pode considerar inútil, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado (Acórdão de 11 de setembro de 2014, CB/Comissão, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.º 51). Caso a Comissão pudesse basear-se, no que respeita a acordos que foram implementados, apenas nos efeitos que estes eram suscetíveis de produzir para demonstrar que tiveram um efeito anticoncorrencial, a distinção entre restrições da concorrência por objetivo ou por efeito, instaurada pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, perderia a sua pertinência.
- 1124 Resulta do exposto que, uma vez que os acordos em causa tinham sido implementados e que, na decisão recorrida, a Comissão constatou que tinha sido cometida uma infração, o que lhe permitiu aplicar uma coima às partes nos acordos, a jurisprudência recordada nos n.ºs 1107 a 1120, *supra*, relativa à tomada em consideração, em matéria de restrição por efeito, dos efeitos potenciais dos acordos, não é aplicável.
- 1125 Importa observar, por outro lado, que a jurisprudência referida no n.º 1124, *supra*, deve ser distinguida da relativa à tomada em consideração dos efeitos na concorrência de uma limitação da concorrência, incluindo quando apenas é potencial.
- 1126 A este respeito, no Acórdão de 12 de junho de 1997, Tiercé Ladbroke/Comissão (T-504/93, EU:T:1997:84, n.ºs 157 a 160), que é referido no considerando 1217 da decisão recorrida, o Tribunal Geral examinou a legalidade de uma decisão da Comissão na qual esta tinha rejeitado uma queixa com o fundamento de que, nomeadamente, na falta de concorrência atual no mercado em causa, o acordo controvertido não estava abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, atual artigo 101.º, n.º 1, TFUE. O Tribunal Geral declarou que a Comissão não tinha examinado com a diligência exigida todos os elementos de facto e de direito que lhe foram dados a conhecer pela parte recorrente, uma vez que o acordo era suscetível de restringir a concorrência potencial. Por conseguinte, anulou este ponto da decisão que lhe era submetida.
- 1127 Não pode ser deduzido de tal precedente, relativo à rejeição de uma queixa, que o simples facto de um acordo ser «suscetível» de restringir a concorrência potencial deve necessariamente conduzir à constatação de uma restrição de concorrência por efeito, mas antes que a Comissão não pode afastar de imediato a possibilidade de uma restrição por efeito quando um acordo apenas é suscetível de restringir uma concorrência potencial e não uma concorrência atual.
- 1128 Assim, quando a Comissão adota uma decisão na qual constata que foi cometida uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE, o que lhe permite aplicar, com fundamento em tal constatação, uma coima aos autores desta infração, o simples facto de a Comissão ter demonstrado a existência de uma concorrência potencial e de uma limitação da liberdade de ação de um concorrente potencial, ou mesmo de uma eliminação deste, não a isenta da demonstração de uma análise dos efeitos reais da medida em causa no jogo da concorrência quando a jurisprudência referida nos n.ºs 1107 a 1120, *supra*, não é aplicável.
- 1129 A este respeito, importa recordar que a constatação da existência de efeitos anticoncorrenciais de um acordo exige a reunião de elementos que demonstrem que o jogo da concorrência foi, «de facto», impedido, restringido ou falseado (Acórdão de 30 de junho de 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, p. 359 e 360).

- 1130 Assim, a demonstração da existência dos efeitos anticoncorrenciais de um acordo impõe que a Comissão, atendendo as exigências de realismo que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tenha em conta, no âmbito da comparação referida no n.º 1076, *supra*, todos os desenvolvimentos factuais relevantes, nomeadamente, os posteriores à conclusão do acordo, que ocorreram antes de se pronunciar.
- 1131 A este respeito, segundo o Tribunal de Justiça, a apreciação dos efeitos de um acordo entre empresas à luz da aplicação do artigo 101.º TFUE implica tomar em consideração o quadro concreto em que o acordo em causa 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 questão (Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 165).
- 1132 Daqui resulta que o cenário previsto a partir da hipótese de inexistência de acordo em causa deve, segundo os termos utilizados pelo Tribunal de Justiça, «ser realista» (v., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.º 166).
- 1133 O Tribunal de Justiça precisou que a tomada em consideração dos desenvolvimentos prováveis que se produziram no mercado na falta deste acordo se impunha no âmbito do exame dos efeitos restritivos na concorrência do acordo (v., neste sentido, Acórdão de 11 de setembro de 2014, MasterCard e o./Comissão, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, n.ºs 167 a 169).
- 1134 Por outro lado, a exigência de probabilidade e de realismo são aplicáveis à descrição do jogo da concorrência tal como teria existido na falta de acordo (um dos termos da comparação referida no n.º 1076, *supra*) é coerente com a abordagem adotada pela Comissão em várias orientações, que lhe impõe demonstrar o caráter suficientemente provável dos efeitos restritivos das medidas que examina.
- 1135 Assim, em primeiro lugar, o n.º 24 das Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo [101.º] [TFUE], a que a Comissão se refere no considerando 1219 da decisão recorrida, prevê que, «[p]ara que um acordo seja restritivo em termos de efeitos deve afetar a concorrência real ou potencial a ponto de permitir esperar, com um grau de probabilidade razoável, efeitos negativos no mercado relevante a nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços».
- 1136 Em segundo lugar, no n.º 19 das Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2001, é referido que vários acordos de cooperação horizontal não têm por objeto restringir a concorrência e que, assim, é necessário analisar os efeitos de cada acordo. Acresce que, no âmbito desta análise, não basta que o acordo limite a concorrência entre as partes, mas é também necessário que este acordo seja suscetível de afetar a concorrência no mercado numa medida tal que se podem prever efeitos negativos nos preços, na produção, na inovação ou ainda na variedade ou na qualidade dos bens e dos serviços.
- 1137 Em terceiro lugar, a Comissão confirmou que mantinha tal abordagem nas Orientações sobre os acordos de cooperação horizontal de 2011. Assim, indica, no n.º 28 destas orientações, a que se refere na nota n.º 1733 da decisão recorrida, que os efeitos restritivos na concorrência no interior do mercado em causa podem produzir-se quando é possível prever com um grau de probabilidade razoável que as partes podem, devido ao acordo, de forma rentável, aumentar os preços ou reduzir a produção, a inovação ou a qualidade ou diversidade do produto.
- 1138 Além disso, na própria decisão recorrida (considerando 1218), a Comissão recordou que os efeitos restritivos de concorrência deviam ser demonstrados com um grau suficiente de probabilidade.

1139 Tendo em consideração os desenvolvimentos anteriores, há que determinar se, no caso em apreço, a Comissão, apesar da abordagem hipotética que adotou no que respeita à etapa comparativa do exame da restrição de concorrência por efeito (v. n.ºs 1076 a 1102, *supra*), demonstrou o caráter suficientemente realista e provável dos efeitos restritivos dos acordos concluídos entre a Servier e a Krka.

*iii) Quanto ao erro de apreciação*

1140 A Comissão analisou os efeitos da cláusula de não comercialização e da cláusula de não contestação constantes no acordo de resolução amigável concluído entre a Servier e a Krka, assim como do licenciamento da tecnologia da Krka a Servier, examinando, em relação a cada uma destas três medidas, o jogo da concorrência tal como teria ocorrido se não tivessem existido (v., nomeadamente, considerando 1825 a 1829 da decisão recorrida).

1141 Há que determinar, relativamente a cada uma destas três medidas, se a Comissão podia concluir corretamente pela existência de uma restrição de concorrência por efeito.

*– Quanto à cláusula de não comercialização que figura no acordo de resolução amigável*

1142 Importa recordar que, para apreciar se um acordo deve ser considerado proibido devido a alterações do jogo da concorrência que dele decorrem, há que examinar o jogo da concorrência no quadro real em que se produziria na falta do acordo controvertido (v. n.º 1076, *supra*).

1143 No caso em apreço, a cláusula de não comercialização tem um âmbito de aplicação limitado ao da patente 947 que é objeto de litígios que opõem a Servier à Krka.

1144 O quadro real do jogo da concorrência, na falta do acordo de resolução amigável, era constituído pelas tentativas de sociedades de genéricos, entre as quais a Krka, de entrarem no mercado, na presença de obstáculos ligados às patentes da Servier, nomeadamente, a patente 947, e pelos litígios em matéria de patentes que opunham estas sociedades à Servier.

1145 Ora, conforme referido no n.º 234, *supra*, o objeto específico da atribuição de uma patente é assegurar ao seu titular, para recompensar o esforço criador do inventor, o direito exclusivo de utilizar uma invenção com vista ao fabrico e à primeira entrada no mercado de produtos industriais, quer diretamente, quer pela concessão de licenças a terceiros, assim como o direito de se opor a qualquer contrafação (Acórdão de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, n.º 9). Quando é concedido por uma autoridade pública, presume-se normalmente que uma patente é válida e que a sua detenção por uma empresa é legítima. A simples detenção de tal direito exclusivo por uma empresa tem normalmente como consequência afastar os concorrentes, sendo estes obrigados a respeitar, em virtude da regulamentação pública, esse direito exclusivo (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 362).

1146 É verdade que uma entrada arriscada no mercado de uma sociedade de genéricos não é, em si mesma, ilegal (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 122). Todavia, tal entrada é ainda menos provável quando a sociedade de genéricos reconhece a validade da patente ou considera que as suas possibilidades de obter o reconhecimento da sua invalidade são baixas.

1147 O reconhecimento, ou não, da validade da patente em causa ou da perceção da força desta patente por uma sociedade de genéricos é, assim, decisivo quando se trata de determinar o seu comportamento provável em matéria de entrada arriscada no mercado.

- 1148 Ora, a Comissão não teve devidamente em conta os efeitos que a patente 947 e o reconhecimento pela Krka da sua validade podiam ter na apreciação, para a comparação referida no n.º 1076, *supra*, do comportamento provável desta na falta de acordo, na parte da decisão recorrida consagrada ao exame deste comportamento (considerandos 1825 a 1834).
- 1149 Com efeito, os acontecimentos decisivos para apreciar o reconhecimento que a Krka podia ter da validade da patente 947 ou a perceção das suas possibilidades de sucesso na obtenção da invalidade, tais como a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 que confirma a validade da patente e a injunção provisória contra a Krka proferida por um órgão jurisdicional do Reino Unido, não são referidos nesta parte da decisão recorrida, embora tenham ocorrido ainda antes da conclusão do acordo de resolução amigável entre a Servier e a Krka.
- 1150 Além disso, a Comissão, nos considerandos 1828 a 1834 da decisão recorrida, na análise do comportamento provável da Krka na falta dos acordos, não recorda a circunstância, importante neste contexto, de vários elementos dos autos confirmarem a constatação de que o produto da Krka podia violar a patente 947.
- 1151 Isto confirma que a abordagem hipotética da Comissão (v. n.ºs 1077 a 1103, *supra*) não a fez ignorar apenas os acontecimentos ocorridos posteriormente à conclusão dos acordos mas, de forma mais geral, o desenrolar real dos acontecimentos tal como pôde ser observado até ao momento em que adotou a sua decisão.
- 1152 As reticências da Comissão em ter em conta, em particular, os efeitos da patente 947 explica-se pelo facto de que, no âmbito da sua análise da restrição por objetivo, considerou que o acordo de resolução amigável concluído entre a Servier e a Krka tinha como fundamento real o incentivo desta para se sujeitar às cláusulas restritivas deste acordo e não um reconhecimento sincero da validade da patente 947. Em tal perspetiva, a Krka não podia de forma alguma, segundo a Comissão, invocar o reconhecimento da validade da patente 947, uma vez que tal reconhecimento estava viciado no seu próprio princípio.
- 1153 Todavia, a constatação de incentivo e de restrição por objetivo efetuada pela Comissão foi invalidada pelo Tribunal Geral no que respeita aos acordos de resolução amigável e de licença concluídos entre a Servier e a Krka, o que restitui toda a sua relevância à tomada em consideração da perceção pela Krka da força da patente 947 ou do seu reconhecimento da validade desta patente.
- 1154 Ora, importa recordar que existiam, no momento da conclusão dos acordos de resolução amigável e de licença, indícios sérios que podiam deixar as partes nestes acordos pensar que a patente 947 era válida (v. n.ºs 967 e 968, *supra*). No Reino Unido, ou seja, um dos três países (com a França e os Países Baixos) nos quais a Comissão analisou e constatou a existência de uma restrição por efeito, a Krka e a Apotex, outra sociedade concorrente da Servier, eram mesmo o alvo de uma injunção provisória.
- 1155 Embora o pedido de injunção provisória destinado a proibir a comercialização de uma versão genérica do perindopril introduzida no mercado pela Krka devido à violação da patente 947, que foi introduzida pela Servier na Hungria, tenha sido indeferido em setembro de 2006, tratava-se de um processo que, contrariamente aos referidos no n.º 1154, *supra*, não respeitava a um dos países nos quais a Comissão constatou a existência de uma restrição por efeito.
- 1156 Por outro lado, apesar de já terem existido entre a Servier e a Krka contactos prévios à decisão do IEP de 27 de julho de 2006 que confirma a validade da patente 947 (v., nomeadamente, considerando 837 da decisão recorrida), estes não tinham conduzido a um acordo (considerandos 856 a 859 da decisão recorrida) e foi apenas após esta decisão que novas negociações foram iniciadas (considerando 898 da decisão recorrida). Assim, a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 que confirma a validade da patente

947 foi, pelo menos, um dos elementos desencadeadores que conduziu aos acordos de resolução amigável e de licença, o que é um indício adicional do facto de estes acordos se basearem no reconhecimento pelas partes da validade da patente (v. n.º 971, *supra*).

- 1157 Importa ainda acrescentar, conforme acima referido (v. n.º 947, *supra*), que a celebração de um acordo de licença, que apenas tem razão de ser para qualquer licenciado se a licença for efetivamente explorada, se baseia no reconhecimento pelas partes da validade da patente. Assim, a própria conclusão do acordo de licença, confirmada por um determinado número de indícios (v. n.ºs 999 e 1001, *supra*), confirma que a Krka reconhecia finalmente a validade da patente 947.
- 1158 Resulta inclusivamente dos documentos dos autos que a Krka parecia considerar que, na falta de um acordo de licença concluiu com a Servier, uma entrada com risco nos 18 a 20 mercados em causa era pouco provável, ou estava até excluída (n.ºs 1001 e 1012, *supra*).
- 1159 Por último, a Comissão indicou, na decisão recorrida (considerando 1693), que a Krka tinha «finalmente deixado de considerar entrar com risco em França, no Reino Unido e noutros mercados da Europa ocidental na sequência da decisão [da Divisão] de Oposição».
- 1160 Tendo em conta os elementos acima referidos, deve concluir-se que, na falta de acordo, a Krka teria provavelmente entrado com risco nos mercados dos 18 a 20 Estados-Membros em causa, nomeadamente, nos mercados da França, dos Países Baixos e do Reino Unido.
- 1161 A conclusão anterior não é posta em causa pelos outros elementos dos autos que poderiam ser relevantes para demonstrar que a Krka teria entrado no mercado na falta de acordo com a Servier. Estes elementos figuram essencialmente na parte da decisão recorrida que a Comissão consagra à demonstração do facto de que a Krka era um concorrente potencial de Servier.
- 1162 Em primeiro lugar, deve ser recordado (v. n.º 1026, *supra*) que a circunstância de a Krka continuar a contestar as patentes da Servier e a comercializar o seu produto mesmo que a validade da patente 947 tenha sido confirmada pela Divisão de Oposição do IEP pode, de forma evidente, ser explicada pela vontade da Krka de reforçar a sua posição nas negociações que podia manter com a Servier com vista a chegar a um acordo de resolução amigável.
- 1163 Além disso, a prossecução da contestação da patente da Servier não implicava que a Krka suportasse novos riscos em termos de contrafação. Isto aumentava apenas as suas despesas processuais. Quanto à prossecução da comercialização do seu produto, é limitada a cinco mercados da Europa central e oriental, em relação aos quais a Comissão não considerou a existência de uma restrição por efeito. Além disso, em cinco dos sete mercados abrangidos pela licença, as equivalentes da patente 947 ainda não tinham sido concedidas (considerando 1755 da decisão recorrida). Assim, os riscos incorridos pela Krka, pelo menos em alguns dos mercados em que se mantinha, eram limitados (v. n.º 1027, *supra*).
- 1164 A prossecução da contestação da patente da Servier pela Krka e a prossecução da comercialização do seu produto não permitiam, assim, concluir que a Krka não reconhecia a validade da patente 947 e, por isso, teria provavelmente entrado com risco nos mercados dos 18 a 20 Estados-Membros em causa ou, pelo menos, nos três mercados considerados pela Comissão na constatação de uma restrição de concorrência por efeito.
- 1165 Em segundo lugar, embora os comentários dos representantes da Krka permitissem perceber a sua surpresa e o seu desconhecimento na sequência da decisão do IEP de 27 de julho de 2006 (considerando 1688 da decisão recorrida), estes comentários não permitiam demonstrar que, apesar desta decisão, a Krka teria provavelmente entrado nos três mercados nacionais em relação aos quais a Comissão considerou a existência de uma infração por efeito.

- 1166 Em terceiro lugar, a Comissão consagra um ponto da decisão recorrida à «intenção de entrar» no mercado da Krka. Este ponto muito curto apenas é constituído por um considerando, também bastante curto, o considerando 1699. Neste considerando, a Comissão refere que, «mesmo» após a decisão do IEP de 27 de julho de 2006, a Krka «parecia» disposta a apoiar o lançamento com risco pelos seus parceiros que continuava a comprometer-se fornecer o seu produto «no caso de as barreiras em matéria de patentes serem ultrapassadas». Este considerando acrescenta ainda que um dos parceiros comerciais da Krka insistiu para que fornecesse o seu produto «se a patente 947 fosse anulada» e que alguns parceiros da Krka entraram no mercado com este produto «assim que a patente 947 foi invalidada nos mercados [em causa]».
- 1167 Os extratos referidos no n.º 1166, *supra*, confirmam menos a intenção da Krka de entrar nos três mercados nacionais em relação aos quais a Comissão constatou a existência de uma restrição por efeito do que a importância que tinha adquirido, após ter ocorrido a decisão do IEP de 27 de julho de 2006, tanto para a Krka como para os seus parceiros comerciais, a «barreira em matéria de patentes» constituída pela patente 947.
- 1168 Tendo em conta todos os elementos acima exposto, não está demonstrado que, na falta dos acordos de resolução amigável e de licença, a Krka teria provavelmente entrado nos três mercados nacionais em relação aos quais a Comissão constatou a existência de uma restrição de concorrência por efeito.
- 1169 Também não é demonstrado pela Comissão na decisão recorrida que, na falta destes acordos, a Krka teria provavelmente entrado nos mercados em causa antes da cessação da infração, ou seja, em 6 de julho de 2007 no que respeita ao Reino Unido, em 12 de dezembro de 2007 no que respeita aos Países Baixos e em 16 de setembro de 2009 no que respeita à França.
- 1170 Com efeito, a abordagem hipotética adotada pela Comissão (v. n.ºs 1079 a 1103, *supra*) levou-a a prestar pouca atenção ao desenrolar real dos acontecimentos — em particular os que ocorreram posteriormente à conclusão dos acordos — e, assim, à possível evolução da perceção pela Krka da validade da patente 947 que podia resultar destes acontecimentos.
- 1171 Ora, não cabe ao Tribunal Geral, no que respeita à apreciação dos elementos constitutivos de uma infração, que não estão abrangidos pela sua competência de plena jurisdição mas pela fiscalização de legalidade, substituir a fundamentação da Comissão pela sua própria (v., neste sentido, Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.ºs 73 e 75 a 77).
- 1172 Assim, não cabe ao Tribunal Geral examinar pela primeira vez, a partir dos elementos dos autos, se uma restrição de concorrência por efeito poderia ter surgido no decurso do período posterior à conclusão dos acordos devido a uma diminuição do reconhecimento da validade da patente 947 pela Krka.
- 1173 Em todo caso, os elementos dos autos não permitem concluir que a Krka, no decurso do período compreendido entre a conclusão dos acordos e o fim da infração, teria, na falta dos acordos, provavelmente entrado nos três mercados nacionais em causa.
- 1174 Por outro lado, importa sublinhar que a provável entrada da Krka no mercado na falta de acordo nem sequer é alegada pela Comissão. Com efeito, no ponto da decisão recorrida sob a epígrafe «Comportamento provável na falta dos acordos Krka», a Comissão não se baseia, pelo menos explicitamente, numa hipótese de entrada antecipada da Krka nos três mercados em causa na falta de acordo, mas apenas numa hipótese de persistência de uma «ameaça concorrencial» nestes mercados (v. n.º 1096, *supra*).

- 1175 Assim, segundo a Comissão, «a Krka continuou a representar uma ameaça concorrencial enquanto participante genérico potencial com o perindopril no Reino Unido, em França e nos Países Baixos» (considerando 1825 da decisão recorrida). A Comissão precisa que a Krka continuou, nomeadamente, a constituir uma ameaça enquanto fornecedor de parceiros locais de distribuição (considerando 1828 da decisão recorrida).
- 1176 A Comissão indica igualmente que as partes no acordo, na falta de incentivo, poderiam ter concluído um acordo menos restritivo que permitisse a entrada antecipada da Krka ou lhe concedesse uma licença para o território da União no seu todo (considerando 1831 da decisão recorrida).
- 1177 A Comissão conclui referindo que, «sem as restrições incluídas nos acordos [...], a Krka permanecia um concorrente potencial importante da Servier» (considerando 1834 da decisão recorrida).
- 1178 Há que constatar que, ao limitar-se a invocar a «ameaça concorrencial» que a Krka teria continuado a exercer sobre a Servier e mesmo que, por um lado, os efeitos pró-concorrenciais de uma simples «ameaça» não apresentem, contrariamente aos da entrada de uma sociedade de genéricos no mercado, um caráter de evidência e, por outro, que os efeitos desta «ameaça» eram, no caso em apreço amplamente atenuados pela presença da patente 947 e pela confirmação da sua validade pelas autoridades competentes (v. n.ºs 1142 a 1169, *supra*), a Comissão não demonstrou que o jogo da concorrência tal como se desenrolou na falta do acordo de resolução amigável teria provavelmente sido mais aberto.
- 1179 Pode observar-se, a este respeito, que a Comissão deveria precisar quais teriam sido os efeitos prováveis, em particular nos preços, na produção, na qualidade ou na diversidade dos produtos ou ainda na inovação (v. n.ºs 1135 a 1137, *supra*), da «ameaça concorrencial» que a Krka teria continuado a exercer sobre a Servier na falta do acordo de resolução amigável, o que poderia ter feito, por exemplo, demonstrando que, devido à falta de ameaça, a Servier tinha limitado as suas despesas de investigação e de desenvolvimento.
- 1180 Há que sublinhar que, embora a análise feita pela Comissão do poder de mercado da Servier e da estrutura do mercado em causa, caracterizada pela falta ou pela raridade das fontes de concorrência, poderia permitir confirmar a existência dos efeitos restritivos de um acordo que impede a entrada de um concorrente potencial, não basta para tornar prováveis e concretos os efeitos restritivos de um acordo que compromete a existência de uma «ameaça concorrencial».
- 1181 Com efeito, independentemente da estrutura do mercado, os efeitos anticoncorrenciais da cláusula de não comercialização continuam a ser amplamente hipotéticos se for provável, atendendo ao desenrolar real dos acontecimentos tal como pôde ser observado no momento em que a Comissão adotou a sua decisão, que, mesmo na falta desta cláusula, o concorrente potencial em causa poderia ter um comportamento semelhante ao que teve na presença da cláusula, ou seja, no caso em apreço, que a Krka continuaria fora dos três mercados em relação aos quais a Comissão teve em conta a existência de uma restrição por efeito.
- 1182 Por outro lado, no que respeita à hipótese segundo a qual, na falta dos acordos de resolução amigável e de licença concluídos entre a Servier e a Krka e, em particular, do incentivo que, segundo a Comissão, os mesmos incluem, teria sido concluído outro acordo que permitia a entrada antecipada da Krka ou lhe concedia uma licença para o território da União no seu conjunto (v. n.º 1176, *supra*, e considerando 1142 da decisão recorrida), o seu caráter provável não é de forma alguma demonstrado, tanto menos que, como resulta do exame do fundamento relativo à falta de restrição de concorrência por objetivo, a existência de um incentivo não foi demonstrada pela Comissão.
- 1183 Por último, importa sublinhar que o quadro concreto em que se inserem os acordos de resolução amigável e de licença concluídos entre a Servier e a Krka, o qual se caracteriza pela presença de uma patente cuja validade tinha sido confirmada pelo IEP (v. n.º 1144, *supra*), distingue-se do que está em

causa no processo que deu origem ao Acórdão de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181, n.ºs 187 e 191), que é referido pela Comissão, nomeadamente no considerando 1219 da decisão recorrida. Na falta de elementos de contexto comparáveis a estes, ligados à existência de uma patente e ao reconhecimento da sua validade, que acabam de ser recordados (nomeadamente, nos n.ºs 1145 a 1159, *supra*) e que são determinantes no presente litígio, o Tribunal Geral considerou, neste acórdão, com base na mera circunstância de que uma empresa afetada por uma cláusula de exclusão pela medida controvertida era um concorrente potencial, que a Comissão tinha podido concluir corretamente que esta empresa teria entrado no mercado na falta da cláusula de exclusão.

1184 Importa ainda observar que, no Acórdão de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181), o Tribunal Geral não validou uma prática decisória da Comissão segundo a qual esta poderia, uma vez que está em causa a eliminação de um concorrente potencial, ignorar o desenrolar real dos acontecimentos tal como pôde ser observado no momento em que adotou a sua decisão.

1185 Além disso, tal prática, se fosse validada, poderia, em alguns casos, conduzir a um resultado incoerente, por exemplo, na hipótese em que o único concorrente potencial existente, que é eliminado pelo acordo, desapareceria desde a execução deste, devido, por exemplo, a uma liquidação judiciária, circunstância que neutralizaria de forma evidente os efeitos de exclusão do acordo, a não ser que estes sejam considerados de forma hipotética e não de forma realista, como exige a jurisprudência (v. n.ºs 1129 e 1132, *supra*).

1186 Assim, no caso em apreço, não é possível concluir pela existência de uma restrição de concorrência por efeito com referência ao Acórdão de 14 de abril de 2011, Visa Europe e Visa International Service/Comissão (T-461/07, EU:T:2011:181).

1187 Resulta do exposto que os efeitos restritivos da cláusula de não comercialização que figuram no acordo de resolução amigável sobre o jogo da concorrência não foram demonstrados pela Comissão.

– *Quanto à cláusula de não contestação que figura no acordo de resolução amigável*

1188 A título preliminar, importa observar que, no ponto da decisão recorrida que tem por epígrafe «Comportamento provável na falta dos acordos Krka», a Comissão não refere qualquer elemento relativo ao comportamento provável da Krka quanto à patente 340, em relação ao qual existe igualmente uma cláusula de não contestação no acordo de resolução amigável.

1189 Por conseguinte, quanto à etapa da análise da restrição por efeito que consiste numa comparação entre o jogo da concorrência na presença dos acordos e o jogo da concorrência na falta destes (v. n.º 1076, *supra*), a Comissão limitou a sua análise à patente 947.

1190 A não tomada em consideração da patente 340 pode ser explicada pelo facto de que, segundo a Comissão, esta patente apenas ocupa uma posição menor na proteção que pode fornecer à Servier contra a entrada no mercado de sociedades de genéricos (considerando 114 da decisão recorrida).

1191 Por outro lado, a Comissão refere, ainda no ponto da decisão recorrida que tem por epígrafe «Comportamento provável na falta dos acordos Krka», que «afigura-se plausível que, na falta da obrigação de não contestação, a Krka continue a contestar a validade da patente 947 nos tribunais do Reino Unido e do IEP» (considerando 1827 da decisão recorrida).

1192 Assim, a Comissão baseou a sua constatação de restrição por efeito no facto de que, na falta da cláusula de não contestação, a Krka teria prosseguido os processos que tinha instaurado nos órgãos jurisdicionais do Reino Unido e no IEP.

- 1193 A este respeito, importa recordar que uma cláusula de não contestação é, por si só, restritiva da concorrência na medida em que prejudica o interesse público de eliminar qualquer obstáculo à atividade económica que poderia decorrer de uma patente concedida erradamente (v., neste sentido, Acórdão de 25 de fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão*, 193/83, EU:C:1986:75, n.º 92).
- 1194 Por conseguinte, há que determinar se a aplicação da cláusula de não contestação, e, mais particularmente, a retirada da Krka dos processos que tinha instaurado, produziu efeitos quanto à eliminação da patente 947.
- 1195 Importa recordar que, no momento da conclusão dos acordos, a Krka e a Servier eram oponentes no âmbito de dois processos e que foi o acordo de resolução amigável que levou a Krka a não prosseguir os processos.
- 1196 Assim, no Reino Unido, em 2 de agosto de 2006, a Servier tinha intentado na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], uma ação de contrafação da patente 947 contra a Krka. Tinha igualmente apresentado um pedido de injunção provisória. Em 1 de setembro de 2006, a Krka tinha apresentado um pedido reconvenicional de anulação da patente 947. Em 3 de outubro de 2006, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], tinha deferido o pedido de injunção provisória da Servier e tinha indeferido o pedido de processo sumário (motion of summary judgment) apresentado pela Krka em 1 de setembro de 2006, relativo à invalidação da patente 947. Em 1 de dezembro de 2006, a instância em curso foi extinta em conformidade com o acordo de resolução amigável celebrado entre as partes e injunção provisória foi levantada.
- 1197 No que respeita ao litígio no IEP, dez sociedades de genéricos, entre as quais a Krka, tinham apresentado oposição contra a patente 947 no IEP em 2004, com vista a obter a sua revogação na íntegra, invocando fundamentos relativos à falta de novidade e de atividade inventiva e à exposição insuficiente da invenção. Em 27 de julho de 2006, a Divisão de Oposição do IEP tinha confirmado a validade desta patente na sequência de pequenas alterações das reivindicações iniciais da Servier. Sete sociedades interpuseram recurso desta decisão da Divisão de Oposição. A Krka retirou-se do processo de oposição em 11 de janeiro de 2007 em conformidade com o acordo de resolução amigável celebrado entre as partes.
- 1198 No entanto, importa recordar que, no Reino Unido, a Servier tinha igualmente intentado na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], uma ação de contrafação contra a sociedade Apotex em 1 de agosto de 2006, invocando a violação da patente 947, tendo esta lançado uma versão genérica do perindopril em 28 de julho de 2006. A Apotex tinha apresentado um pedido reconvenicional de anulação desta patente. Em 8 de agosto de 2006, foi proferida uma injunção provisória que proibia a Apotex de importar, propor para venda ou vender o perindopril.
- 1199 Com base no pedido reconvenicional apresentado pela Apotex, a High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)], declarou, em 6 de julho de 2007, que a patente 947 era inválida devido à falta de novidade e de atividade inventiva em relação à patente 341. Por conseguinte, a injunção foi imediatamente levantada e a Apotex pôde retomar as vendas da sua versão genérica do perindopril no mercado do Reino Unido.
- 1200 A Comissão considerou que a infração relativa aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka tinha terminado nessa data no Reino Unido.

- 1201 Por outro lado, no que respeita ao litígio no IEP, com base no processo iniciado, nomeadamente, pela Krka, a Câmara de Recurso Técnica do IEP, por decisão de 6 de maio de 2009, anulou a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 e revogou a patente 947.
- 1202 A Comissão considerou que a infração relativa aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka, na medida em que ainda prosseguia em alguns Estados-Membros, tinha terminado nessa data.
- 1203 Tendo em conta o desenrolar dos processos relativos à patente 947, que continuaram após a retirada da Krka dos processos nos quais era parte, tal como acima referido, não é possível considerar que, na falta do acordo de resolução amigável celebrado entre as partes, a prossecução dos processos pela Krka teria permitido, de forma provável e até plausível, uma invalidação mais rápida ou mais completa desta patente.
- 1204 Ora, a Comissão não demonstrou nem alegou, na decisão recorrida, que a invalidação da patente 947 teria sido mais rápida ou mais completa se a Krka não tivesse aceitado sujeitar-se à cláusula de não contestação que figura no acordo de resolução amigável.
- 1205 As circunstâncias de a «Krka considerar anteriormente que os seus argumentos no processo em matéria de patentes eram dos mais convincentes e que constituíam um ameaça específica para a patente 947» ou que os órgãos jurisdicionais do Reino Unido, apesar de indeferirem o pedido de processo sumário apresentado pela Krka, tinham considerado que esta tinha uma «base sólida» para contestar a validade da patente 947 (considerando 1827 da decisão recorrida) não permitem concluir que a participação da Krka nos processos em causa teria conduzido a uma invalidação mais rápida ou mais completa da patente.
- 1206 De igual modo, considerar, como fez a Comissão no considerando 1712 da decisão recorrida, que «eliminar um opositor forte pode ter impacto no desfecho do litígio/da oposição» não permite concluir pelo caráter provável ou até plausível, dos efeitos da cláusula de não contestação que se aplicava à Krka.
- 1207 Com efeito, incumbia à Comissão demonstrar, de forma suficientemente precisa e sustentada, de que forma os argumentos da Krka ou a sua posição processual específica poderiam, se esta tivesse prosseguido os processos que instaurou, ter um impacto determinante, não sobre o desfecho dos litígios, uma vez que dois destes litígios — designadamente, o litígio no IEP, que prosseguiu após a desistência da Krka, e o litígio que opõe a Servier e a Apotex na High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) [Tribunal Superior Justiça (Inglaterra e País de Gales), divisão da Chancery (Secção de Patentes)] — conduziram, em todo caso, à invalidação da patente 947, mas sobre o prazo em que esta invalidação ocorreu ou sobre o seu alcance.
- 1208 Por outro lado, não cabe ao Tribunal Geral, no que respeita à apreciação dos elementos constitutivos de uma infração, que não estão abrangidos pela sua competência de plena jurisdição mas pela fiscalização de legalidade, substituir a fundamentação da Comissão pela sua própria (Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.ºs 73 e 75 a 77).
- 1209 Assim, não cabe ao Tribunal Geral examinar pela primeira vez, a partir de elementos dos autos distintos dos que foram tidos em conta pela Comissão para demonstrar os efeitos restritivos da cláusula de não contestação, se a manutenção da participação da Krka nos processos contenciosos em curso teria conduzido a uma invalidação mais rápida ou mais completa da patente 947.
- 1210 Importa ainda acrescentar que, independentemente da estrutura do mercado em causa, incluindo quando esta, como no caso em apreço, se caracteriza, segundo a Comissão, pela falta ou pela raridade das fontes de concorrência, os efeitos anticoncorrenciais de uma cláusula de não contestação continuam amplamente hipotéticos se for provável, tendo em conta o desenrolar real dos

acontecimentos tal como pode ser observado no momento em que a Comissão adota a sua decisão, que, na falta deste, a patente em causa, ou seja, no caso em apreço, a patente 947, teria sido invalidada no mesmo momento e na mesma medida (v. n.º 1181, *supra*).

1211 Por outro lado, não é demonstrado pela Comissão, contrariamente ao que parece resultar do considerando 1712 da decisão recorrida, que o processo que opõe a Servier à Krka nos órgãos jurisdicionais do Reino Unido poderia ter levado a demonstrar que a tecnologia desta não era contrafeita. Com efeito, os processos relativos à Krka e à Apotex consistiam em ações de contrafação intentadas pela Servier e em pedidos reconventionais de anulação da patente 947 apresentados em resposta por estas duas sociedades de genéricos. Assim, estes processos eram semelhantes. Ora, todo o processo relativo à Apotex foi terminado por invalidação da patente 947 e, por isso, não é necessário determinar se a sua tecnologia era contrafeita. É plausível, tendo em conta a semelhança dos processos e na falta de elementos contrários fornecidos pela Comissão, que o mesmo teria ocorrido em relação à Krka.

1212 *A fortiori*, não é demonstrado que o processo no IEP poderia ter conduzido a demonstrar que a tecnologia de Krka era uma tecnologia não contrafeita, uma vez que este processo era apenas relativo à validade da patente 947.

1213 Resulta do exposto que os efeitos restritivos da cláusula de não contestação que figuram no acordo de resolução amigável sobre o jogo da concorrência não foram demonstrados pela Comissão.

– *Quanto ao licenciamento da tecnologia da Krka*

1214 No que respeita ao acordo de cessão através do qual a Krka vendeu a sua tecnologia à Servier, a Comissão limitou-se a constatar que, na falta deste acordo, «a Krka teria continuado a dispor da liberdade de ceder ou de licenciar os seus direitos relativos à tecnologia relativa ao perindopril» (considerando 1829 da decisão recorrida), o que não é suficiente, no que respeita a uma simples cessão de um bem acompanhada de um acordo de licença e não de uma medida de exclusão como pode ser uma cláusula de não comercialização, para demonstrar a existência de efeitos prováveis, em particular sobre os preços, a produção, a qualidade ou a diversidade dos produtos ou ainda a inovação (v. n.ºs 1135 a 1137, *supra*). A existência de efeitos anticoncorrenciais está ainda menos demonstrada uma vez que a tecnologia da Krka não permitia contornar a patente 947, o que, tendo em conta os indícios sérios que podiam deixar pensar que esta patente era válida, torna pouco plausível a hipótese segundo a qual as sociedades de genéricos concorrentes de Servier teriam pretendido, na falta do acordo de cessão, adquirir a tecnologia da Krka.

1215 Resulta do exposto que os efeitos restritivos sobre o jogo da concorrência do licenciamento da tecnologia da Krka não foram demonstrados pela Comissão.

1216 Resulta de todo o exposto que a Comissão não demonstrou a existência de um efeito restritivo da concorrência resultante do acordo de resolução amigável ou do acordo de cessão que seja suficientemente realista e provável para que pudesse constatar a existência de uma restrição por efeito. Importa acrescentar que tal efeito restritivo também não é suscetível de ser constatado quando os dois acordos são considerados no seu conjunto.

1217 Por conseguinte, há que acolher a alegação relativa ao erro de apreciação, que permite, por si só, declarar integralmente procedente o fundamento invocado pelas recorrentes e relativa ao facto de que a Comissão concluiu, erradamente, pela existência de uma restrição por efeito resultante dos acordos celebrados entre a Servier e a Krka.

1218 Importa ainda determinar se a Comissão viciou, além disso, a sua decisão de erros de direito.

iv) Quanto ao erro de direito

- 1219 Conforme foi dito (v. n.ºs 1092 e 1102, *supra*), a Comissão considerou que, uma vez que tinha demonstrado que o acordo de resolução amigável excluía um concorrente potencial da Servier, não estava obrigada, para demonstrar o jogo da concorrência tal como se teria produzido na falta de acordo (um dos termos da comparação referida no n.º 1076, *supra*), a ter em conta o desenrolar real dos acontecimentos tal como tinha podido ser observado no momento em que adotou a sua decisão. Pelo contrário, a Comissão considerou, com base na sua prática habitual em matéria de tomada em consideração dos efeitos potenciais de um acordo segundo o qual basta demonstrar que este acordo é «suscetível» de ter efeitos anticoncorrenciais (v. n.ºs 1080 e 1085, *supra*), que podia fundamentar a sua descrição do jogo da concorrência na falta de acordo em hipóteses ou possibilidades.
- 1220 Como resulta do anterior exame à alegação relativa ao erro de apreciação, alguns dos acontecimentos que a Comissão não teve em conta eram não apenas relevantes mas igualmente determinantes para efetuar a comparação referida no n.º 1076, *supra*.
- 1221 Assim, no que respeita à cláusula de não comercialização, embora a Comissão tenha tido em conta a decisão do IEP de 27 de julho de 2006 e as injunções proferidas pelos órgãos jurisdicionais do Reino Unido contra a Krka e a Apotex para demonstrar a qualidade de concorrente potencial da Krka, não teve devidamente em consideração estes acontecimentos para determinar se esta teria provavelmente entrado no mercado na falta de acordo, limitando-se, a este respeito, a indicar que na falta de acordo a «ameaça concorrencial» proveniente da Krka teria persistido.
- 1222 No que respeita à cláusula de não contestação, a Comissão não teve em conta o resultado dos processos instaurados contra a patente 947 por outras sociedades de genéricos e que prosseguiram apesar de a Krka ter cessado qualquer contestação.
- 1223 No que respeita, por último, à estrutura do mercado, questão transversal que se refere simultaneamente à cláusula de não comercialização e à cláusula de não contestação, a Comissão limitou-se a determinar quais eram as fontes de concorrência identificadas no momento em que o último dos acordos de resolução amigável visados na decisão recorrida foi concluído e a indicar que havia uma «forte possibilidade» de estas fontes serem eliminadas do jogo concorrencial por um acordo ou outro meio, sem ter em conta o facto de tal possibilidade não se ter realizado durante o período de vigência da infração (considerando 1846 da decisão recorrida).
- 1224 Tal raciocínio resulta, de forma explícita, da nota n.º 2445 da decisão recorrida, na qual a Comissão se baseia, para demonstrar a existência de efeitos restritivos da cláusula de não contestação, no facto de que subsistiam poucas sociedades concorrentes da Servier suscetíveis de prosseguir os processos em curso ou instaurar novos e que «era plausível que a Servier pretendesse manter relações com estas sociedades», o que teria eliminado qualquer possibilidade de um processo contra a patente 947 ser mantido ou instaurado. Ora, embora seja verdade que a Servier abordou estas sociedades, não chegou a manter relações com as mesmas, nomeadamente com uma destas que acabou por obter a anulação da patente 947 no próprio momento em que a cláusula de não contestação era aplicada pela Krka.
- 1225 Ora, o caráter limitado do exame que a Comissão realizou não podia ser justificado à luz da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União. Com efeito, a jurisprudência relativa à tomada em consideração dos efeitos potenciais dos acordos, examinada nos n.ºs 1107 a 1120, *supra*, não era aplicável no caso em apreço (v. n.º 1124, *supra*).
- 1226 Tal sucedia de igual modo, pelas razões acima referidas nos n.ºs 1183 a 1186, relativamente ao caráter transponível da solução acolhida, em matéria de acordos que eliminam a concorrência potencial, no Acórdão de 14 de abril de 2011, *Visa Europe e Visa International Service/Comissão* (T-461/07, EU:T:2011:181) (v. n.ºs 1183 a 1186, *supra*).

- 1227 Assim, há que concluir que a Comissão efetuou um exame incompleto da situação que lhe incumbia apreciar para determinar se os acordos concluídos entre a Servier e a Krka eram restritivos da concorrência por efeito, sendo o caráter incompleto do exame da Comissão revelador de uma aplicação errada da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da União e, por isso, como alegam corretamente as recorrentes, de um erro de direito.
- 1228 Por outro lado, segundo a abordagem adotada pela Comissão, basta constatar a eliminação de um concorrente potencial para poder concluir, num contexto de estrutura de mercado caracterizada por uma falta ou uma raridade das fontes de concorrência e um poder de mercado da sociedade de medicamentos originais, por uma restrição de concorrência por efeito.
- 1229 Tal abordagem permitiria à Comissão, se fosse admitida, constatar, em processos como os que estão em causa no caso em apreço que dizem respeito a cláusulas restritivas associadas a um acordo de resolução amigável em matéria de patentes de medicamento, a existência de uma restrição de concorrência por efeito tendo apenas, no essencial, de garantir que duas das três condições exigidas para concluir pela existência de uma restrição por objetivo, ou seja, a existência de uma concorrência potencial e a presença de cláusulas restritivas da concorrência, estão preenchidas.
- 1230 Uma vez que a demonstração de que a terceira condição, ou seja, a presença de um incentivo, está preenchida, como resulta do exame do fundamento relativo à restrição por objetivo, é particularmente delicada, a tarefa da Comissão está consideravelmente facilitada.
- 1231 Ora, tendo em conta as exigências reforçadas em matéria de prova associadas à demonstração de uma restrição de concorrência por efeito (v. n.ºs 1123 e 1128 a 1139, *supra*), tal solução, contrária ao espírito da distinção efetuada pelo Tratado entre as restrições da concorrência por objetivo e as restrições da concorrência por efeito, não pode ser admitida.
- 1232 Resulta do exposto que se dever acolher a alegação relativa a um erro de direito, a qual permite, por si só, declarar procedente todo o fundamento invocado pelas recorrentes, respeitante ao facto de a Comissão ter concluído, erradamente, pela existência de uma restrição por efeito resultante dos acordos celebrados entre a Servier e a Krka.
- 1233 Tendo o fundamento relativo à inexistência de restrição por objetivo sido igualmente considerado procedente, deve concluir-se que a Comissão constatou erradamente pela existência de uma infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE em relação aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka.
- 1234 Por conseguinte, não sendo necessário examinar as outras alegações invocadas pelas recorrentes no âmbito do presente fundamento e o fundamento relativo à qualidade de concorrente potencial da Krka, há que anular o artigo 4.º da decisão recorrida, na medida em que, neste artigo, a Comissão constatou a participação da Servier numa infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE em relação aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka.

## ***10. Quanto ao fundamento relativo à definição do conceito de restrição de concorrência por efeito***

### ***a) Argumentos das partes***

[*omissis*]

### ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

<sup>1247</sup> Pelas razões já referidas nos n.ºs 566 a 570, 743 e 909, *supra*, no que respeita aos outros fundamentos invocados contra a constatação da existência de uma restrição por efeito resultante dos acordos concluídos pela Servier com a Niche e a Unichem, a Matrix, a Teva e a Lupin, este fundamento deve ser julgado inoperante.

## ***11. Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de infrações distintas***

### ***a) Quanto à qualificação de infrações distintas dos cinco acordos***

#### ***1) Argumentos das partes***

[*omissis*]

#### ***2) Apreciação do Tribunal Geral***

<sup>1254</sup> Resulta da decisão recorrida e não é contestado pelas recorrentes que estas concluíram acordos distintos, assinados em datas diferentes (com exceção dos acordos concluídos com a Niche e com a Matrix), com partes diferentes, em contextos económicos e jurídicos diferentes e com campos de aplicação diferentes. As recorrentes alegam, no entanto, que, apesar destas diferenças, a conclusão de tais acordos constitui uma infração única, em razão da identidade do produto em causa, de uma determinada identidade espacial e temporal dos acordos, da identidade do método e das modalidades de execução dos acordos e da identidade da pessoa singular implicada, por sua vez, na conclusão dos acordos.

<sup>1255</sup> Há que observar, a título preliminar, que o presente fundamento que critica a inexistência de reconhecimento de uma infração única no caso em apreço é invocado a título subsidiário (v. n.º 1248, *supra*), na hipótese de os fundamentos relativos a erros de direito e de apreciação na qualificação de restrições por objetivo e por efeitos dos acordos controvertidos serem julgados improcedentes. Assim, e tendo em conta a procedência dos fundamentos contra a qualificação como restrição de concorrência dos acordos concluídos pelas recorrentes com a Krka, o presente fundamento apenas será examinado na medida em que contesta a qualificação de infrações distintas dos acordos concluídos pelas recorrentes com a Niche, a Matrix, a Teva e a Lupin.

<sup>1256</sup> Quanto ao carácter operante do fundamento, a Comissão alega, em substância, que deve ser julgado inoperante, uma vez que, em todo caso, as recorrentes não demonstraram que a coima teria sido necessariamente menos elevada se tivesse considerado que os acordos em causa constituíam uma infração única.

<sup>1257</sup> Importa recordar, antes de mais, que o carácter operante ou inoperante de um fundamento invocado remete para a possibilidade de o mesmo, caso seja procedente, implicar a anulação pedida pelo recorrente e não para o interesse que este possa ter em interpor recurso ou ainda em suscitar determinado fundamento, sendo estas questões respetivamente do âmbito da admissibilidade do recurso e da do fundamento (Acórdão de 21 de setembro de 2000, EFMA/Conselho, C-46/98 P, EU:C:2000:474, n.º 38).

<sup>1258</sup> Em seguida, na medida em que, se demonstrar a existência de um interesse legítimo em proceder a tal constatação, a Comissão dispõe do poder de adotar uma decisão que declara uma infração sem acompanhar esta decisão de uma coima (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de outubro de 2005, Sumitomo Chemical e Sumika Fine Chemicals/Comissão, T-22/02 e T-23/02, EU:T:2005:349, n.º 31, e de 16 de novembro de 2006, Peróxidos Orgânicos/Comissão, T-120/04, EU:T:2006:350, n.º 18), a

legalidade de uma decisão que declara a participação de uma empresa numa infração não pode depender da legalidade da coima aplicada a esta empresa. É por este motivo que os fundamentos relativos à aplicação das sanções apenas podem, por definição, respeitar à aplicação da coima e não à constatação da própria infração (v., neste sentido, Acórdão de 27 de junho de 2012, Bolloré/Comissão, T-372/10, EU:T:2012:325, n.º 81). Em contrapartida, os fundamentos relativos à constatação da própria infração podem, em princípio, conduzir à anulação não apenas da decisão que constata a participação de uma empresa numa infração, mas igualmente, por conseguinte, da coima aplicada a esta empresa.

1259 Daqui resulta, no caso em apreço que, se o Tribunal Geral considerar que a Comissão identificou erradamente infrações distintas a título de cada um dos acordos controvertidos em vez de uma infração única, a decisão recorrida deve ser anulada na medida em que constata a existência, em relação às recorrentes, de infrações distintas e, por conseguinte, na medida em que lhes aplica coimas a título destas infrações, independentemente da questão de saber se esta anulação teve um impacto favorável para as recorrentes sobre o montante total das coimas distintas que lhes foram aplicadas e que, se necessário, deveria ser novamente calculado se lhes fosse aplicada uma coima única no âmbito de uma nova decisão. Com efeito, importa recordar que a competência de plena jurisdição de que dispõe o Tribunal Geral ao abrigo do artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003 diz unicamente respeito à apreciação, por este, da coima aplicada pela Comissão, com exclusão de quaisquer modificações dos elementos constitutivos da infração legalmente declarada pela Comissão na decisão de que o Tribunal Geral é chamado a conhecer (Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.º 77).

1260 A título acessório, em todo caso, há que considerar que, se o Tribunal Geral considerar que a Comissão identificou corretamente infrações distintas em vez de uma infração única, isto teria impacto sobre o montante da coima.

1261 Com efeito, importa recordar que, o facto de qualificar determinados comportamentos ilícitos como constitutivos de uma única e mesma infração ou de uma pluralidade de infrações distintas tem, em princípio, repercussões sobre a sanção que pode ser aplicada, uma vez que a declaração de uma pluralidade de infrações distintas pode levar à aplicação de várias coimas distintas, sempre dentro dos limites demonstrados pelo artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, ou seja, no respeito do limite de 10% do volume de negócios realizado durante o exercício social anterior à adoção da decisão. Do mesmo modo, a Comissão pode declarar, numa única decisão, duas infrações distintas e aplicar duas coimas cujo montante exceda o limiar de 10% fixado no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, desde que o montante de cada coima não ultrapasse o referido limiar. Com efeito, é indiferente, para a aplicação do referido limiar de 10%, que infrações diferentes às regras de concorrência da União sejam punidas no quadro de um processo único ou de processos separados, desfasados no tempo, uma vez que o limiar máximo de 10% se aplica a cada infração ao artigo 101.º TFUE (v., Acórdão de 6 de fevereiro de 2014, AC-Treuhand/Comissão, T-27/10, EU:T:2014:59, n.ºs 230 a 232, e jurisprudência referida). Contudo, no caso em apreço, há que constatar, como admitem as recorrentes na petição, que o montante total das coimas que lhes foram aplicadas a título das infrações aos artigos 101.º e 102.º TFUE é inferior ao limite de 10% do volume de negócios realizado no decurso do exercício social anterior à adoção da decisão, fixado no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Por conseguinte, as recorrentes não podem criticar a Comissão por ter decidido aplicar-lhes coimas distintas a fim de poder, em relação a estas coimas consideradas no seu conjunto, ultrapassar este limite de 10%.

1262 Todavia, resulta dos considerandos 3120, 3121 e 3128 da decisão recorrida que, uma vez que a Comissão aplicou coimas separadas às recorrentes em relação a cada infração ao artigo 101.º TFUE, aplicou a estes montantes um fator de correção reduzido, a fim de evitar um resultado potencialmente desproporcionado em razão da aplicação paralela de múltiplas coimas. Com efeito, foi por decidir aplicar às recorrentes várias coimas distintas que a Comissão aplicou uma redução média de 54,5% no montante do valor das vendas das recorrentes tido em conta para determinar o montante de cada uma

das coimas, refletindo o grau de sobreposição temporal e geográfico das infrações correspondentes. Em todo caso, cabe à Comissão, para demonstrar que o fundamento é inoperante, demonstrar que a coima aplicada às recorrentes teria sido tão elevada com uma única infração, o que parece pouco provável.

1263 Por conseguinte, há que examinar o mérito do fundamento.

1264 Segundo jurisprudência constante, uma violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE pode resultar não apenas de um ato isolado mas igualmente de uma série de atos, ou mesmo de um comportamento continuado, quando efetivamente um ou diversos elementos dessa série de atos ou desse comportamento continuado também possam constituir, por si sós e considerados isoladamente, uma violação da referida disposição. Assim, quando as diferentes ações se inscrevem num «plano global», em razão do seu objeto idêntico que falseia o jogo da concorrência no interior do mercado único, a Comissão pode imputar a responsabilidade por essas ações em função da participação na infração considerada no seu todo (Acórdãos de 6 de dezembro de 2012, Comissão/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, n.º 41, e de 24 de junho de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, n.º 156).

1265 Uma empresa que participou numa infração única e complexa através de comportamentos que lhe são próprios, que integram os conceitos de acordo ou de prática concertada com um objetivo anticoncorrencial no sentido do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e que visam contribuir para a realização da infração no seu conjunto, também pode ser responsável pelos comportamentos adotados por outras empresas, no quadro da mesma infração, durante todo o período em que participou na referida infração. É o caso quando está provado que a empresa em questão pretendeu contribuir com o seu próprio comportamento para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e tinha conhecimento dos comportamentos ilícitos projetados ou adotados por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos, ou que podia razoavelmente prevê-los e estava pronta a aceitar o risco (Acórdãos de 6 de dezembro de 2012, Comissão/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, n.ºs 42 e 60, e de 24 de junho de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416, n.º 157).

1266 Assim, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a aplicação do conceito de «infração única» permite, em determinadas condições, imputar a responsabilidade de um conjunto de comportamentos ilícitos a todos os participantes num ou noutro dos comportamentos que compõem este conjunto. Contudo, tal possibilidade apenas é previsível se, nomeadamente, um objetivo comum a todos os participantes puder ser identificado.

1267 A necessidade de um objetivo, de uma finalidade ou de propósito comum resulta não apenas dos acórdãos referidos nos n.ºs 1264 e 1265, *supra*, mas igualmente da jurisprudência anterior.

1268 Assim, no Acórdão de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, n.ºs 82 e 83), o Tribunal de Justiça confirmou o raciocínio do Tribunal Geral segundo o qual, em primeiro lugar, os acordos e as práticas concertadas constatadas se inseriam, devido ao seu objeto idêntico, em sistemas de reuniões periódicas de fixação de objetivos de preços e de quotas, sistemas que se inscreviam, por seu turno, numa série de esforços das empresas em causa que prosseguiram uma única finalidade económica, designadamente, falsear a evolução dos preços, e, em segundo lugar, seria artificial dividir este comportamento contínuo, caracterizado por uma única finalidade, aí vislumbrando várias infrações distintas, quando, em contrapartida, se trata de uma infração única que se concretizou progressivamente tanto por acordos como por práticas concertadas.

1269 De igual modo, o Tribunal de Justiça declarou, no Acórdão de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.ºs 258 e 259), que, quando diferentes ações se inscrevem num «plano de conjunto» em razão do seu objeto idêntico que falseia o jogo da concorrência no interior do mercado interno, a Comissão pode imputar a responsabilidade por essas ações em função da participação na infração

considerada no seu todo. A este respeito, precisou que era artificial subdividir em vários comportamentos distintos um acordo caracterizado por uma série de esforços que prosseguem uma só finalidade económica, isto é, o respeito dos mercados nacionais.

- 1270 Por outro lado, deve ser sublinhado que a presença de um objetivo comum é inerente ao conceito de «plano de conjunto» a que se refere a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma vez que tal plano não pode existir sem um objetivo comum a que aderem todos os participantes.
- 1271 Por último, importa observar que as relações de complementaridade entre os acordos ou as práticas concertadas podem constituir indícios objetivos que confirmam a existência de um plano de conjunto que visa a realização de um objetivo anticoncorrencial único. Tais relações existem quando os referidos acordos ou as referidas práticas se destinam a enfrentar uma ou mais consequências do jogo normal da concorrência e contribuem, através de uma interação, para a realização do objetivo único anticoncorrencial (v., neste sentido, Acórdãos de 28 de abril de 2010, Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comissão, T-446/05, EU:T:2010:165, n.º 92, e jurisprudência referida, e de 16 de setembro de 2013, Masco e o./Comissão, T-378/10, EU:T:2013:469, n.ºs 22, 23 e 32, e jurisprudência referida). É com base nas considerações gerais anteriores que devem ser examinados os factos específicos do caso em apreço.
- 1272 A este respeito, importa, antes de mais, observar que as recorrentes eram partes em acordos de resolução amigável distintos, cada um deles celebrado com uma ou com várias sociedades de genéricos diferentes segundo os acordos e que, como resulta do exame dos fundamentos específicos a cada um destes acordos, constituíam, em si mesmos e considerados isoladamente, uma violação do artigo 101.º TFUE.
- 1273 Em tal contexto, a Comissão apenas poderia ter considerado, tendo em conta a jurisprudência recordada, que os acordos de resolução amigável em causa constituíam uma infração única e continuada ao artigo 101.º TFUE se tivesse conseguido demonstrar, nomeadamente, que estes acordos se inscrevem num plano de conjunto.
- 1274 Por conseguinte, a declaração de uma infração única pressupunha que a Servier e todas as sociedades de genéricos em causa tivessem celebrado os acordos controvertidos prosseguindo, no mínimo, um objetivo comum.
- 1275 Ora, as recorrentes não alegam, pelo menos de forma explícita, a existência de tal objetivo que tivessem identificado com precisão.
- 1276 Além disso, a existência de tal objetivo não resulta dos documentos dos autos.
- 1277 A este respeito, importa precisar que o conceito de objetivo comum ou único não pode ser determinado pela referência geral à distorção da concorrência no mercado afetado pela infração, uma vez que a restrição na concorrência constitui, como objetivo ou como efeito, um elemento consubstancial a qualquer comportamento abrangido pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Essa definição do conceito de objetivo único pode retirar ao conceito de infração única e continuada uma parte do seu sentido, na medida em que pode ter como consequência que vários comportamentos relativos a um setor económico proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE devam ser sistematicamente qualificados como elementos constitutivos de uma infração única (v., Acórdão de 28 de abril de 2010, Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comissão, T-446/05, EU:T:2010:165, n.º 92, e jurisprudência referida).
- 1278 Ora, não resulta dos documentos dos autos que existia um objetivo comum à Servier e às sociedades de genéricos suscetível de ser definido de uma forma mais precisa do que por uma simples referência geral à distorção da concorrência no mercado afetada pela infração.

- 1279 Por outro lado, as sociedades de genéricos não tinham concluído acordos de resolução amigável que as vinculavam entre si, mas apenas acordos que vinculavam cada uma à Servier. Além disso, com exceção do acordo Matrix, os acordos assim concluídos resultaram, nomeadamente, de litígios nacionais específicos a cada uma das sociedades de genéricos e que opunham cada uma à Servier, sem que as outras sociedades de genéricos em causa fossem afetadas por tais litígios. Por último, estes acordos, concluídos em momentos diferentes, tinham conteúdos diferentes, sendo que os acordos Niche e Matrix implicavam um simples pagamento compensatório, o acordo Teva previa uma cláusula de compra exclusiva e o acordo Lupin estava associado à conclusão de um acordo de cessão, pela Lupin, de pedidos de patentes à Servier.
- 1280 Há que acrescentar que a entrada em vigor de cada um dos acordos não estava sujeita à entrada em vigor dos outros acordos e nenhuma cláusula dos acordos previa ou gerava uma coordenação entre o comportamento das diferentes sociedades de genéricos. Além disso, não resulta dos documentos dos autos que estas sociedades tinham, de uma forma ou de outra, coordenado os seus efeitos para restringir a concorrência. Na falta de tais ligações entre os acordos ou de elementos que demonstrem que existia, no momento da conclusão dos acordos, uma concertação entre as sociedades de genéricos, a única coordenação que resulta dos documentos dos autos é a exercida pela Servier para a conclusão dos diferentes acordos.
- 1281 Tendo em consideração o exposto, apenas é possível concluir que as sociedades de genéricos em causa participavam num plano de conjunto. Pelo contrário, deve constatar-se que se limitaram, como sublinha corretamente a Comissão na sua contestação, a aproveitar a oportunidade que representava para cada uma o projeto de acordo previsto com a Servier. Cada uma das sociedades de genéricos participou, assim, num acordo autónomo de exclusão do mercado sem contribuir para um conjunto de acordos com um objetivo comum.
- 1282 Na falta de objetivo comum à Servier e a cada uma das sociedades de genéricos e, por isso, de plano de conjunto, a Comissão teve razão ao não concluir que os acordos de resolução amigável em causa constituíam uma infração única.
- 1283 A conclusão anterior não pode ser posta em causa pelos outros argumentos das recorrentes.
- 1284 Em primeiro lugar, embora as recorrentes fossem partes em todos os acordos de resolução amigável em causa e embora a Comissão pudesse considerar que algumas sociedades de genéricos tinham sido informadas da circunstância de as recorrentes terem concluído a outras resoluções amigáveis com as sociedades de genéricos, não deixa de ser verdade que o mero conhecimento de outras práticas anticoncorrenciais não basta para constatar a existência de uma infração única. Com efeito, embora tal conhecimento constitua uma condição exigida para tornar uma empresa responsável pelos comportamentos praticados por outras empresas no quadro de uma infração única (v. n.º 1265, *supra*), não permite, enquanto tal, provar a existência de um elemento subjetivo comum e, em particular, a prossecução de uma finalidade ou de um objetivo comum a todos os participantes, os únicos capazes de demonstrar a existência de uma infração única (v., neste sentido, Acórdãos de 12 de dezembro de 2007, BASF e UCB/Comissão, T-101/05 e T-111/05, EU:T:2007:380, n.º 205, e de 28 de abril de 2010, Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comissão, T-446/05, EU:T:2010:165, n.º 108).
- 1285 Em segundo lugar, as recorrentes criticam a Comissão por ter referido, no considerando 3120 da decisão recorrida, três precedentes decisórios irrelevantes ou não invocáveis, uma vez que algumas das decisões em causa não tinham sido publicadas. Contudo, importa recordar, em todo caso, que é por razões objetivas que a Comissão pode abrir processos distintos, dar por provadas várias infrações distintas e aplicar várias coimas distintas (v., Acórdão de 28 de abril de 2010, Amann & Söhne e Cousin Filterie/Comissão, T-446/05, EU:T:2010:165, n.º 93, e jurisprudência referida). Por conseguinte, no caso em apreço, a circunstância de a Comissão ter referido, ou não, precedentes relevantes que foram, ou não, publicados não pode enfermar de ilegalidade a decisão recorrida, estando a Comissão obrigada, em cada processo, a verificar se razões objetivas permitem constatar a existência de uma

infração única. Pode igualmente ser acrescentado, a título acessório, que a Comissão apenas evocou, no caso em apreço, os precedentes criticados a título de ilustração de caso de aplicação de coimas separadas para infrações distintas, após ter recordado que decorria do artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 e era conforme às orientações para o cálculo das coimas que coimas separadas devem ser impostas para cada infração.

1286 Em terceiro lugar, as recorrentes criticam a Comissão por ter enfermado a sua análise de contradição de fundamentos. Em seu entender, a Comissão não poderia afastar a qualificação de infração única para os acordos de resolução amigável, ao abrigo do artigo 101.º TFUE, uma vez que considerou, na parte da decisão recorrida relativa ao abuso de posição dominante, que estes mesmos acordos eram constitutivos de uma única infração ao artigo 102.º TFUE.

1287 Todavia, tal argumentação não pode ser acolhida.

1288 Com efeito, o conceito de infração única na aceção do artigo 101.º TFUE visa comportamentos bilaterais ou multilaterais de várias empresas, ao passo que o conceito de exploração abusiva da sua posição dominante por uma empresa abrange comportamentos unilaterais desta, tais como os constatados pela Comissão na parte da decisão recorrida relativa à aplicação do artigo 102.º TFUE. Uma vez que estes dois conceitos são distintos e assentam em critérios diferentes, a constatação da existência de uma infração única na aceção do artigo 101.º TFUE não pode resultar do facto de o comportamento de uma das empresas partes nesta infração ser, por outro lado, qualificado de exploração abusiva de posição dominante. *A fortiori*, o mesmo é válido quando, como no caso em apreço, a qualificação de exploração abusiva de posição dominante assenta, em parte, na tomada em consideração de um comportamento que não foi examinado no âmbito do artigo 101.º TFUE, nomeadamente, a aquisição pelas recorrentes da tecnologia da Azad.

1289 Além disso, há que observar que a Comissão não constatou, na parte da decisão recorrida relativa à aplicação do artigo 102.º TFUE, que as recorrentes, na execução da sua estratégia de exclusão dos seus concorrentes através da celebração de acordos de resolução amigável e da aquisição da tecnologia da Azad, prosseguiu um objetivo comum com as sociedades de genéricos, condição necessária ao reconhecimento de uma infração única na aceção do artigo 101.º TFUE. Aliás, as recorrentes não alegam que a Comissão efetuou tal constatação. Por conseguinte, não podem validamente extrair argumentos desta parte da decisão recorrida para concluir que a Comissão deveria ter considerado que os acordos de resolução amigável eram constitutivos de uma infração única.

1290 Resulta do exposto que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

***b) Quanto à qualificação de infrações distintas dos acordos concluídos com a Niche e com a Matrix***

*1) Argumentos das partes*

[*omissis*]

*2) Apreciação do Tribunal Geral*

1293 Resulta do n.º 5 e do considerando 3120 da decisão recorrida que a Comissão considerou que os dois acordos concluídos pelas recorrentes (e a Biogaran) com a Niche (acordo de resolução amigável e contrato de licença e de fornecimento) e o acordo de resolução amigável concluído com a Matrix constituíam duas infrações distintas ao artigo 101.º TFUE. As recorrentes alegam que estes acordos constituem uma infração única.

- 1294 A Comissão alega que o fundamento deve ser julgado inoperante, uma vez que, em todo caso, as recorrentes não demonstraram que a coima teria necessariamente sido menos elevada se tivesse considerado que os acordos concluídos com a Niche e com a Matrix constituíam uma infração única. No entanto, resulta dos n.ºs 1256 a 1263, *supra*, que, se este fosse procedente, a decisão recorrida deveria ser anulada e a coima recalculada. Por conseguinte, o presente fundamento deve, à semelhança do que critica de forma geral a qualificação de infrações distintas dos diferentes acordos concluídos pelas recorrentes, ser considerado operante.
- 1295 Quanto ao mérito deste fundamento, cabe recordar que, para constatar a existência de uma infração única, cabe à Comissão demonstrar que os acordos em causa se inscrevem num plano de conjunto posto conscientemente em prática pelas empresas em causa com vista à realização de um mesmo objetivo anticoncorrencial e que está obrigada a examinar, a esse respeito, todos os elementos factuais suscetíveis de demonstrar ou pôr em causa o referido plano de conjunto (v., neste sentido, Acórdão de 16 de setembro de 2013, Masco e o./Comissão, T-378/10, EU:T:2013:469, n.ºs 22 e 23; v., igualmente, n.ºs 1264 a 1269, *supra*).
- 1296 Ora, no caso em apreço, é certamente possível deduzir dos argumentos invocados pelas recorrentes que estas eram movidas pelas «mesmas motivações» ao concluírem os acordos em causa, como salientou de forma pertinente a Comissão no considerando 1472 da decisão recorrida, e prosseguiram, a este respeito, um objetivo idêntico, designadamente, resolver de modo definitivo o litígio em curso e evitar qualquer processo contencioso futuro relativo ao produto da Niche/Matrix e eliminar este produto enquanto fonte de concorrência potencial mediante pagamento. Em particular, confirmam efetivamente este mesmo objetivo prosseguido pelas recorrentes na conclusão dos acordos com a Niche e com a Matrix o facto de estes acordos terem sido assinados no mesmo dia e no mesmo local pelo mesmo representante das recorrentes, o facto de o seu âmbito de aplicação temporal e geográfico ser idêntico, o facto de os acordos serem relativos, nomeadamente, ao mesmo produto impondo obrigações semelhantes à Niche e à Matrix e, por último, o facto incontestado de que era do interesse das recorrentes a conclusão de acordos com as duas partes participantes no projeto de perindopril comum em causa (v., a este respeito, considerando 2940 da decisão recorrida).
- 1297 Todavia, tais dados factuais não permitem demonstrar que a Niche e a Matrix prosseguiram conjuntamente um mesmo objetivo, confirmativo de um plano comum, ao concluírem os acordos em causa, nem *a fortiori* que partilhavam este plano comum com as recorrentes.
- 1298 Com efeito, é certo que a conclusão dos acordos no mesmo dia e no mesmo dia confirma as suas ligações e o objetivo comum prosseguido pela Servier, signatária dos dois acordos, mas não permite, por si só, demonstrar um plano comum entre os outros signatários, a Niche e a Matrix. De igual modo, a representação da Niche e da Matrix por um mesmo advogado — que explica igualmente o pagamento das duas transferências de valor para uma mesma conta, a do seu representante comum — revela a falta de conflito de interesses entre estas, mas não permite, enquanto tal, demonstrar uma comunidade de interesses, tanto mais que o representante em causa era o da Niche e que apenas representou a Matrix para a assinatura do acordo Matrix (considerandos 575 e 576 da decisão recorrida). Por outro lado, embora os dois acordos proibam efetivamente a comercialização do produto da Niche/Matrix, deve ser observado que o acordo Niche é relativo, de forma geral, a todos os produtos potencialmente contrafeitos que a Niche poderia elaborar, sozinha ou com outros parceiros, tal como o acordo Matrix era relativo, de forma geral, a todos os produtos potencialmente contrafeitos que a Matrix poderia elaborar, sozinha ou com outros parceiros (segundo a definição do «processo» adotada em cada um dos acordos), o que, além disso, relativiza a semelhança entre as cláusulas dos acordos. Há que acrescentar, a este respeito, que as cláusulas dos acordos Niche e Matrix não são, de resto, rigorosamente idênticas, tendo em conta, nomeadamente, os litígios diferentes que opõem a Servier à Niche, por um lado, e a Servier à Matrix, por outro. Assim, apenas o acordo Niche inclui cláusulas que preveem o fim dos litígios em curso nos órgãos jurisdicionais do

Reino Unido e no IEP (artigos 2.º e 7.º do acordo Niche), não estando a Matrix implicada diretamente em nenhum destes processos contenciosos (v., igualmente, artigo 9.º do acordo Niche, que também não tem equivalente no acordo Matrix).

- 1299 Além disso, não permite demonstrar a existência de um plano comum da Niche com a Matrix a sua alegada concertação sobre a aplicação dos acordos que concluíram com as recorrentes. Com efeito, não é possível considerar que tal concertação está suficientemente demonstrada pela mera referência de um acordo oral de partilha da indemnização dos clientes da Niche e de um pedido de confirmação escrito deste acordo pela Niche à Matrix. Inclusivamente, é contradita pela aplicação concreta dos acordos, que se traduziu, nomeadamente, pela suspensão unilateral, por parte da Matrix, do acordo Niche-Matrix.
- 1300 Também não resulta do desenrolar das negociações dos acordos em causa que a Niche e a Matrix prosseguiram um mesmo objetivo ao concluírem os referidos acordos. Com efeito, vários elementos não contestados dos autos e da decisão recorrida (considerandos 574 a 577 da decisão recorrida) revelam que a conclusão, pela Matrix, do seu acordo com a Servier se deve mais à sua vontade de aproveitar uma oportunidade oferecida pelas recorrentes (v., igualmente, n.º 1281, *supra*) do que a um plano comum com o seu parceiro Niche destinado a pôr termo ao seu projeto comum de perindopril. Em particular, por um lado, a Matrix apenas foi informada da existência de negociações entre a Niche e as recorrentes dois dias antes da conclusão do seu próprio acordo com as recorrentes e apenas foi brevemente informada do estado de tais negociações na véspera. Por outro, é possível deduzir do considerando 577 da decisão recorrida que a participação da Matrix nas negociações incidiu, principalmente, sobre o montante da transferência de valor.
- 1301 Por último, é possível afirmar que a qualificação de infração única dos acordos Niche e Matrix levaria a incluir nesta infração o acordo concluído entre a Niche e a Biogaran, que a Comissão considerou, sem ser contestada pelas recorrentes, parte da infração que lhes é imputada a título do acordo Niche (v., nomeadamente, considerando 3006 da decisão recorrida). Ora, não é possível considerar que tal acordo, negociado entre a Biogaran e a Niche sem conhecimento da Matrix, sem relação com o produto da Niche/Matrix e com um objeto diferente do acordo Matrix (acordo de licença e de fornecimento relativo a outros medicamentos), faz parte de um plano que poderia ser comum à Niche e à Matrix e *a fortiori* a estas duas sociedades e às recorrentes.
- 1302 Por conseguinte, há que considerar que a Comissão não cometeu um erro de direito ou um erro de apreciação ao qualificar de infrações distintas os acordos respetivamente concluídos pelas recorrentes (e a Biogaran) com a Niche e com a Matrix. Daqui resulta igualmente que as recorrentes não podem criticar a Comissão por as ter punido duas vezes pelos mesmos factos. Com efeito, uma vez que a Comissão deu por provada a existência de duas infrações distintas, podia aplicar às recorrentes duas coimas distintas. Em contrapartida, as condições específicas de conclusão do acordo Matrix e o alcance específico deste acordo implicam, como será referido nos n.ºs 1692 a 1699, *infra*, que sejam devidamente tidas em consideração estas características na apreciação da proporcionalidade da coima aplicada a título deste acordo, à luz da que puniu o acordo Niche.
- 1303 Resulta do exposto que o presente fundamento e os fundamentos respeitantes a erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de infrações distintas no seu conjunto devem ser julgados improcedentes.

## ***12. Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à definição do mercado dos produtos acabados relevante***

### ***a) Argumentos das partes***

[*omissis*]

## ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

- 1367 As recorrentes, apoiadas pela interveniente, fazem, em substância, três alegações.
- 1368 Antes de mais, na sua primeira alegação, as recorrentes criticam a Comissão por ter ignorado as especificidades do setor farmacêutico, na medida em que baseou a sua análise do mercado relevante principalmente no preço dos medicamentos e não na substituibilidade terapêutica. Esta alegação assenta em duas partes, sendo a primeira relativa ao facto de a Comissão não ter tido em conta elementos do contexto económico e a segunda relativa ao facto de a Comissão ter atribuído uma importância excessiva ao fator preço.
- 1369 Em seguida, na sua segunda alegação, contestam a tese da Comissão de que os IEC não eram suficientemente substituíveis de um ponto de vista terapêutico. Põem em causa a distinção entre o perindopril e os outros IEC em termos de eficácia e de efeitos secundários, o fenómeno de «inércia» dos médicos relativamente a novos pacientes, a reduzida propensão à alteração dos pacientes em tratamento contínuo e análise dos esforços promocionais efetuada pela Comissão.
- 1370 Por último, na sua terceira alegação, as recorrentes contestam, a título subsidiário, as lacunas metodológicas da análise econométrica dos acontecimentos naturais da Comissão que visa demonstrar que os IEC não exerciam pressões concorrenciais significativas sobre o perindopril.
- 1371 Antes de proceder ao exame de cada uma destas três alegações, importa recordar, no âmbito de uma série de observações preliminares, por um lado, a extensão da fiscalização do juiz da União em matéria de direito da concorrência, e, por outro, os elementos de análise resultantes da jurisprudência respeitantes à delimitação do mercado de produtos relevante, em particular no setor farmacêutico, igualmente à luz das respostas das partes às questões do Tribunal Geral sobre a respetiva posição da substituibilidade terapêutica e dos fatores relativos aos preços nesta análise.

### *1) Observações preliminares*

#### *i) Quanto à extensão da fiscalização do juiz da União*

- 1372 Importa recordar que o direito da União prevê um sistema de fiscalização jurisdicional das decisões da Comissão relativas aos processos de aplicação do artigo 102.º TFUE (v., Acórdão de 10 de julho de 2014, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 42, e jurisprudência referida). Este sistema de fiscalização jurisdicional consiste numa fiscalização da legalidade dos atos das instituições consagrada no artigo 263.º TFUE, a qual pode ser completada pelo exercício, em aplicação do artigo 261.º TFUE, por uma competência de plena jurisdição no que respeita às sanções previstas nos regulamentos (Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.º 71).
- 1373 Como o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de precisar, o âmbito da fiscalização da legalidade prevista no artigo 263.º TFUE abrange todos os elementos das decisões da Comissão relativas aos procedimentos nos termos dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE cuja fiscalização aprofundada, tanto de direito como de facto, é assegurada pelo Tribunal Geral à luz dos fundamentos invocados pelas recorrentes, e tendo em conta todos os elementos de prova apresentados por estas últimas, quer estes sejam anteriores ou posteriores à decisão adotada, tenham sido apresentados previamente no âmbito do procedimento administrativo ou, pela primeira vez, no âmbito do recurso de que o Tribunal Geral é chamado a conhecer, na medida em que estes últimos elementos de prova sejam pertinentes para a fiscalização da legalidade da decisão da Comissão (Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.º 72).

- 1374 A este respeito, cabe recordar que, segundo jurisprudência constante, embora o juiz da União exerça, de forma geral, total fiscalização quanto à questão de saber se estão ou não preenchidos os pressupostos de aplicação das disposições relativas à concorrência, a fiscalização que exerce sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão limita-se necessariamente à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, da exatidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder (Acórdãos de 11 de julho de 1985, *Remia e o./Comissão*, 42/84, EU:C:1985:327, n.º 34; de 17 de novembro de 1987, *British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão*, 142/84 e 156/84, EU:C:1987:490, n.º 62, e de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comissão*, T-271/03, EU:T:2008:101, n.º 185).
- 1375 O Tribunal de Justiça considerou que, embora, nos domínios que dão origem a apreciações económicas complexas, a Comissão disponha de margem de apreciação em matéria económica, isso não implica que o juiz da União deva abster-se de fiscalizar a interpretação, pela Comissão, de dados de natureza económica. Com efeito, o juiz da União deve, designadamente, não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se extraem (Acórdãos de 15 de fevereiro de 2005, *Comissão/Tetra Laval*, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 39; de 8 de dezembro de 2011, *Chalkor/Comissão*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, n.º 54, e de 10 de julho de 2014, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 54). Quando, para qualificar uma prática à luz do disposto no artigo 102.º TFUE, a Comissão concede uma importância real a uma análise económica da capacidade dos descontos para excluir um concorrente igualmente eficaz («as efficient competitor test», a seguir «teste AEC»), o juiz da União tem de examinar todos os argumentos formulados pela empresa punida com base nesse teste (v., neste sentido, Acórdão de 6 de setembro de 2017, *Intel/Comissão*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 141 a 144).
- 1376 Além disso, cabe recordar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, no domínio do direito da concorrência, em caso de litígio sobre a existência de uma infração, compete à Comissão fazer prova das infrações que declara e apresentar os elementos que façam prova bastante da existência dos factos constitutivos de uma infração. A existência de uma dúvida no espírito do julgador deve aproveitar à empresa destinatária da decisão que declara uma infração (Acórdãos de 22 de novembro de 2012, *E.°N Energie/Comissão*, C-89/11 P, EU:C:2012:738, n.ºs 71 e 72, e de 16 de fevereiro de 2017, *Hansen & Rosenthal e H&R Wax Company Vertrieb/Comissão*, C-90/15 P, não publicado EU:C:2017:123, n.ºs 17 e 18).
- 1377 Embora incumba à autoridade que alega uma violação das regras da concorrência aduzir a respetiva prova, compete à empresa que invoca um meio de defesa contra uma declaração de infração a essas regras aduzir a prova de que se encontram preenchidas as condições de aplicação da regra a partir da qual esse meio de defesa é deduzido, pelo que a referida autoridade deverá, então, recorrer a outros elementos de prova. Além disso, mesmo que o ónus da prova incumba, segundo esses princípios, quer à Comissão quer à empresa ou à associação em causa, os elementos factuais que uma parte invoca podem ser de molde a obrigar a outra parte a fornecer uma explicação ou uma justificação, sem o que é possível concluir que foi dado cumprimento às regras em matéria de ónus da prova (v., Acórdão de 17 de junho de 2010, *Lafarge/Comissão*, C-413/08 P, EU:C:2010:346, n.ºs 29 e 30, e jurisprudência aí referida).
- 1378 Assim, quando a Comissão se baseia em elementos de prova que, em princípio, são suficientes para demonstrar a existência da infração, não basta à empresa em causa alegar a possibilidade de ocorrência de uma circunstância que possa afetar o valor probatório desses elementos de prova para que a Comissão suporte o ónus de provar que a referida circunstância não afetou o valor probatório dos mesmos. Pelo contrário, salvo nos casos em que essa prova não possa ser apresentada pela empresa em causa, em razão do comportamento da própria Comissão, cabe à empresa em causa fazer

prova bastante, por um lado, da existência da circunstância que invoca e, por outro, de que essa circunstância põe em causa o valor probatório dos elementos de prova em que a Comissão se baseia (Acórdão de 22 de novembro de 2012, E.°N Energie/Comissão, C-89/11 P, EU:C:2012:738, n.° 76).

1379 Por último, importa recordar que o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral não podem, em todo caso, no âmbito da fiscalização de legalidade referida no artigo 263.° TFUE, substituir pela sua própria fundamentação a fundamentação do autor do ato impugnado (Acórdãos de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão, C-164/98 P, EU:C:2000:48, n.° 38; de 24 de janeiro de 2013, Frucona Košice/Comissão, C-73/11 P, EU:C:2013:32, n.° 89, e de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.° 73). Uma vez que a fiscalização da legalidade da decisão recorrida é relativa aos fundamentos que figuram nessa decisão, o juiz não pode, nem por sua própria iniciativa nem a pedido da administração, acrescentar fundamentos aos que tinham sido utilizados pela administração na referida decisão.

*ii) Quanto à delimitação de um mercado relevante de produtos no setor farmacêutico*

1380 Em primeiro lugar, a definição do mercado em causa é efetuada com vista a estabelecer os limites dentro dos quais se deve apreciar a questão de saber se uma determinada empresa se pode comportar, de forma significativa, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores (Acórdão de 9 de novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, EU:C:1983:313, n.° 37).

1381 Resulta de jurisprudência constante que, para efeitos do exame da posição, eventualmente dominante, de uma empresa em determinado mercado, as possibilidades de concorrência devem ser apreciadas no âmbito do mercado que agrupa o conjunto dos produtos ou serviços que, em função das suas características, são particularmente aptos à satisfação das necessidades constantes e pouco substituíveis por outros produtos, devendo tais possibilidades ser igualmente apreciadas à luz das condições da concorrência e da estrutura da procura e da oferta (Acórdãos de 9 de novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, EU:C:1983:313, n.° 37, e de 21 de outubro de 1997, Deutsche Bahn/Comissão, T-229/94, EU:T:1997:155, n.° 54). A Comissão não se pode limitar a examinar apenas as características objetivas dos produtos e dos serviços em causa. Com efeito, importa ter igualmente em consideração as condições da concorrência e a estrutura da procura e da oferta no mercado a fim de avaliar se a empresa em causa tem a possibilidade de obstar à manutenção de uma concorrência efetiva e de se comportar, numa medida apreciável, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores (Acórdãos de 9 de novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, EU:C:1983:313, n.° 37, e de 17 de dezembro de 2003, British Airways/Comissão, T-219/99, EU:T:2003:343, n.° 91).

1382 Além disso, como resulta do n.° 7 da comunicação sobre a definição do mercado relevante, o mercado de produtos em causa inclui todos os produtos ou os serviços que os consumidores consideram substituíveis devido às suas características, aos seus preços e à utilização a que estão destinados.

1383 Como, por outro lado, se esclarece no n.° 25 da comunicação sobre a definição do mercado relevante, a definição do mercado resulta de um conjunto de indícios que permite apreciar até que ponto a substituição pode operar. A delimitação dos contornos do mercado deve ser efetuada mediante o exame de elementos empíricos e mediante a exploração de todas as informações úteis para a apreciação de um caso concreto.

1384 Nos n.°s 15 a 19 da comunicação sobre a definição do mercado relevante, a Comissão demonstra que o exercício de definição do mercado incide sobre os preços por razões operacionais e práticas e, mais precisamente, sobre a substituição do lado da procura que possam provocar variações ligeiras mais permanentes dos preços relativos. A Comissão indica que pretende apreciar a substituíbilidade do lado da procura à luz de uma abordagem teórica que consiste em postular um aumento ligeiro, de 5%

a 10%, mas permanente, do preço relativo do produto a partir do qual o mercado em causa é definido, e em avaliar se este aumento hipotético poderia ser aplicado de forma rentável pelo monopolista hipotético do produto em causa. Segundo este teste económico, tal como exposto no n.º 17 da comunicação sobre a definição do mercado relevante, se a substituição bastar, devido ao recuo das vendas que daí decorrem, para retirar qualquer interesse a tal aumento de preços, os produtos de substituição devem ser considerados no sentido de que exercem uma pressão concorrencial significativa sobre o produto em causa.

- 1385 Em segundo lugar, há que observar que as relações de concorrência respondem a mecanismos diferentes dos que regem as interações concorrenciais normalmente presentes em mercados que não são tão intensivamente regulamentados (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 183). Com efeito, como descreve, além disso, a comunicação da Comissão sob a epígrafe «Síntese do relatório de investigação sobre o setor farmacêutico» de 8 de julho de 2009, o setor farmacêutico é «atípico», na medida em que a procura para os medicamentos prescritos com receita é norteadada para o prescritor e não para o consumidor final (o paciente). De igual modo, os médicos são principalmente norteados, na sua opção de prescrição, pelo efeito terapêutico dos medicamentos. Por conseguinte, na medida em que determinam as opções dos médicos, os fatores não tarifários, como a utilização terapêutica, também constituem, por isso, a par dos indicadores baseados nos preços, elementos pertinentes na definição do mercado (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 187).
- 1386 Resulta igualmente da jurisprudência que as especificidades que caracterizam os mecanismos de concorrência no setor farmacêutico não retiram a relevância aos fatores relativos aos preços na avaliação das pressões concorrenciais, devendo, todavia, estes fatores ser apreciados no seu contexto próprio (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 183).
- 1387 No âmbito de um processo instaurado por abuso de posição dominante no domínio farmacêutico, para efeitos da definição do mercado em causa, a Comissão pode basear a sua apreciação, nomeadamente, na maior eficácia do produto farmacêutico em causa, na utilização terapêutica diferente da utilização de outros produtos farmacêuticos, no movimento de substituição assimétrico caracterizado pelo aumento das vendas desse produto e na diminuição correlativa ou na estagnação das vendas dos outros produtos e nos indicadores de preço, tais como resultam do contexto regulamentar em vigor (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.ºs 61, 153, 182, 183, 203 e 219 a 222).
- 1388 Quanto à utilização terapêutica, para efeitos da delimitação do mercado em causa, há que apreciar as diferenças e as semelhanças de utilização entre produtos ou categorias de produtos farmacêuticos. A Comissão pode, corretamente, considerar que a utilização terapêutica diferenciada de dois produtos farmacêuticos destinados ao tratamento das mesmas doenças constitui um elemento que apoia a conclusão de que o mercado em causa apenas compreende um destes produtos (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 153).
- 1389 O Tribunal Geral convidou as partes a pronunciarem-se, na audiência, sobre a respetiva posição que, no caso em apreço, ocupavam os fatores da substituíbilidade terapêutica e do preço na definição do mercado relevante no setor farmacêutico, nomeadamente à luz do Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão (T-321/05, EU:T:2010:266).
- 1390 Como a Comissão sublinhou corretamente na audiência, a circunstância de a pressão concorrencial pelos preços ser largamente atenuada no setor farmacêutico, devido à importância concedida pelos prescritores aos aspetos terapêuticos dos medicamentos destinados ao tratamento de uma mesma patologia e ao quadro regulamentar que regula o preço e as modalidades de reembolso dos medicamentos pelo sistema de segurança social, é um dado importante na análise do mercado relevante, que pode justificar a delimitação de mercados pequenos.

- 1391 O facto de essa atenuação resultar, em parte, do quadro regulamentar não é suscetível de alterar esta constatação. Com efeito, a circunstância de a inexistência ou o carácter não significativo de pressões concorrenciais resultar do quadro regulamentar que determina as formas e a dimensão das interações concorrenciais entre produtos e a medida em que estas não têm influência na pertinência que cabe atribuir, no quadro de uma definição do mercado, à conclusão de que essas pressões concorrenciais não existem ou não são significativas. Com efeito, quando se revela que um grupo de medicamentos não está significativamente sujeito a pressões concorrenciais de outros medicamentos, de modo que pode considerar-se que esse grupo forma um mercado relevante, o tipo ou a natureza dos fatores que subtraem esse grupo de medicamentos a qualquer pressão concorrencial significativa reveste-se apenas de pertinência limitada, uma vez que a verificação da inexistência dessas pressões concorrenciais permite concluir que uma empresa em posição dominante no mercado definido nesses termos poderia afetar os interesses dos consumidores nesse mercado, impedindo, através de um comportamento abusivo, a manutenção de uma concorrência efetiva (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.ºs 97, 174 e 175).
- 1392 O quadro regulamentar do setor farmacêutico, embora atenua frequentemente as pressões concorrenciais pelos preços entre medicamentos substituíveis, inclui, contudo, mecanismos que acentuam estas pressões, facilitando a concessão de autorizações de introdução no mercado para os medicamentos genéricos, permitindo a fixação dos preços destes medicamentos em níveis muito inferiores aos dos medicamentos originais de referência e incentivando fortemente ou obrigando os médicos prescritores e os farmacêuticos a substituir a versão genérica de um medicamento por um medicamento original. Assim, é muito fácil identificar as pressões concorrenciais sobre o preço e as vendas de um medicamento original resultante da entrada no mercado da sua versão genérica. No presente processo, por exemplo, é pacífico que a entrada do genérico do perindopril no Reino Unido conduziu a uma redução do preço do perindopril da ordem de 90%. Não obstante, esta substituição apenas pode ocorrer, quando está prevista pela regulamentação, entre o medicamento original de referência e as suas versões genéricas e não se pode aplicar entre moléculas diferentes, incluindo quando os medicamentos em causa estão abrangidos pela mesma classe terapêutica e têm o mesmo modo de ação.
- 1393 No entanto, embora a definição do mercado relevante no setor farmacêutico deva devidamente ter em consideração a fraqueza relativa da pressão pelos preços ligados, nomeadamente, ao quadro regulamentar, deve igualmente ter em conta outro fator essencial de análise das interações concorrenciais, específico neste setor, que constitui a escolha do tratamento pelos prescritores, que não se determinam principalmente à luz do custo dos medicamentos disponíveis, nem mesmo à luz de uma apreciação clássica da relação qualidade-preço oferecida por estes medicamentos, mas sim com base na sua perceção das vantagens e dos inconvenientes destes medicamentos no plano terapêutico (v., por analogia, no que respeita à definição do mercado relevante para efeitos da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, Acórdão de 23 de janeiro de 2018, F. Hoffmann-La Roche e o., C-179/16, EU:C:2018:25, n.º 65).
- 1394 Os medicamentos autorizados mediante prescrição médica não constituem, com efeito, produtos como os outros, que se trocam livremente num mercado entre vendedores e consumidores e cujo preço é fixado no ponto de encontro das curvas da oferta e da procura, mas são produtos a que os pacientes acedem através de profissionais de saúde que são os médicos e os farmacêuticos e cuja tomada a cargo financeira é, numa parte substancial, coletiva. As regras que regulam o preço dos medicamentos e as condições do seu reembolso pelo sistema de segurança social são o reflexo da natureza específica destes produtos, da mesma forma que as regras que limitam a publicidade de que podem ser objeto ou que prescrevem a sua venda nas farmácias, sob a responsabilidade de farmacêuticos.
- 1395 A liberdade de escolha dos médicos entre os medicamentos originais disponíveis no mercado ou entre os medicamentos originais e as versões genéricas de outras moléculas e a atenção que os prescritores concedem de forma prioritária aos aspetos terapêuticos permitem, eventualmente, o exercício de pressões concorrenciais significativas, de ordem qualificativa e não tarifária, fora dos mecanismos

habituais de pressão pelos preços. Tais pressões podem tanto existir na hipótese de os méritos terapêuticos de um medicamento se revelarem claramente superiores aos dos outros medicamentos disponíveis para o tratamento da mesma patologia como na hipótese de os medicamentos disponíveis serem reconhecidos ou considerados equivalentes pelos prescritores.

<sup>1396</sup> Com efeito, quando um medicamento se revela claramente superior a outros no plano terapêutico, ou até representa a única opção terapêutica recomendada pela comunidade científica, é possível que seja escolhido pelos prescritores independentemente do seu preço, mesmo que este seja claramente superior ao dos outros medicamentos disponíveis. A redução dos preços dos outros medicamentos, que deveria, assim, num mercado clássico, constituir uma pressão concorrencial forte, não tem, então, impacto decisivo. A diferença de preço entre estes produtos tem ainda menos importância uma vez que o nível de reembolso diminui para o paciente o peso financeiro do tratamento escolhido. Daqui resulta que uma sociedade farmacêutica cujo medicamento também não é reconhecido ou considerado favoravelmente pelos clínicos e que pretende baixar o seu preço na esperança de conservar as suas quotas de mercado dificilmente terá possibilidades de sucesso. Por outras palavras, um medicamento cuja superioridade é reconhecida pode exercer uma pressão concorrencial significativa sobre os outros medicamentos disponíveis para o tratamento de uma mesma patologia, mesmo quando seja mais oneroso. Assim, no processo que deu origem ao Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão (T-321/05, EU:T:2010:266), foi constatado pela Comissão e pelo Tribunal Geral que a superioridade terapêutica dos inibidores da bomba de protões (IPP) sobre os anti-H2 lhes tinha permitido excluir progressivamente estes últimos do mercado, apesar do preço muito superior dos IPP. Em contrapartida, os medicamentos que não estão ou deixaram de estar em condições de rivalizar no plano terapêutico com o medicamento «principal» também não podem exercer pressão concorrencial sobre este. Tais elementos podem justificar que este medicamento constitua, por si só, um mercado, limitado à sua molécula, na sua versão original e genérica.

<sup>1397</sup> Quando, para o tratamento da mesma doença, os prescritores têm de escolher entre medicamentos numa situação em que nenhum deles é reconhecido ou considerado superior aos outros, nomeadamente em razão da identidade do seu modo de ação ou por os seus benefícios terapêuticos ou os seus efeitos indesejáveis ou secundários não permitirem distingui-los, a análise da concorrência entre estes medicamentos assenta igualmente, para uma ampla parte, numa comparação qualitativa. A escolha do clínico, geralmente, não depende principalmente do respetivo custo destes tratamentos, mas do seu grau de diferenciação terapêutico, da sua adequação ao perfil dos pacientes, do conhecimento pelo médico dos diferentes medicamentos ou ainda da sua experiência pessoal e da experiência pessoal dos seus pacientes. Com efeito, não existe, em princípio, correlação clara entre o nível de preço de um medicamento e o seu interesse terapêutico: um medicamento não é melhor por ser mais caro do que os seus concorrentes e não é inferior aos seus concorrentes por o seu preço ser mais baixo. Aliás, o preço mais elevado de um medicamento mais recente não depende necessariamente das inovações terapêuticas que esse medicamento introduz, sobretudo se pertencer à mesma classe terapêutica de outros medicamentos e tiver o mesmo código de ação destes, e pode ser explicado, nomeadamente, pela amortização de custos mais altos de investigação ou de fabrico ou das despesas de promoção mais significativas do que as de um medicamento mais antigo.

<sup>1398</sup> É verdade, como sublinhou a Comissão na audiência, que, entre medicamentos reconhecidos ou considerados como plenamente equivalentes, a variável do preço pode ter a sua importância. Uma redução significativa do preço de um medicamento, nomeadamente pela introdução da sua versão genérica no mercado, pode justificar que este medicamento seja privilegiado pelos médicos e que a sua prescrição na sua versão genérica seja encorajada pelos gestores do sistema de segurança social e pelas entidades reguladoras. De igual modo, a entrada da versão genérica de outro medicamento reconhecido ou considerado equivalente ou substituível pode fragilizar a posição do medicamento original em causa no mercado. A pressão concorrencial pelo preço pode, assim, ser exercida e a manutenção do preço do medicamento em causa pode constituir um indício da diminuição da pressão concorrencial sofrida pelo referido medicamento.

- 1399 Todavia, como alegaram corretamente as recorrentes na audiência, não é possível inferir da mera manutenção do preço de um medicamento no mercado que o mesmo não está exposto a pressões concorrenciais significativas, exercidas pelos medicamentos considerados ou reconhecidos como equivalentes ou substituíveis, nas suas versões originais e genéricas.
- 1400 Com efeito, estando os médicos em condições de decidir livremente entre estes medicamentos por razões alheias ao seu custo, é possível que surjam grandes variações na frequência de utilização destes produtos, no grau de fidelidade que lhes testemunham os médicos, na perceção que os médicos têm dos seus benefícios num determinado momento nas suas opções de prescrição. As decisões tomadas pelos médicos podem, assim, fazer evoluir em proporções significativas as respetivas quotas de mercado dos diferentes medicamentos disponíveis e colocar as sociedades farmacêuticas numa situação de dependência em relação às escolhas dos prescritores, como se encontra qualquer produtor de um bem em relação aos consumidores numa situação em que os bens são facilmente substituíveis.
- 1401 É esta a razão pela qual as sociedades que produzem tais medicamentos, que, de resto, põem em pouca evidência o preço do seu produto na sua estratégia comercial, fazem frequentemente esforços significativos de promoção do seu produto para aumentarem a fidelização dos prescritores ou captarem novos prescritores, quer pela realização de estudos científicos que financiam e que se esforçam por distinguir o seu produto do produto dos seus concorrentes, quer por ações diretas de promoção junto dos médicos prescritores, que assumem as mais variadas formas. Estes esforços de promoção representam uma percentagem considerável do volume de negócios dos produtos em causa, talvez próxima de 30%, o que distingue o setor farmacêutico de outros setores onde a ação promocional não tem a mesma intensidade. Como alegaram as recorrentes, tais esforços podem constituir um indício da existência de uma situação de concorrência efetiva entre as empresas em causa.
- 1402 Em tal situação, perante medicamentos reconhecidos ou considerados como equivalentes ou substituíveis, a análise do mercado deve ser particularmente atenta aos elementos que permitem identificar a existência de pressões concorrenciais de ordem qualitativa ou não tarifária, que se traduzem, nomeadamente, por esforços de obtenção de novos prescritores na escolha inicial do tratamento, por transferências de pacientes em tratamento contínuo para outros medicamentos concorrentes, pela intensidade das ações de promoção conduzidas a favor de um medicamento na presença de alternativas equivalentes ou menos custosas.
- 1403 Se não se pode dar por provada a existência de elementos reveladores de pressão concorrencial de ordem não tarifária como os acima evocados no n.º 1402, nomeadamente devido a uma grande inércia dos médicos nas suas escolhas de prescrição, na origem de efeitos de fidelização que conduzem a um bloqueio do mercado, o medicamento em causa pode encontrar-se protegido de pressões concorrenciais efetivas, enquanto a sua versão genérica não entrar no mercado, tanto mais que o quadro regulamentar atenua o papel dos fatores de concorrência resultante dos preços. Assim, pode justificar-se definir o mercado relevante ao nível da molécula de tal medicamento, na sua versão original e genérica.
- 1404 Resulta destes desenvolvimentos que, no presente processo, importa examinar, em resposta aos argumentos das recorrentes e da Comissão, se no decurso do período relevante existiam, como alegam as recorrentes, medicamentos reconhecidos ou considerados equivalentes ao perindopril, que, por isso, lhe eram facilmente substituíveis, ou se o perindopril era suficientemente distinguível da concorrência pelos seus méritos terapêuticos e identificar a presença de elementos reveladores de pressões concorrenciais de ordem não tarifária exercidas sobre o perindopril por outros medicamentos, suscetíveis de justificar uma definição de mercado mais ampla do que a deste medicamento, apesar da relativa falta de elasticidade da procura de perindopril ao preço, sublinhada pela Comissão.

1405 É à luz de todas estas considerações, acima expostas nos n.ºs 1380 a 1404, que há que examinar as três principais alegações das recorrentes e que visam contestar a análise do mercado relevante do produto realizada pela Comissão na decisão recorrida.

*2) Quanto à primeira parte da primeira alegação, relativa à não tomada em consideração de todos os elementos do contexto económico*

1406 No âmbito da primeira alegação, as recorrentes afirmam, em substância, que a Comissão violou o princípio fundamental de que o mercado dos produtos farmacêuticos deve ser delimitado tendo em conta todo o contexto económico. A Comissão baseou-se excessivamente no preço, sem ter suficientemente em conta a substituíbilidade terapêutica dos produtos em causa.

1407 Mais precisamente, as recorrentes acusam a Comissão, na primeira parte desta alegação, de não ter tido em conta todos os elementos do contexto no âmbito da definição do mercado. Na segunda parte da alegação, as recorrentes consideram que a Comissão conferiu uma importância excessiva ao fator preço.

1408 Antes de mais, há que examinar o mérito da primeira parte da alegação, relativa ao facto de a Comissão não ter tido em conta todos os elementos do contexto económico para delimitar o mercado relevante. Em contrapartida, a fim de poder apreciar a importância relativa concedida pela Comissão ao fator preço, o Tribunal Geral examinará a segunda parte da alegação após ter apreciado a legalidade da decisão recorrida no que respeita a todos os fatores de ordem não tarifária suscetíveis de desempenhar um papel na delimitação do mercado relevante.

1409 Assim, importa examinar no caso em apreço se a Comissão teve em consideração todo o contexto económico, em particular fatores distintos do preço, para delimitar o mercado relevante de produtos.

1410 A título preliminar, como resulta das considerações acima desenvolvidas nos n.ºs 1380 a 1404, o setor farmacêutico é um setor «atípico» cujas especificidades exigem que o mercado seja definido através de uma abordagem baseada numa pluralidade de critérios, em particular a utilização terapêutica dos produtos.

1411 Antes de mais, no que respeita à consideração da utilização terapêutica dos produtos em causa, importa observar que a Comissão considerou, nos considerandos 2432 a 2459 da decisão recorrida, que o perindopril fazia parte da classe dos IEC, listados no nível ATC 3 da classificação da OMS. Todavia, a partir dos elementos de prova tidos em conta pela Comissão, esta considerou que os medicamentos pertencentes à classe dos IEC não eram produtos homogêneos, sendo o perindopril, segundo a Comissão, cientificamente reconhecido por determinadas características que o diferenciavam de outros IEC.

1412 A Comissão teve igualmente em conta, como resulta nomeadamente dos considerandos 2496 a 2513 da decisão recorrida, consagrados aos esquemas de transferência, a existência de um mecanismo de «inércia» dos médicos e de um grupo crescente de prescritores «fiéis» ao perindopril suscetível de limitar as pressões concorrenciais no que respeita a novos clientes, assim como a pequena propensão dos pacientes tratados com perindopril para mudarem de medicamento.

1413 Além disso, a Comissão referiu, na sua análise do mercado relevante, os esforços promocionais da Servier, considerando, nomeadamente, que a estabilidade das despesas promocionais sugeria a inexistência de exposição a grandes pressões concorrenciais.

1414 Por último, ao efetuar uma análise dos acontecimentos naturais de natureza tarifária, a Comissão considerou que a pressão exercida pelos genéricos do perindopril devia ser considerada fundamental na análise do mercado relevante e que o facto de a pressão exercida pelos genéricos prevalecer sobre

qualquer outra potencial limitação conduzia naturalmente a uma restrição do mercado relevante apenas em relação à molécula do perindopril (considerando 2546 da decisão recorrida). Além disso, no que respeita ao impacto do quadro regulamentar, a Comissão afirmou que este tinha amplamente limitado a exposição da Servier às limitações de preços, permitindo assim que esta atuasse de forma livre de qualquer pressão concorrencial (considerando 2527 da decisão recorrida).

1415 Por conseguinte, resulta da decisão recorrida que a Comissão não se limitou apenas ao fator do preço para definir o mercado relevante. Em particular, a utilização terapêutica do perindopril foi considerada um elemento relevante da análise do mercado. Por conseguinte, se, conforme resulta do quadro de análise explicitado nos n.ºs 1380 a 1404, *supra*, as recorrentes podem observar que se devem ter em conta as características terapêuticas dos medicamentos para definir o mercado relevante, não podem validamente afirmar que a Comissão não teve em consideração, no caso em apreço, todo o contexto económico, em particular a utilização terapêutica dos medicamentos.

1416 Assim, a Comissão não cometeu o erro de direito que as recorrentes lhe imputam a este respeito.

1417 Por conseguinte, a primeira parte da primeira alegação deve ser julgada improcedente.

*3) Quanto à segunda alegação, relativa ao facto de a Comissão ter ignorado a substituíbilidade terapêutica dos IEC*

1418 Na sua segunda alegação, as recorrentes afirmam, em substância, que a Comissão ignorou a substituíbilidade terapêutica entre os IEC. Afirmam, em primeiro lugar, que a Comissão considerou erradamente que o perindopril se distinguia dos outros IEC por qualidades específicas, em segundo lugar, que a concorrência entre os IEC estava viva no que respeita aos novos pacientes, em terceiro lugar, que a Comissão subestimou a propensão para mudar de medicamento dos pacientes tratados com perindopril e, por último, que as ações promocionais são uma das dimensões essenciais da concorrência no mercado em causa.

*i) Quanto à distinção entre o perindopril e os outros IEC em termos de eficácia e de efeitos secundários*

1419 Na decisão recorrida, nomeadamente nos considerandos 2449, 2499 e 2519, a Comissão considerou, em substância, que os inibidores do ECA eram uma classe de medicamentos heterogéneos no plano terapêutico, que esta heterogeneidade podia estar ligada às diferenças de eficácia e de tolerância ao nível individual e que o perindopril tinha uma utilização terapêutica distinta da utilização terapêutica dos outros IEC. Afirmou que, embora os IEC constituíssem uma classe de medicamentos na aceção do terceiro nível do sistema de classificação ATC utilizado pela OMS, seria, não obstante, incorreto considerar os inibidores da ECA uma simples classe homogénea. Em seu entender, o perindopril era cientificamente reconhecido por determinadas características que o distinguiam de outros IEC. Em apoio destas considerações, a Comissão baseou-se, nomeadamente, em recomendações médicas, num conjunto de estudos científicos, em documentos internos da Servier e numa sondagem realizada juntos de prescritores de perindopril.

1420 As recorrentes contestam a apreciação da Comissão segundo a qual os outros IEC não podem ser substituídos pelo perindopril no plano terapêutico, tendo em conta, nomeadamente, as características específicas em termos de eficácia e de efeitos secundários deste. Alegam que os IEC fazem parte de uma classe homogénea na qual não existe nenhuma diferença significativa que justifique que apenas a molécula do perindopril constitua um mercado distinto.

1421 Há que examinar todos os elementos pertinentes que permitem apreciar se os médicos prescritores consideravam que o perindopril era substituível por outros IEC no plano terapêutico. No caso em apreço, serão tidos em conta sucessivamente as informações de base relativas a este medicamento referidas na decisão recorrida, o sistema de classificação ATC, as recomendações médicas, os estudos

médicos, as políticas implementadas por determinadas autoridades locais do Reino Unido, os documentos internos da Servier, a sondagem realizada pela Comissão junto dos prescritores e as respostas dos produtores de outros IEC às questões colocadas pela Comissão.

- 1422 Em primeiro lugar, a decisão recorrida expõe a título preliminar, nos considerandos 2143 a 2164, as informações de base relativas ao perindopril no que respeita, nomeadamente, ao modo de ação, às indicações principais, às contraindicações e aos efeitos secundários deste medicamento.
- 1423 Importa observar que nenhum elemento de diferenciação entre o perindopril e os outros IEC resulta desta descrição das informações de base relativas ao perindopril.
- 1424 Quanto aos efeitos secundários, é certo que a decisão recorrida refere, no considerando 2149, que, segundo a literatura médica, o perindopril é geralmente bem tolerado, com um perfil de efeitos indesejáveis semelhante ao dos outros IEC, e que a Servier elogiou, nos seus documentos internos, o seu produto pelo seu nível elevado de tolerância e de respeito. Não obstante, há que sublinhar que resulta do próprio texto da literatura médica referida pela Comissão no considerando 2149 da decisão recorrida que o perfil de efeitos indesejáveis do perindopril é semelhante ao dos outros IEC. Na contestação, a Comissão reconhece expressamente doravante que os IEC produzem efeitos secundários semelhantes, o que não é referido na decisão recorrida.
- 1425 Assim, resulta da apresentação das informações de base relativas ao perindopril que figuram na decisão recorrida que o modo de ação, as indicações principais, as contraindicações e os efeitos secundários dos IEC são semelhantes.
- 1426 Em segundo lugar, o sistema de classificação ATC, que as autoridades de concorrência têm em conta para apreciar a substituíbilidade terapêutica entre medicamentos e determinar o mercado relevante, reparte os produtos farmacêuticos em cinco níveis diferentes e classifica-os segundo os órgãos que tratam e segundo as suas propriedades químicas, farmacológicas e terapêuticas. O terceiro nível da classificação ATC reagrupa os produtos farmacêuticos segundo as suas indicações terapêuticas, o quarto tem em consideração o modo de ação e o quinto define as classes mais restritas, abrangendo os princípios ativos considerados autonomamente.
- 1427 Resulta da prática decisória da Comissão no setor farmacêutico, em matéria de definição do mercado, que a análise é geralmente efetuada a partir do terceiro nível. Todavia, os outros níveis da classificação ATC podem igualmente ser tidos em conta sempre que se revelem pressões concorrenciais suficientemente fortes noutros níveis e que, por isso, o terceiro nível não permita uma correta definição do mercado (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 154).
- 1428 No caso em apreço, a Comissão não terminou a sua análise no terceiro nível da classificação ATC, mas definiu o mercado relevante no quinto nível desta classificação, ou seja, a molécula do perindopril, princípio ativo do Coversyl. Embora o facto de definir o mercado relevante no quinto nível da classificação ATC não seja em si mesmo criticável, há que constatar que todos os IEC, no total de dezasseis, são reagrupados, tanto no terceiro nível da classificação ATC, correspondente às indicações terapêuticas, como no quarto nível desta classificação, correspondente ao modo de ação, num mesmo grupo designado «[IEC] da angiotensina, exclusivamente».
- 1429 Assim, o sistema de classificação ATC não permite estabelecer uma distinção de qualquer natureza entre o perindopril e os outros IEC no que respeita à utilização terapêutica. Confirma, o que aliás não é contestado, que os IEC não diferem entre si em termos de indicações e de modo de ação.
- 1430 Em terceiro lugar, como sublinha corretamente a Comissão no considerando 2172 da decisão recorrida, a análise das relações entre os diferentes medicamentos anti-hipertensivos tem em conta recomendações médicas pertinentes.

- 1431 As recomendações médicas visam proporcionar uma informação equilibrada aos clínicos para ajudá-los a tomar decisões na sua prática diária. Baseiam-se em todas as fontes disponíveis de provas científicas, incluindo em grandes ensaios clínicos e a sua meta-análise. Fornecem resumos dos conhecimentos médicos disponíveis durante o período examinado.
- 1432 Na decisão recorrida, a Comissão procedeu à análise das recomendações comuns da OMS e da Sociedade Internacional da Hipertensão de 1999, das recomendações da Sociedade Europeia da Hipertensão e da Sociedade Europeia de Cardiologia de 2003 e de 2007, das recomendações da Sociedade Britânica da Hipertensão de 1999 e de 2004 e das recomendações do National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE, Instituto nacional para a saúde e a excelência clínica, Reino Unido) de 2004 e de 2006.
- 1433 Ora, as recomendações comuns da OMS e da Sociedade Internacional da Hipertensão de 1999 referem, no que respeita aos IEC, as mesmas indicações principais e secundárias e as mesmas contraindicações principais e secundárias. A decisão recorrida não destaca, nestas recomendações, qualquer elemento de diferenciação entre os IEC.
- 1434 As recomendações da Sociedade Europeia da Hipertensão e da Sociedade Europeia de Cardiologia de 2003 e de 2007, que foram aprovadas pelas sociedades de cardiologia ao nível nacional, nomeadamente em França, nos Países Baixos e no Polónia, analisam de forma global as propriedades, os efeitos e as indicações de todos os IEC e não incluem indicações que visam especificamente uma das moléculas desta classe de medicamentos. Não incluem qualquer subdivisão entre os medicamentos da classe dos IEC, contrariamente, por exemplo, aos medicamentos pertencentes à classe dos inibidores cálcicos e dos diuréticos. Estas recomendações defendem a alteração de classe de medicamento se um medicamento não for eficaz ou tolerado.
- 1435 As recomendações da Sociedade Europeia da Hipertensão e da Sociedade Europeia de Cardiologia referem, certamente, que mesmo diferentes produtos de uma mesma classe de medicamentos diferem segundo os tipos e a frequência dos efeitos secundários. Todavia, esta consideração não visa especificamente a classe dos IEC e não está acompanhada de qualquer precisão quanto aos medicamentos afetados e à natureza dos efeitos secundários em causa. Em seguida, a única referência das recomendações relativas à diferença dos efeitos secundários induzidos por diferentes produtos de uma mesma classe medicamentosa não permite demonstrar a existência concreta de uma diferença entre o perindopril e os outros IEC no que respeita aos efeitos secundários.
- 1436 De igual modo, a Comissão afirma, no considerando 2181 da decisão recorrida, que, segundo as recomendações da Sociedade Europeia da Hipertensão e da Sociedade Europeia de Cardiologia, a seleção de um medicamento contra a hipertensão deve ser baseada no paciente individual, o que teria uma importância considerável para a avaliação do mercado relevante. Mas a circunstância destas recomendações referirem que os indivíduos são diferentes quanto à sua suscetibilidade a determinado efeito secundário não permite deduzir que existe uma diferença entre os IEC no que respeita aos efeitos secundários. Daqui resulta que as recomendações europeias para o tratamento da hipertensão não incluem qualquer elemento que permita distinguir o perindopril dos outros IEC em termos de utilização terapêutica.
- 1437 As recomendações da Sociedade Britânica da Hipertensão de 1999 e de 2004 referem a existência de indicações, de contraindicações e de efeitos secundários, nomeadamente a tosse, que são comuns a todos os medicamentos da classe dos IEC. As recomendações do NICE de 2004 e de 2006 incluem indicações sobre os medicamentos que devem ser prescritos em primeira e segundo linha, mas não estabelecem, deste ponto de vista, qualquer distinção entre os IEC.

- 1438 Assim, as recomendações médicas analisadas na decisão recorrida, que fornecem uma informação equilibrada aos clínicos baseada em todas as fontes disponíveis de provas científicas, incluindo grandes ensaios clínicos e sua meta-análise, não estabelecem qualquer diferença entre os medicamentos da classe dos IEC. Estas recomendações confirmam, como a classificação ATC, a homogeneidade da classe dos IEC no plano da utilização terapêutica.
- 1439 Em quarto lugar, a Comissão analisou, na decisão recorrida, estudos médicos relativos ao perindopril, designadamente, os estudos disponíveis no início do período examinado e os estudos publicados nos anos 2000.
- 1440 No que respeita aos estudos médicos relativos ao perindopril disponível no início dos anos 2000, a decisão recorrida baseia-se em dois artigos publicados em 2001.
- 1441 O primeiro artigo refere, nomeadamente, o facto de o perindopril ser um IEC bem tolerado, que, para os pacientes com hipertensão ligeira média, é significativamente melhor em termos de resposta clínica do que o captopril e tão eficaz como outros IEC. O segundo artigo refere que a capacidade do perindopril diminuir a pressão arterial é comparável, ou melhor, à capacidade dos outros agentes anti-hipertensivos na sua classe terapêutica e que a hipotensão de primeira dose causada por uma grande diminuição da pressão arterial acontece com menos frequência com o perindopril do que com os outros IEC, uma vantagem para determinadas categorias de pacientes.
- 1442 A decisão recorrida daqui deduz que, à data da publicação destes artigos, já existia um importante corpus científico que sugeria que o perindopril devia ser considerado um IEC de primeiro plano. Todavia, há que constatar que, embora estes dois artigos considerem efetivamente que o perindopril é eficaz ou melhor que as outras terapias em termos de redução da pressão arterial, a superioridade do perindopril a este respeito só é alegada, por apenas um destes dois artigos, em relação a um dos dezasseis IEC, o captopril. Além disso, estes artigos não permitem afirmar que o perindopril se distingue positivamente, no que respeita à redução da pressão arterial, dos outros IEC, nomeadamente dos medicamentos, tais como o ramipril, o lisinopril ou o enalapril, que a Servier considera concorrentes do perindopril.
- 1443 Por outro lado, embora o segundo artigo estabeleça que o perindopril se distingue positivamente dos outros IEC no que respeita à hipotensão de primeira dose causada por uma grande diminuição da pressão arterial, não se pronuncia sobre a importância que deve ser concedida a esta superioridade relativa do perindopril e não examina as vantagens terapêuticas que os outros IEC podem apresentar, por sua vez, em relação ao perindopril.
- 1444 No que respeita aos estudos médicos publicados nos anos 2000, ou seja, no decurso do período examinado, a Comissão refere, no considerando 2208 da decisão recorrida, que analisou os principais estudos que implicam a utilização do perindopril a que se referem os documentos de estratégia interna da Servier.
- 1445 Assim, os estudos Progress (publicado em 2001), Europa (publicado em 2003), ASCOT-BPLA (publicado em 2005), Preami e CAFE (publicados em 2006), Advance (publicado em 2007) e HYVET (publicado em 2008) demonstram que existiam relativamente ao perindopril, associado ou não com outros medicamentos, provas científicas de eficácia na redução dos riscos de acidentes vascular cerebral, na prevenção dos riscos de ocorrências cardiovasculares graves que provocam patologias coronárias e na redução progressiva da remodelação da função ventricular esquerda.
- 1446 Todavia, nenhum dos estudos médicos acima referidos no n.º 1445 compara a eficácia do perindopril à dos outros IEC e afirma que o perindopril é relativamente mais eficaz que os outros IEC. Nestas condições, os estudos analisados pela Comissão não permitem considerar que o perindopril se distinguiu dos outros IEC em termos de eficácia.

- 1447 Além disso, na decisão recorrida não foram analisados todos os estudos que implicam a utilização do perindopril nos anos 2000, nomeadamente um destes que não se afigurava favorável a este medicamento. O estudo PEP-CHF (publicado em 2006), que tinha por objetivo demonstrar a eficácia do perindopril no tratamento da insuficiência cardíaca, não foi analisado pela Comissão. Segundo o relatório do professor V., realizado a pedido da Servier e apresentado por esta no âmbito das suas observações em resposta à comunicação de acusações, os resultados deste estudo, que foi interrompido, mas cujos resultados foram, não obstante, publicados, não demonstraram qualquer eficácia do perindopril no domínio da insuficiência cardíaca. Este estudo médico faz com que sejam relativizadas as provas científicas de eficácia que existiam em relação ao perindopril no decurso do período examinado.
- 1448 Por outro lado, a decisão recorrida não analisou os estudos médicos publicados nos anos 2000 que implicam a utilização de outros IEC, apesar de estes estudos figurarem nos documentos de estratégia interna da Servier. A Comissão não examinou os estudos médicos relativos ao ramipril (ASCOT-BPLA, HOPE), ao enalapril (SOLVD e ANBP2) e ao trandolapril (TRACE), referidos no considerando 2234 da decisão recorrida. O estudo Cochrane, que a Servier referiu no âmbito das suas observações em resposta à comunicação de acusações e que analisa a eficácia relativa de catorze IEC em termos de eficácia anti-hipertensiva, não é referido na decisão recorrida.
- 1449 A falta de análise pela Comissão dos estudos que implicam a utilização de outros IEC obsta a que, a título acessório, os estudos médicos apresentados na decisão recorrida sejam considerados demonstrativos da existência de uma eficácia específica do perindopril entre os IEC.
- 1450 Entre estes estudos, o estudo HOPE (publicado em 2000) não foi analisado pela Comissão apesar de ter sido referido várias vezes nos documentos de estratégia interna da Servier e de constituir, segundo os planos de orientação da Servier, um estudo importante que permitiu ao ramipril beneficiar de uma nova indicação que contribui para um sucesso comercial significativo e que foi utilizado pela Sanofi-Aventis no âmbito de uma comunicação que salienta a capacidade do ramipril para salvar vidas. Contrariamente ao que alega a Comissão, o conteúdo do estudo HOPE não foi analisado na decisão recorrida, sendo que indica apenas, no considerando 2493, que a interpretação potencial dada a este estudo depende muito amplamente da forma como os estudos são comunicados aos prescritores no âmbito dos esforços promocionais dos produtores, consideração que não constitui uma análise do conteúdo deste estudo.
- 1451 O estudo médico Cochrane (publicado em abril de 2009) é uma meta-análise que aprecia a eficácia relativa dos IEC na redução da pressão arterial com base nos 92 estudos anteriores que implicam catorze IEC. Importa observar que a capacidade para reduzir a pressão arterial constitui de forma evidente um elemento essencial para apreciar a eficácia relativa dos IEC. Ora, o estudo Cochrane, assim como as recorrentes sublinham corretamente, conclui que nenhum IEC se afigura melhor ou pior que os outros em termos de eficácia anti-hipertensiva. Embora o estudo Cochrane tenha sido publicado no fim do período examinado, é, não obstante, relevante para apreciar a eficácia relativa dos IEC, na medida em que se baseia num grande número de estudos anteriores, incluindo os que não foram analisados pela Comissão na decisão recorrida.
- 1452 A Comissão alega que a conclusão do estudo Cochrane é que não é possível excluir que existe uma diferença entre um ou vários dos medicamentos em causa no que respeita à sua capacidade para baixar a pressão arterial e que, para analisar se tais diferenças existem, ou não, entre os diferentes medicamentos, são necessários ensaios comparativos dos diferentes IEC em doses equivalentes de baixa de tensão arterial. Este argumento deve ser julgado improcedente, uma vez que a consideração do estudo quanto à existência de uma incerteza quanto às diferenças na capacidade dos IEC para baixarem a tensão arterial figura na parte «Discussão» do estudo e não constitui uma das suas conclusões. O número relevante da parte «Discussão» do estudo termina com a constatação de que é muito provável que o efeito praticamente máximo de redução da tensão arterial dos diferentes IEC seja o mesmo.

- 1453 Por outro lado, a Comissão afirma que o estudo Cochrane não analisou corretamente, com base nos dados de que os seus autores dispunham, a questão dos efeitos secundários. Mas, em todo caso, esta circunstância não tem impacto na conclusão do estudo relativo à inexistência de diferença significativa entre os IEC em termos de redução da pressão arterial. Além disso, quanto ao argumento da Comissão segundo o qual o estudo destaca as diferenças entre IEC no que respeita à relação dose-eficácia, a disponibilidade das diferentes doses e o tempo de produção de efeitos, há que referir que o estudo não sublinha a existência de diferenças significativas entre os IEC no plano terapêutico e conclui, pelo contrário, que prescrever o IEC menos caro pela dose mais pequena permitirá economias substanciais.
- 1454 Assim, a argumentação da Comissão não permite pôr em causa uma das conclusões essenciais do estudo Cochrane, que figura explicitamente nas suas conclusões e o seu resumo, segundo a qual nenhum IEC se afigura melhor ou pior que os outros em termos de eficácia anti-hipertensiva.
- 1455 A falta de diferenciação do perindopril em relação a outros IEC, nomeadamente em termos de eficácia, é confirmada pelo relatório do professor V., realizado a pedido da Servier, que não é contestado pela Comissão. Este relatório, que examina os resultados dos estudos médicos que implicam a utilização do perindopril e os resultados de estudos médicos dos anos 1980, 1990 e 2000 que implicam a utilização de outros IEC, nomeadamente os estudos SAVE relativos ao captopril, AIRE e HOPE relativos ao ramipril, Consensus e SOLVD relativos ao enalapril, refere que, com exceção do captopril e, numa medida muito menor, do enalapril, todos os IEC são compatíveis com uma única administração por dia nas duas principais indicações desta classe, ou seja, a hipertensão arterial e a insuficiência cardíaca. O relatório sublinha, como o estudo Cochrane, que os estudos médicos não apresentavam qualquer diferença na eficácia anti-hipertensiva dos diferentes IEC. Expõe que, no domínio da insuficiência cardíaca, os efeitos favoráveis desta classe terapêutica são, segundo os estudos disponíveis relativamente ao captopril, ao enalapril, ao ramipril, ao quinapril e ao lisinopril, partilhados por todos os IEC. Embora o perindopril disponha de provas de eficácia no domínio da prevenção cardiovascular, não dispõe, em contrapartida, de tais provas nos domínios da insuficiência cardíaca.
- 1456 O relatório do professor V. conclui que, para cada uma das cinco classes terapêuticas utilizadas no tratamento da hipertensão arterial, em particular os IEC, os efeitos terapêuticos são atribuíveis aos efeitos de classe e não às propriedades individuais das moléculas prescritas. O ramipril é, segundo este relatório, o IEC de segunda geração em relação ao qual é possível dispor de mais dados baseados em provas científicas resultantes de ensaios clínicos aleatórios e que se tornou, com base no seu excelente perfil farmacológico e na grande qualidade dos seus dados probatórios, sobretudo no domínio da insuficiência cardíaca, o líder incontestado do mercado dos medicamentos anti-hipertensivos. De acordo com este relatório, o perindopril é um IEC como os outros, que não é nem o mais potente nem o que apresenta o melhor perfil farmacológico. Para o perindopril, é possível dispor de dados baseados em elementos probatórios no domínio da prevenção cardiovascular, mesmo se os resultados obtidos não demonstrarem necessariamente que o efeito observado é atribuído ao perindopril. Em contrapartida, não é possível dispor de dados baseados em elementos probatórios nos domínios da insuficiência cardíaca e da nefropatia diabética.
- 1457 Resulta do exposto que os estudos médicos publicados não revelam que o perindopril difere dos outros IEC no plano terapêutico, nomeadamente em termos de eficácia. A análise dos estudos médicos demonstra, além disso, que, se é possível dispor em relação ao perindopril de provas de eficácia, tal é igualmente o caso para outros IEC, como o enalapril, o lisinopril ou o ramipril, aliás, em relação a este, com mais provas de eficácia no domínio da insuficiência cardíaca.
- 1458 Em quinto lugar, as recorrentes alegam que as políticas implementadas pelas autoridades locais competentes no domínio da saúde no Reino Unido corroboram o facto de que é possível substituir o perindopril por outros IEC do ponto de vista terapêutico. Apresentam, em apoio da sua argumentação, vários anexos relativos à política implementada pelos PCT.

- 1459 A este respeito, a Comissão alega, por um lado, que o anexo C 29 relativo aos PCT da Escócia e da Irlanda do Norte apresentado pelas recorrentes deve ser julgado inadmissível e, por outro, que a utilização pelas recorrentes de todos os anexos A 286, A 287 e C 29 relativos às políticas implementadas pelas autoridades locais do Reino Unido violava o artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e o artigo 76.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.
- 1460 Nos termos do artigo 85.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, em apoio da sua argumentação, as partes principais podem ainda apresentar ou oferecer provas na réplica e na tréplica, desde que o atraso na apresentação desses elementos seja justificado. Todavia, resulta da jurisprudência que a contraprova e a ampliação da prova oferecidas na sequência da apresentação de uma prova contrária pela outra parte na contestação não são abrangidas pela norma de preclusão da referida disposição. Com efeito, esta disposição é relativa às ofertas de prova novas e deve ser lida à luz do artigo 92.º, n.º 7, do referido regulamento, que prevê expressamente que a contraprova e a ampliação das provas dependem da decisão do Tribunal (Acórdãos de 17 de dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão*, C-185/95 P, EU:C:1998:608, n.ºs 71 e 72, e de 5 de dezembro de 2006, *Westfalen Gassen Nederland/Comissão*, T-303/02, EU:T:2006:374, n.º 189).
- 1461 No caso em apreço, os elementos de prova relativos aos PCT da Escócia e da Irlanda do Norte apresentados pelas recorrentes no anexo C 29 não podem ser declarados inadmissíveis por terem sido apresentados na réplica em violação do artigo 85.º, n.º 2, do Regulamento de Processo. Com efeito, como as recorrentes referem no n.º 417 da réplica, os elementos avançados no anexo C 29 respondem à crítica que figura na contestação da Comissão sobre o caráter individual e sobre o impacto apenas teórico das políticas implementadas pelos PCT. Por conseguinte, a norma de preclusão prevista no artigo 85.º, n.º 2, do Regulamento de Processo não é aplicável a seu respeito, pelo que os elementos de prova em causa são admissíveis.
- 1462 Em seguida, no que respeita à utilização dos anexos A 286 e A 287, juntos à petição apresentada em 21 de setembro de 2014 e relativos às recomendações e às políticas implementadas pelas autoridades locais no Reino Unido, há que constatar que a sua utilização é conforme ao artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e ao artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991, então aplicável. De igual modo, a utilização do anexo C 29, junto à réplica apresentada em 29 de julho de 2015 e relativo aos documentos provenientes dos PCT da Escócia e da Irlanda do Norte, é conforme ao artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e ao artigo 76.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral. Segundo jurisprudência constante, para que uma ação seja admissível, é necessário que os elementos essenciais de facto e de direito em que esta se baseia resultem, pelo menos sumariamente, mas de um modo coerente e compreensível, do texto da própria petição. Esta interpretação do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e do artigo 44.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 2 de maio de 1991 abrange também os requisitos de admissibilidade da réplica, que se destina a completar a petição (Acórdão de 17 de setembro de 2007, *Microsoft/Comissão*, T-201/04, EU:T:2007:289, n.ºs 94 e 95, e jurisprudência referida). No caso em apreço, mesmo que os anexos A 286, A 287 e C 29 sejam volumosos e contenham uma série de documentos, as recorrentes referem no corpo da petição, e em seguida na réplica, os argumentos de facto e de direito que invocam. As recorrentes estabelecem, pela apresentação destes anexos que contêm documentos provenientes dos PCT do Reino Unido, incluindo da Escócia e da Irlanda do Norte, a sua argumentação destinada a demonstrar que os PCT se pronunciaram sobre a equivalência terapêutica entre o perindopril e os outros IEC, incentivaram os médicos generalistas a substituir o perindopril por outros IEC e que estas políticas, que não têm um caráter individual, tiveram um impacto real no pedido ao nível local.
- 1463 Por conseguinte, a Comissão não tem fundamento para defender que os anexos A 286, A 287 e C 29 apresentados pelas recorrentes devem ser excluídos dos debates.

- 1464 Quanto ao resto, resulta dos documentos dos autos, nomeadamente do considerando 2280 da decisão recorrida, que alguns PCT consideraram expressamente, a partir do ano 2005, que o perindopril não era mais eficaz que outro IEC e preconizaram, por razões de custo, a utilização de IEC distintos do perindopril, ou até a substituição do perindopril por outro IEC, em particular, o lisinopril ou o ramipril. A Comissão alega erradamente que os documentos relativos aos PCT apresentados pelas recorrentes demonstram considerações e reflexões individuais. Com efeito, estas políticas implementadas pelas autoridades competentes, que, além disso, emanam de um número significativo de PCT situados em várias regiões do Reino Unido, não podem ser consideradas meras reflexões individuais. Independentemente dos efeitos concretos das iniciativas das PCT, a apreciação destas entidades sobre a possibilidade de substituir o perindopril pelos outros IEC tende a contradizer a análise da Comissão sobre a heterogeneidade da classe dos IEC.
- 1465 Por conseguinte, as políticas implementadas pelas autoridades locais competentes no domínio da saúde no Reino Unido corroboram o facto de o perindopril não se distinguir dos outros IEC do ponto de vista terapêutico.
- 1466 Em sexto lugar, a Comissão, erradamente, extraiu argumentos dos documentos internos da Servier para demonstrar a existência de qualidades terapêuticas específicas do perindopril em relação a outros IEC.
- 1467 A título preliminar, importa recordar que, segundo as regras geralmente aplicáveis em matéria de prova, a credibilidade e, portanto, o valor probatório de um documento dependem da sua origem, das circunstâncias da sua criação, do seu destinatário e do carácter razoável e fidedigno do seu conteúdo (v., neste sentido, Acórdãos de 24 de outubro de 1991, Atochem/Comissão, T-3/89, EU:T:1991:58, n.ºs 31 a 38, e de 11 de março de 1999, Ensidesa/Comissão, T-157/94, EU:T:1999:54, n.º 312; Conclusões do juiz B. Vesterdorf exercendo funções de advogado-geral no processo Rhône-Poulenc/Comissão, T-1/89, EU:T:1991:38).
- 1468 No caso em apreço, os documentos internos da Servier, na medida em que contêm apreciações sobre a utilização terapêutica dos IEC destinadas a assegurar a promoção do perindopril, não constituem, ao contrário das recomendações médicas, um resumo equilibrado dos conhecimentos científicos. Também não se baseiam, contrariamente aos estudos médicos, numa metodologia destinada a assegurar a fiabilidade dos resultados obtidos. Os extratos destes documentos internos devem, assim, ser analisados tendo em conta o facto de que prosseguem, alguns destes, um objetivo promocional.
- 1469 Assim, resulta dos documentos de estratégia interna que a Servier apresentou as características do perindopril de forma favorável no âmbito das mensagens promocionais destinadas aos médicos. Os documentos que resumem as ações promocionais da Servier sublinham os resultados positivos do perindopril e até evocam, com base em estudos médicos, um modo de ação único, a possibilidade de diferenciar positivamente o perindopril dos seus concorrentes, ou até uma superioridade do perindopril em relação a outros IEC em domínios tais que a rácio de variação da sua concentração plasmática, a eficácia para a redução da pressão arterial, a sinergia de associação com um diurético ou a proteção cardiovascular.
- 1470 Todavia, conforme referido anteriormente, o conteúdo destas mensagens deve ser analisado tendo em conta o seu objetivo promocional. A este respeito, importa observar, antes de mais, que a Comissão não contesta a afirmação das recorrentes segundo a qual todos os IEC se apresentavam como sendo os melhores no âmbito das suas respetivas mensagens promocionais. Por outro lado, os documentos de estratégia interna da Servier, mas também os planos de orientação, os planos de lançamento e as mensagens promocionais de outros IEC que figuram nos autos, demonstram que as campanhas promocionais de outros IEC, como as do ramipril, do lisinopril ou do trandolapril, são igualmente muito elogiosas na apresentação das características terapêuticas destes medicamentos. As campanhas promocionais dos outros IEC descrevem frequentemente o seu medicamento como um produto líder, um medicamento único entre os IEC e qualificam-no como produto de referência ou como melhor

escolha. Estas campanhas de comunicação sublinham as vantagens alegadas do medicamento em causa na classe dos IEC, em termos de indicações, de eficácia ou de tolerância. Por vezes incluem comparações diretas com o perindopril e invocam, para algumas destas, uma superioridade do medicamento em relação ao perindopril. Nestas condições, o conteúdo das mensagens que visam promover o perindopril que figuram nos documentos de estratégia interna da Servier não permite considerar que este medicamento se diferencia dos outros IEC no plano terapêutico.

- 1471 Por outro lado, os documentos de estratégia interna da Servier, considerados no seu conjunto, não revelam uma superioridade terapêutica do perindopril sobre os outros IEC. Resulta destes documentos que outros IEC, tais como o ramipril, o lisinopril e o enalapril, dispõem de vantagens em termos de provas de indicações e de eficácia, graças a estudos como o TRACE, o AIRE ou o HOPE. Em particular, o ramipril é evocado como um medicamento para o qual existem provas de eficácia no domínio da insuficiência cardíaca, junto dos pacientes com alto risco cardiovascular e junto dos pacientes diabéticos.
- 1472 Por último, a Comissão expõe, nomeadamente nos considerandos 2224 a 2236 da decisão recorrida, que, segundo os documentos internos da Servier, as campanhas promocionais tiveram nomeadamente por objetivo diferenciar o perindopril dos outros IEC. Todavia, resulta destes mesmos documentos que as campanhas de comunicação não permitiram diferenciar de forma suficiente, do ponto de vista dos médicos, o perindopril de outros IEC. Estes documentos referem, por exemplo, um estudo qualitativo realizado em julho de 2007 junto de médicos generalistas e de cardiologistas segundo o qual o perindopril e o ramipril eram considerados semelhantes. O plano de orientação dos anos 2009-2010 sublinha, no fim do período examinado, a falta de diferenciação em relação ao ramipril. Quanto aos Países Baixos, os planos de orientação 2006-2007, 2007-2008 e 2008-2009 referem que muitos médicos generalistas consideravam que o lisinopril era equivalente ao perindopril.
- 1473 Por conseguinte, os documentos internos da Servier não demonstram que o perindopril era reconhecido pelas qualidades terapêuticas específicas que o diferenciavam dos outros IEC. Embora a empresa tenha tentado, como outras empresas que comercializam IEC, promover e diferenciar de forma positiva o perindopril através de uma comunicação elogiosa, esta estratégia não permitiu, segundo estes mesmos documentos, diferenciar suficientemente o perindopril dos outros IEC.
- 1474 Em sétimo lugar, a Comissão baseou a sua apreciação da substituibilidade terapêutica do perindopril numa sondagem efetuada junto dos prescritores.
- 1475 Para determinar os destinatários dos questionários, a Comissão baseou-se numa lista de prescritores de perindopril fornecido pela Servier e que devia incluir, nomeadamente, todos os cardiologistas e médicos generalistas com os quais a Servier tinha relações profissionais e comerciais. Embora algumas destas listas contivessem quase todos os prescritores, tal não é o caso da lista dos médicos generalistas franceses e do Reino Unido. Nestas condições, existe, como alega a Servier, um viés de seleção relativo a estas duas categorias de destinatários. Há que constatar que este viés é suscetível de ter tido impacto nos resultados da sondagem para estas duas, na medida em que é possível que os médicos com relações profissionais com a Servier tenham privilegiado, mais do que outros prescritores que não se encontram nesta situação, a prescrição do perindopril no âmbito da sua prática profissional.
- 1476 Por outro lado, a apresentação de determinados resultados da sondagem não corresponde às questões colocadas aos médicos prescritores. Assim, a Comissão apresentou, no considerando 2392 da decisão recorrida, a percentagem de inquiridos para os quais o perindopril era um tratamento de primeira ou de segunda linha favorito para a hipertensão essencial (primitivo), para as cardiopatias isquémicas crónicas e para a insuficiência cardíaca. Ora, as recorrentes sublinham, sem serem contestadas, que a própria sondagem não evoca qualquer tratamento «favorito», mas coloca a questão de saber para que patologias cardiovasculares o perindopril é prescrito como «tratamento de primeira/segunda linha preferencialmente a outros tratamentos». Uma resposta positiva a esta questão não implica que o perindopril é prescrito preferencialmente aos outros IEC e não permite saber em que proporção o

perindopril é prescrito em tratamento de primeira linha para a hipertensão arterial. De igual modo, uma resposta positiva às questões relativas à eficácia específica do perindopril sobre determinadas categorias de pacientes e aos seus efeitos secundários mais raros junto de determinadas categorias de pacientes não implica necessariamente, tendo em conta a formulação das questões, que o perindopril se diferencie dos outros IEC, segundo o médico prescritor.

1477 Quanto ao restante, decorre dos resultados desta sondagem que, para 51% dos inquiridos, existia, para 81% a 100% dos pacientes que iniciou um tratamento com perindopril, um medicamento equivalente. Daqui se deduz que, para uma maioria dos médicos interrogados, era possível, do ponto de vista terapêutico, substituir o perindopril por outro medicamento, e isto para a maioria dos pacientes que começaram um tratamento. Aliás, a Comissão reconheceu, no considerando 2454 da decisão recorrida, que uma maioria dos inquiridos considerava que outros medicamentos eram alternativas terapêuticas equivalentes ao perindopril. A Comissão refere igualmente que os clínicos colocavam mais frequentemente como alternativa o ramipril em França, na Polónia e no Reino Unido e o enalapril e o lisinopril nos Países Baixos.

1478 Resulta do exposto que a sondagem realizada pela Comissão não corrobora a tese de uma diferenciação do perindopril em relação aos outros IEC.

1479 Em oitavo lugar, resulta das respostas às questões colocadas pela Comissão aos produtores de outros IEC, analisadas nos considerandos 2255 e seguintes da decisão recorrida, que a AstraZeneca, produtora do lisinopril, considerava o perindopril entre cinco outros IEC como um substituto do seu lisinopril até à data de expiração da sua patente. No mesmo sentido, a Merck Sharp & Dohme (MSD), que produz o enalapril e o lisinopril, declarou que a Servier é uma das empresas que rivaliza com a mesma no domínio da hipertensão e que o seu produto, o perindopril, é um dos tratamentos suscetíveis de serem utilizados como tratamento alternativo para os seus tratamentos anti-hipertensivos. Por outro lado, embora a Sanofi-Aventis considere, como referiu a Comissão na decisão recorrida, que o perindopril e o ramipril não são «substitutos um do outro», isto sucede à luz, por um lado, da população sensivelmente maior que pode beneficiar do ramipril tendo em conta as suas indicações mais amplas no domínio da redução da mortalidade cardiovascular e, por outro, da variedade de dosagens à partida mais extensa do ramipril. Ora, embora estes elementos, admitindo que estão provados, sejam suscetíveis de limitar as possibilidades de substituir o perindopril pelo ramipril, não são, em todo caso, suscetíveis de limitar as possibilidades de substituir o ramipril pelo perindopril. Assim, não obstam a que o ramipril possa ser considerado um produto substituível ao perindopril no plano terapêutico.

1480 Resulta do exposto que as respostas dos produtores de medicamentos originais às questões colocadas pela Comissão tendem a confirmar que os outros IEC podem ser substituídos, no plano terapêutico, pelo perindopril.

1481 Tendo em conta todos os documentos dos autos, há que concluir que não existe diferença significativa entre o perindopril e os outros IEC no plano terapêutico, incluindo em termos de eficácia e de efeitos secundários. Não existe nos autos prova científica objetiva de uma superioridade terapêutica do perindopril em relação aos outros IEC. Os IEC são em grande medida considerados substituíveis entre si pelos prescritores e existem vários medicamentos considerados pelos médicos como equivalentes terapêuticos ao perindopril. Por conseguinte, a Comissão considerou erradamente que a classe dos IEC era heterogénea e que o perindopril tinha características terapêuticas específicas nesta classe de medicamentos.

1482 Por conseguinte, há que julgar procedente a argumentação das recorrentes segundo a qual a Comissão cometeu um erro na análise da substituíbilidade terapêutica dos IEC.

*ii) Quanto ao fenómeno de «inércia» dos médicos em relação a novos pacientes*

- 1483 Resulta dos considerandos 2388, 2511 e seguintes, e 2539 e seguintes da decisão recorrida que a Comissão considerou o perindopril um «bem de experiência» sujeito a uma pressão concorrencial restrita nos novos pacientes, devido a um fenómeno muito conhecido de «inércia» dos médicos. Com efeito, mesmo que os médicos tenham acesso a várias terapias, têm naturalmente tendência para prescrever aos novos pacientes os medicamentos que se revelaram eficazes no passado.
- 1484 Segundo a Comissão, o perindopril tinha acumulado, ainda antes do período examinado, uma grande base de pacientes para uso continuado. O fenómeno de «inércia» dos médicos, que restringe a substituibilidade entre as terapias disponíveis, constituiu um mecanismo que permitia consolidar a base de clientes do perindopril. A existência de um grupo crescente de prescritores fiéis entre os médicos explica o crescimento contínuo da base de pacientes tratados com perindopril.
- 1485 As recorrentes contestam esta apreciação da Comissão alegando, em substância, que a concorrência estava viva entre os produtores de IEC no que respeita aos novos pacientes e que não existia «inércia» significativa dos médicos, mas apenas uma falta de sensibilidade dos prescritores aos preços.
- 1486 A título preliminar, importa observar que o fenómeno de «inércia» dos médicos, que a Comissão define como a tendência «natural» para prescrever aos novos pacientes os medicamentos que deram bons resultados em antigos pacientes é, como afirma a própria Comissão no considerando 2540 da decisão recorrida, um elemento que pode variar no tempo e depende do tipo de patologia. Trata-se de uma questão empírica que exige um cuidadoso exame casuístico.
- 1487 Como declarou o Tribunal Geral no processo que deu origem ao Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão (T-321/05, EU:T:2010:266), a «inércia» que caracteriza as práticas de prescrição pode ter a sua origem na prudência que normalmente caracteriza a atitude dos médicos em relação a um produto novo cujas propriedades ainda conhecem mal propriedades e, mais especificamente, nos seus receios substanciais quanto aos eventuais efeitos secundários deste produto, por exemplo eventuais efeitos cancerígenos (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.ºs 91, 92 e 98).
- 1488 Assim, importa apreciar, nas circunstâncias do caso em apreço, em que medida um fenómeno de «inércia» dos médicos pôde restringir a substituibilidade entre as terapias disponíveis e explicar a evolução da base de pacientes tratadas com perindopril, qualificada de crescimento contínuo pela Comissão.
- 1489 Em primeiro lugar, não resulta dos documentos dos autos, conforme referido anteriormente, que os IEC eram heterogêneos no plano terapêutico. Pelo contrário, não existe diferença significativa entre o perindopril e os outros IEC no plano terapêutico, incluindo em termos de eficácia e de efeitos secundários. Na falta de heterogeneidade da classe dos IEC, nenhum elemento limitava, por conseguinte, a latitude de que dispunham os médicos para prescrever IEC distintos do perindopril. Os documentos dos autos não sugerem, nomeadamente, que os outros IEC suscitavam receios específicos quanto aos seus eventuais [efeitos] secundários. Nestas condições, não existem, no caso em apreço, receios específicos quanto à utilização terapêutica ou aos eventuais efeitos secundários dos IEC que eram suscetíveis de suscitar um grande grau de «inércia» dos médicos que já tiveram oportunidade de prescrever o perindopril, quando estes médicos optavam por prescrever algum dos IEC para os novos pacientes.
- 1490 Importa sublinhar que a situação do perindopril em relação a outros IEC distingue-se da situação dos IPP em relação aos anti-H2 no processo que deu origem ao Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão (T-321/05, EU:T:2010:266). Com efeito, neste processo, os IPP e os anti-H2 eram objeto de uma utilização diferenciada, sendo os IPP prescritos para tratar essencialmente as formas graves das doenças gastrointestinais ligadas à hiperacidez e sendo os anti-H2 prescritos para

tratar as formas menos graves destes (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 72). Os anti-H2 não podiam exercer pressão concorrencial significativa sobre os IPP, tendo em conta, nomeadamente, a importância concedida pelos médicos e pelos pacientes à superioridade terapêutica dos IPP (v., neste sentido, Acórdão de 6 de dezembro de 2012, AstraZeneca/Comissão, C-457/10 P, EU:C:2012:770, n.º 58). No caso em apreço não é demonstrada qualquer superioridade terapêutica do perindopril em relação aos outros IEC suscetível de obstar ao exercício de uma pressão concorrencial significativa dos IEC contra o perindopril no que respeita aos novos pacientes.

<sup>1491</sup> Além disso, o perindopril foi lançado após vários outros IEC, nomeadamente, após o lisinopril e o enalapril nos mercados da França, dos Países Baixos e do Reino Unido, e após o enalapril no mercado da Polónia. Assim, o perindopril não era suscetível de beneficiar, em relação aos IEC introduzidos no mercado antes do mesmo, de um fenómeno de «inércia» ligada à prudência que caracterizam normalmente a atitude dos médicos em relação a um produto novo cujas propriedades conhecem mal.

<sup>1492</sup> Assim, não resulta dos documentos dos autos que o perindopril podia beneficiar, em relação aos outros IEC, de um grau específico de «inércia» das práticas de prescrição dos médicos atendendo às propriedades terapêuticas dos IEC e da data de introdução no mercado deste medicamento.

<sup>1493</sup> Em segundo lugar, o fundamento da decisão recorrida segundo o qual o perindopril tinha acumulado, ainda antes do período examinado, uma grande base de pacientes em tratamento contínuo deve ser fortemente relativizado.

<sup>1494</sup> Resulta dos documentos dos autos que, em janeiro de 2000, o perindopril dispunha, em todos os países em causa, de uma base de pacientes muito mais reduzida do que outros IEC tais como o ramipril, o enalapril ou o lisinopril. Em termos de vendas de comprimidos e de cápsulas, o perindopril estava classificado na quarta posição no Reino Unido, atrás do lisinopril, do enalapril e do ramipril, com um volume de vendas mais de três vezes inferior ao do lisinopril, em terceira posição nos Países Baixos, atrás do enalapril e do lisinopril, com um volume de vendas mais de dez vezes inferior ao do enalapril, em segunda posição em França, atrás do ramipril, e em segunda posição na Polónia, atrás do enalapril, com um volume de vendas cerca de seis vezes inferior ao do enalapril.

<sup>1495</sup> Nestas condições, admitindo demonstrada a existência de um mecanismo de «inércia» nas práticas de prescrição dos médicos, tal fenómeno não era suscetível de beneficiar particularmente o perindopril tendo em conta a importância relativa da sua base de pacientes em tratamento contínuo em relação a dos outros IEC que dispõem de uma posição mais forte em termos de volume de vendas.

<sup>1496</sup> Em terceiro lugar, a constatação pela decisão recorrida do aumento contínuo da base de pacientes tratados com perindopril e, mais geralmente, a constatação do sucesso comercial do perindopril devem igualmente ser relativizadas atendendo à situação dos outros IEC.

<sup>1497</sup> Entre os IEC, resulta dos documentos dos autos que o perindopril não é o medicamento da classe dos IEC que teve maior sucesso no decurso do período em causa. Embora a decisão recorrida refira, no considerando 2129, que as vendas mundiais de produtos que contêm o perindopril da Servier atingiram mais de 800 milhões de euros no melhor ano, nenhuma ordem de grandeza dos volumes de negócios mundiais realizados pelos outros produtores de IEC figura na referida decisão. A este respeito, as recorrentes indicaram na audiência, sem serem contestadas, que o perindopril figurava, à época dos factos, na posição 143 do ranking mundial das moléculas mais vendidas no mundo, ao passo que, por exemplo, o ramipril da Sanofi-Aventis estava classificado na posição 72 do ranking mundial. Presente em determinados mercados nacionais, o perindopril está praticamente ausente de mercados tão importantes como o mercado alemão, no que o perindopril representava à época dos factos menos de 1% das vendas de medicamentos da classe dos IEC. O ramipril era, como alegam as recorrentes, o líder mundial dos medicamentos da classe dos IEC durante o período em causa.

- 1498 Nos quatro mercados geográficos nacionais escolhidos pela Comissão, resulta dos documentos dos autos que o perindopril da Servier, apesar do aumento das suas vendas, nunca se encontrou na posição de líder entre os IEC em termos de vendas de comprimidos e de cápsulas, no decurso do período das práticas visadas pela decisão recorrida. Segundo os dados de vendas de comprimidos e de cápsulas que figuram na decisão recorrida, o perindopril situava-se na terceira posição nos Países Baixos (em novembro de 2007) e no Reino Unido (em junho de 2007), em segunda posição em França (em agosto de 2008) e na Polónia (em maio de 2006), com, em cada mercado nacional exceto a França, volumes de vendas muito distantes dos do líder.
- 1499 Em termos de crescimento, embora as vendas do perindopril tenham conhecido, nos quatro mercados nacionais considerados em conjunto, um crescimento no decurso do período em causa, tal sucedeu igualmente com outros IEC, como o ramipril e o lisinopril. Atendendo aos dados de vendas de comprimidos e de cápsulas que figuram na decisão recorrida, há que considerar que o crescimento das vendas do lisinopril foi sustentado no decurso dos anos 2000, ao passo que o crescimento das vendas do ramipril foi claramente superior ao das vendas do perindopril neste período.
- 1500 Tendo em conta a evolução das vendas dos IEC, a importância do fenómeno de aumento contínuo das vendas do perindopril referida pela decisão recorrida deve ser relativizada.
- 1501 Em quarto lugar, as flutuações significativas das vendas relativas aos IEC no decurso dos anos 2000 tendem a pôr em causa a existência de um grande grau de «inércia» nas práticas de prescrição dos IEC pelos médicos.
- 1502 Antes de mais, resulta do relatório de CRA, encomendado pela Servier e com a data de janeiro de 2013, que as vendas relativas aos IEC foram objeto de flutuações significativas entre 2001 e 2010, tendo as respetivas posições dos medicamentos evoluído de forma contrastada. A título de exemplo, entre 2001 e 2010, a parte das vendas do perindopril nas vendas totais de IEC, expressas em doses definidas diárias, progrediu pouco no Reino Unido (permanecendo compreendida entre 5% e 10%), ao passo que a do ramipril quase duplicou (passando de uma parte compreendida entre 30 e 40% para uma parte compreendida entre 60% e 70%), e a do lisinopril caiu fortemente. Na Polónia, no decurso do mesmo período, o perindopril viu a sua parte das vendas diminuir fortemente (passando de uma parte compreendida entre 15% e 20% para uma parte compreendida entre 10% e 15%), ao passo que o ramipril conheceu uma progressão considerável (passando de uma parte compreendida entre 0% e 5% para uma parte compreendida entre 60% e 70%). Nos Países Baixos, o perindopril e o ramipril progrediram pouco, tendo a parte das vendas de cada um destes dois medicamentos se demonstrado num nível compreendido entre 10% e 20% em 2010, representado o enalapril ainda entre 40% e 50% de partes das vendas nesta. Em França, o lisinopril regrediu fortemente (passando de uma parte das vendas compreendida entre 30% e 40% em 2001 para uma parte compreendida entre 5% e 10% em 2010), ao passo que a parte das vendas do perindopril conheceu um aumento substancial (passando de uma parte compreendida entre 10% e 15% para uma parte compreendida entre 20% e 30%), menos significativa, porém, que a do ramipril (que passou de uma parte compreendida entre 20% e 30% para uma parte compreendida entre 50% e 60%).
- 1503 A Comissão alega que o cálculo da parte das vendas de cada IEC nas vendas totais desta classe de medicamentos é incorreta, na medida em que este cálculo é baseado nas vendas expressas em doses definidas diárias, o que sobrestima o desenvolvimento das vendas dos outros IEC, nomeadamente do ramipril.
- 1504 A este respeito, há que constatar que a própria Comissão analisou principalmente os volumes das vendas dos IEC utilizando as doses definidas diárias e, assim, não pode *a priori* considerar que tal cálculo é desprovido de qualquer relevância para analisar a evolução no tempo das vendas dos IEC, a não ser para pôr em causa a sua própria análise. Além disso, a Comissão não fornece qualquer análise alternativa da evolução das vendas relativas dos diferentes IEC baseada em dados que seriam mais fiáveis. Por outro lado, embora a Comissão refira que este modo de cálculo aumenta o valor das

vendas do ramipril num fator de dois ou mais, não apresenta qualquer explicação em apoio da tese segundo a qual este modo de cálculo conduz igualmente a sobreavaliar a parte das vendas dos IEC distintos do ramipril. Por último, em todo caso, resulta dos dados limitados de vendas de IEC expressas em termos de comprimidos e de cápsulas que figuram na decisão recorrida que, em cada um dos países estudados pela decisão recorrida, ocorreram alterações significativas, cuja existência não é, de resto, contestada pela Comissão, nas respetivas posições dos diferentes IEC entre janeiro de 2000 e os anos 2006 a 2008.

1505 Por outro lado, a Comissão afirma, por um lado, que a comparação entre as quotas de mercado dos IEC assenta na premissa de um mercado composto por todos os IEC enquanto a delimitação do mercado visa precisamente delimitar o mercado relevante e, por outro, que a análise não permite afirmar diretamente que o aumento das vendas do ramipril é feito a custo das vendas do perindopril.

1506 Não obstante, embora seja verdade que o cálculo das quotas de mercado do perindopril exige a delimitação prévia do mercado e que, por conseguinte, o conceito de quotas de mercado dos diferentes IEC não pode ser acolhido no caso em apreço, a análise da evolução das vendas relativas dos IEC, que não pressupõe, por sua vez, a existência de um mercado dos IEC, não é irrelevante para efeitos da delimitação do mercado relevante.

1507 Além disso, as recorrentes não afirmam que as variações das vendas relativas dos IEC permitem afirmar diretamente que o perindopril está sujeito à pressão concorrencial dos outros IEC. Alegam que as variações nas vendas relativas dos IEC num mesmo país não confirmam a existência de um grande grau de «inércia» dos médicos nas práticas de prescrição de IEC. A este respeito, a Comissão não apresenta qualquer explicação sobre a compatibilidade entre o mecanismo de «inércia» dos médicos que sublinha na decisão recorrida e as flutuações no tempo das vendas relativas dos IEC. Nestas condições, há que considerar, como afirmam corretamente as recorrentes, que as alterações significativas nas vendas relativas dos IEC no decurso do período examinado tendem a pôr em causa a importância do alegado mecanismo de «inércia» dos médicos nas suas práticas de prescrição dos IEC.

1508 Em quinto lugar, os documentos dos autos, em particular o estudo Thalès, encomendado pela Servier no âmbito da sua planificação estratégica, a sondagem realizada pela Comissão junto dos prescritores e as respostas dos produtores de IEC às questões da Comissão não demonstram a existência de um grau de «inércia» significativo do comportamento dos médicos nas suas práticas de prescrição do perindopril.

1509 O estudo Thalès, realizado de dezembro de 2003 a fevereiro de 2004, é relativo à evolução do perfil de prescrição do perindopril pelos médicos generalistas franceses. Este estudo classifica os prescritores de perindopril em três categorias: os «grandes prescritores», com mais de dez prescrições, os «prescritores médios», com seis a dez prescrições, e os «pequenos prescritores», com uma a cinco prescrições, por trimestre. O estudo analisa a evolução da tipologia dos prescritores entre o período de abril a junho de 2003 (T 0) e o período de dezembro de 2003 a fevereiro de 2004 (T 2). A Comissão afirma, em apoio da sua demonstração da existência de um grupo crescente de prescritores «fiéis» ao perindopril, que 80% a 90% dos «grandes prescritores», 50% a 60% dos «prescritores médios» e 60% a 70% dos «pequenos prescritores» em T 0 pertenciam ainda à mesma categoria em T 2.

1510 Ora, estas evoluções não demonstram um grande grau de «inércia» dos médicos na prescrição do perindopril, uma vez que, por um lado, são constatadas num período de tempo limitado de oito a dez meses e que, por outro, a proporção de médicos que mudaram de categoria é significativa neste período temporal limitado. Importa referir, além disso, que o estudo Thalès no qual se baseia a Comissão classifica os médicos generalistas em quatro grupos de médicos, «fiéis», «abandonantes», «novos clientes» ou «ocasionais», em função da evolução dos seus hábitos de prescrições entre o período T 0 e T 2. O estudo refere que a proporção de médicos generalistas «fiéis», «abandonantes», «novos clientes» ou «ocasionais» atinge respetivamente 30% a 40%, 5% a 10%, 10% a 15% e 40% a 50% de todos os médicos generalistas. Resulta dos resultados do estudo Thalès que a proporção de

médicos generalistas «fiéis» é minoritária e inferior à proporção de médicos generalistas «ocasionais». Os resultados do estudo Thalès, de resto limitado apenas aos generalistas franceses, não estabelecem, assim, a importância do mecanismo de «inércia» dos médicos no que respeita à prescrição de perindopril e à proporção elevada de médicos prescritores «fiéis» ao perindopril.

- 1511 Por outro lado, a Comissão não contesta a afirmação das recorrentes segundo a qual 52% dos médicos interrogados no âmbito da sondagem enviada pela Comissão aos prescritores de perindopril responderam que prescreviam mais medicamentos alternativos do que perindopril. Ora, o facto de uma maioria dos médicos prescreverem mais medicamentos alternativos ao perindopril do que este medicamento tende igualmente a pôr em causa a existência de um mecanismo de «inércia» de que beneficiaria particularmente o perindopril.
- 1512 Por último, resulta das respostas dos três produtores de IEC interrogados pela Comissão que estes consideram que o perindopril é um concorrente do seu próprio medicamento. Em particular, a Sanofi-Aventis, na sua resposta à Comissão, considera expressamente que o perindopril é o seu primeiro concorrente nos Países Baixos, na Polónia e, a partir de 2001, em França, e o seu segundo concorrente no Reino Unido. Nenhum elemento nas respostas dos produtores de medicamentos originais de IEC interrogados não tende a demonstrar que a pressão concorrencial entre os IEC era limitada por um fenómeno significativo de «inércia» dos médicos em relação a novos pacientes.
- 1513 Tendo em consideração o exposto, há que concluir que a Comissão não demonstrou que um fenómeno de «inércia» dos médicos e a existência de um grupo crescente de prescritores «fiéis» ao perindopril tinham restringido de forma significativa a pressão concorrencial exercida sobre o perindopril pelos outros IEC para os novos pacientes.

*iii) Quanto à propensão para alteração dos pacientes em tratamento contínuo*

- 1514 A Comissão considerou, nomeadamente nos considerandos 2496 a 2510 da decisão recorrida, que os pacientes em tratamento contínuo com perindopril eram pouco suscetíveis de mudar para medicamentos alternativos uma vez que tinham adotado o perindopril. Pela natureza de «bem de experiência» do perindopril, a Servier beneficiava de uma vantagem de informação no sentido de que os pacientes em tratamento contínuo com perindopril sabiam mais sobre este produto do que sobre os outros tratamentos que ainda não tinham sido experimentados.
- 1515 Devido à heterogeneidade entre os medicamentos da classe dos IEC, que pode estar ligada às diferenças de eficácia e de tolerância ao nível individual, há que considerar, segundo a Comissão, que uma alteração de terapia entre medicamentos da mesma classe terapêutica seria pouco provável de ocorrer. Com efeito, esta alteração de terapia poderia ser associada aos custos resultantes das consultas médicas adicionais e aos riscos potencialmente muito graves ligados ao surgimento de efeitos secundários e a um controlo não ótimo da pressão arterial.
- 1516 O carácter improvável de uma alteração de tratamento dos pacientes que beneficiam de um tratamento contínuo que responde às suas necessidades é corroborado, segundo a Comissão, por uma série de estudos longitudinais, pelos resultados da sondagem junto dos prescritores e pela resposta da Sanofi-Aventis ao questionário da Comissão segundo a qual as alterações entre o ramipril e o perindopril eram muito limitadas. A Comissão alega que a duração média de tratamento com perindopril pode ser estimada em sete a oito anos e que a taxa de «fidelidade» de 90% medida pelas renovações de prescrição de perindopril confirma os efeitos de bloqueio da base dos pacientes tratados com perindopril.
- 1517 As recorrentes alegam, dando a conhecer ao Tribunal Geral uma série de provas, que a Comissão subestimou a propensão para alteração dos pacientes em tratamento contínuo.

- 1518 Em primeiro lugar, importa observar que a análise da Comissão relativa aos esquemas de transferência dos pacientes em tratamento contínuo se baseia na heterogeneidade dos medicamentos que pertencem à classe dos IEC. Resulta dos fundamentos da decisão recorrida, nomeadamente dos considerandos 2496 e 2499, que a Comissão se baseia na heterogeneidade da classe dos IEC no âmbito da sua análise dos esquemas de transferência entre o perindopril e os outros medicamentos anti-hipertensivos. Foi à luz da alegada heterogeneidade dos medicamentos da classe dos IEC que a Comissão considerou que a alteração de terapia entre medicamentos da mesma classe terapêutica podia ser associada aos riscos potencialmente muito graves que acompanham a alteração de tratamento.
- 1519 Ora, conforme referido anteriormente, a Comissão não demonstrou o carácter heterogéneo dos medicamentos que pertencem à classe das IEC. Pelo contrário, não existe diferença significativa entre o perindopril e os outros IEC no plano terapêutico, incluindo em termos de eficácia e de efeitos secundários. Em particular, não resulta dos documentos dos autos que os outros IEC suscitavam, da parte dos prescritores, receios específicos relativos aos seus efeitos secundários ou à sua menor eficácia. Daqui resulta que, na falta de heterogeneidade dos IEC do ponto de vista dos médicos, a análise da Comissão quanto à associação da alteração de tratamento entre medicamentos da mesma classe com riscos potencialmente muito graves é posta em causa. Na falta de diferenças de eficácia e de tolerância entre IEC, não está demonstrado que a alteração de tratamento entre IEC suscitava receios específicos da parte dos médicos.
- 1520 Em segundo lugar, a Comissão baseou a sua apreciação da baixa propensão à alteração dos pacientes tratados com perindopril em estudos longitudinais preparados pela Thalès. Estes estudos analisam os hábitos de prescrição dos médicos generalistas entre julho de 2005 e junho de 2006 em França e no Reino Unido. Segundo estes estudos, mais de 90% das prescrições de perindopril correspondem a renovações. A Comissão daqui deduziu a existência de uma taxa de «fidelidade» ao perindopril muito elevada de 90%. Considera que o facto de analisar a propensão para a alteração dos pacientes com base no número de receitas emitidas reflete melhor a natureza da procura de perindopril do que com base no número de pacientes.
- 1521 Todavia, a proporção de receitas de renovação no número total de receitas apenas fornece uma informação parcial sobre a propensão para alteração dos pacientes tratados com perindopril. Com efeito, a taxa de prescrições de renovação depende, nomeadamente, da frequência das visitas dos pacientes ao consultório dos médicos, que pode variar em proporções significativas e não é, de resto, referida na decisão recorrida. Por outro lado, o número de receitas de renovação em relação ao número total de receitas não mede a taxa de fidelidade dos pacientes, no sentido da parte dos pacientes tratados com perindopril no período N que ainda são tratados com perindopril no período N + 1.
- 1522 Nestas condições, os estudos Thalès são insuficientes para apreender a fidelidade ao perindopril dos pacientes que iniciam um tratamento a este medicamento.
- 1523 Em terceiro lugar, os estudos Cegedim e IMS Health fornecem informações, no que respeita a França e ao Reino Unido, sobre a propensão dos pacientes tratados com perindopril para mudarem de tratamento no decurso de um período de cinco anos.
- 1524 O estudo Cegedim, de outubro de 2012 e produzido pela Servier no âmbito das suas observações em resposta à comunicação de acusações, analisa, num período de cinco anos, a persistência dos pacientes sob perindopril junto dos médicos generalistas em França. A análise é relativa aos pacientes tratados com perindopril que consultaram o mesmo médico generalista durante um período de cinco anos. Daqui resulta que 20% a 30% dos pacientes que iniciam um tratamento com perindopril cessam o tratamento num prazo de seis meses e que, entre os pacientes mantidos sob perindopril para além de seis meses, 30% a 40% mudam para outros medicamentos anti-hipertensivos e deixam de seguir este tratamento após um período de cinco anos. No que respeita às mudanças para outros medicamentos anti-hipertensivos efetuadas após uma duração de seis meses, realizam-se maioritariamente para

tratamentos que incluem sartans, ao passo que cerca de 40% dos pacientes mudam para um tratamento que inclui outro IEC utilizado sozinho ou associado. Em definitivo, mais de 50% dos pacientes que iniciam um tratamento com perindopril deixam de ser tratados por este medicamento após um período de cinco anos. Daqui resulta que, no que respeita aos pacientes seguidos regularmente pelo mesmo médico generalista francês, as alterações de tratamento dos pacientes que iniciam um tratamento com perindopril são significativas num período de cinco anos. Resulta igualmente do estudo Cegedim que, no ano 2005, os fluxos de pacientes que entram e saem (ou seja, respetivamente, uma proporção de 30% a 40% e de 15% a 20%) representam metade dos pacientes tratados pelo Coversyl.

1525 O estudo IMS Health, de dezembro de 2013 e apresentado pela Servier, analisa as prescrições de ramipril, de lisinopril e de perindopril no decurso do período compreendido entre 2003 e 2008, no que respeita aos pacientes seguidos por médicos generalistas no Reino Unido.

1526 A Comissão opõe-se a que o estudo IMS Health possa ser tido em consideração pelo Tribunal Geral, na medida em que este estudo foi comunicado pelas recorrentes à Comissão extemporaneamente no procedimento administrativo. Todavia, conforme recordado no n.º 1373 *supra*, o Tribunal Geral assegura uma fiscalização aprofundada da legalidade tendo em consideração todos os elementos apresentados pelas recorrentes, quer estes sejam anteriores ou posteriores à decisão impugnada, na medida em que estes últimos elementos são relevantes para a fiscalização da legalidade da decisão da Comissão. No caso em apreço, o estudo IMS Health de dezembro de 2013, apresentado pela Servier à Comissão no decurso do procedimento administrativo, em resposta à exposição dos factos de 18 de dezembro de 2013, responde à tese da Comissão segundo a qual os pacientes tratados com perindopril são pouco suscetíveis de mudar de tratamento. Por conseguinte, não é possível considerar que este estudo constitui um elemento extemporâneo que não pode ser tido em consideração na fase da fiscalização da legalidade da decisão recorrida.

1527 Quanto à credibilidade do estudo, a Comissão não pode rejeitar o estudo IMS Health com o fundamento que de teria sido feito «à medida» para as recorrentes. O facto de as próprias recorrentes terem solicitado à IMS Health para apresentar este estudo não afeta necessariamente o valor probatório do mesmo, uma vez que não foi elaborado com fundamento em bases de dados disponibilizadas pelas próprias recorrentes. Com efeito, como o Tribunal Geral já declarou (Acórdão de 3 de março de 2011, Siemens/Comissão, T-110/07, EU:T:2011:68, n.º 137), uma análise é desprovida de credibilidade e, por isso, de um valor probatório que ultrapassa o de uma simples declaração interessada das recorrentes quando é demonstrada com fundamento em bases de dados disponibilizadas pelas recorrentes, sem que a exatidão ou a relevância destes dados tenham sido objeto de qualquer verificação independente. No caso em apreço, o estudo encomendado pela Servier é demonstrado com fundamento em bases de dados provenientes de um terceiro, a IMS Health, que a Comissão não contestou, como resulta, nomeadamente, da nota n.º 2843 da decisão recorrida, que era uma instituição de referência no fornecimento de dados no setor farmacêutico. A própria Comissão baseou-se várias vezes nos dados IMS Health, no âmbito da delimitação do mercado relevante.

1528 Por outro lado, o facto de o pedido do estudo não ter sido fornecido à Comissão e de esta não ter reproduzido de forma completa os seus resultados não basta para pôr em causa, nas circunstâncias do caso em apreço, a credibilidade do estudo. Com efeito, a Servier, na sua resposta ao questionário da Comissão de 17 de fevereiro de 2014, forneceu uma descrição circunstanciada das instruções dadas à IMS Health. Esta descreve, no estudo, a metodologia, as suposições e as definições utilizadas e forneceu dados brutos, assim como o algoritmo que permite a replicação do estudo. Embora seja verdade que a IMS Health não forneceu o guia relativo aos novos pacientes, importa observar que a Comissão não chamou à atenção da Servier, após a transmissão do algoritmo e das bases de dados, para a existência de um obstáculo metodológico suscetível de prejudicar a credibilidade do estudo. Por outro lado, a IMS Health referiu no estudo que os novos pacientes correspondiam aos que não tinham recebido o medicamento em causa nos doze últimos meses anteriores a essa prescrição e referiu, numa carta de 1 de setembro de 2014, que a Servier não tinha sido implicada na análise do

estudo, que este tinha sido realizado pela IMS Health mediante utilização da metodologia e das definições descritas no estudo, que o guia dos novos pacientes correspondia a uma definição padrão utilizada em estudos semelhantes e que os dados subjacentes à base dos novos pacientes tinham sido retirados de uma base de dados mediante utilização dos relatórios integrados acessíveis mediante utilização de relatórios integrados acessíveis a partir de uma estação de trabalho da empresa ou quando um cliente tinha subscrito esta base de dados. Nestas condições, tendo em conta, nomeadamente, as explicações suficientes fornecidas pela Servier e a IMS Health, a Comissão não pode alegar que o estudo IMS Health não pode ser aceite como um elemento de prova fiável.

1529 O estudo IMS Health demonstra, no que respeita aos pacientes seguidos por médicos generalistas ingleses no decurso dos anos 2003 a 2008, que, num determinado ano, os novos pacientes de perindopril representavam um terço do total dos pacientes que seguem este tratamento. Demonstra igualmente que as substituições relativas ao perindopril se realizam essencialmente a favor de outras classes de medicamentos anti-hipertensivos, mas igualmente a favor de outros IEC. Refere que, entre os pacientes que iniciam um tratamento com perindopril, a duração média de tratamento, excluindo as interrupções de tratamento, é inferior a seis meses para 24% dos pacientes, inferior a três anos para 57% dos pacientes e inferior a cinco anos para 76% dos mesmos.

1530 A Comissão considera que o processo de transferência é regressivo, ou seja, que os pacientes eram cada vez menos suscetíveis de abandonar o perindopril com o aumento da duração do tratamento. Todavia, há que constatar que, segundo o estudo Cegedim, a perda líquida média de pacientes tratados com perindopril no decurso dos quatro e cinco anos de tratamento é de cerca de 5% por ano para os pacientes seguidos por médicos generalistas franceses. Segundo o estudo IMS Health, a proporção de pacientes seguidos por médicos generalistas ingleses cuja duração média de tratamento, excluindo as interrupções de tratamento, está compreendida entre três e quatro anos, por um lado, e quatro e cinco anos, por outro, é respetivamente de 12% e de 7%. Por conseguinte, resulta dos documentos dos autos que a parte dos pacientes suscetíveis de parar o seu tratamento com perindopril no decurso do quarto e do quinto ano de tratamento com perindopril é significativa.

1531 Assim, resulta dos estudos Cegedim e IMS Health que os pacientes tratados com perindopril e seguidos por médicos generalistas de França e do Reino Unido no decurso do período examinado tinham uma duração média de tratamento inferior a cinco anos. Alteravam de tratamento em proporções significativas no decurso dos seis primeiros meses de tratamento, mas também no decurso dos cinco anos seguintes ao início do tratamento.

1532 Em quarto lugar, os documentos relativos aos PCT confirmam a existência, no que respeita ao Reino Unido, de alterações de tratamento de pacientes tratados com perindopril para outros IEC.

1533 Conforme referido anteriormente, um determinado número de PCT consideravam, a partir do ano 2005, que o perindopril não era mais eficaz que outro IEC e preconizavam a utilização de IEC distintos do perindopril, ou até à substituição do perindopril por outro IEC. Estas políticas, que algumas vezes assumiram a forma de orientações, de formulários ou de modelos de cartas a enviar aos pacientes para alterarem o tratamento do perindopril para o ramipril ou o lisinopril são significativas, tendo em conta o número de PCT em causa e o facto de estes PCT pertencerem a regiões diferentes do Reino Unido.

1534 Resulta dos documentos dos autos que estas políticas, identificadas como ameaças pelos documentos de estratégia interna da Servier a partir do ano 2005, tiveram um efeito negativo real sobre as vendas de perindopril ao nível local. É verdade, como sublinha a Comissão, que não é demonstrado que as políticas implementadas pelos PCT tiveram um impacto significativo ao nível nacional. Embora o esquema que figura no considerando 2286 da decisão recorrida demonstre uma quase estagnação das vendas de perindopril expressas em doses definidas diárias a partir de setembro de 2006, os documentos dos autos não permitem demonstrar a realidade donexo de causalidade entre as recomendações dos PCT e a evolução das vendas relativas do perindopril e dos outros IEC ao nível de

todo o Reino Unido. Estas recomendações não são, contudo, irrelevantes, na medida em que ilustram concretamente as possibilidades de transferência entre IEC num dos mercados geográficos considerados pela Comissão na sua análise.

- 1535 A Comissão não pode alegar que o argumento das recorrentes que invoca as políticas implementadas pelas PCT está em contradição com a sua afirmação de que o fator preço desempenha um papel limitado nas relações entre os diferentes IEC. Com efeito, assim como resulta das considerações desenvolvidas nos n.ºs 1380 a 1404, *supra*, o setor farmacêutico é um setor «atípico» cujas especificidades exigem que o mercado seja definido através de uma abordagem baseada numa pluralidade de critérios, em particular a utilização terapêutica dos produtos. No caso em apreço, as políticas dos PCT não põem em causa esta constatação. Embora estas políticas confirmem a substituibilidade terapêutica entre IEC e as possibilidades de alterações de tratamento para os pacientes tratados com perindopril, daqui não resulta que o facto preço desempenha um papel determinante ou predominante na análise das pressões concorrenciais entre estes medicamentos.
- 1536 Em quinto lugar, a Comissão considera, com base, nomeadamente, nos resultados da sondagem efetuada junto dos prescritores, que as alterações de tratamento dos pacientes tratados com perindopril são pouco prováveis quando os pacientes são tratados «com sucesso» com perindopril.
- 1537 Todavia, os resultados da sondagem junto dos prescritores organizada pela Comissão, segundo os quais uma ampla maioria dos médicos (76%) considerou que os pacientes tratados «com sucesso» durante o período inicial e em relação aos quais este tratamento não foi alterado iam provavelmente continuar o tratamento com perindopril durante mais de cinco anos, não põem em causa as constatações dos estudos Cegedim e IMS Health relativas à duração média de tratamento e às alterações dos pacientes tratados com perindopril. Com efeito, a questão colocada aos prescritores assenta numa estimativa da probabilidade de o tratamento com perindopril prosseguir e não numa estimativa da proporção real de pacientes que prosseguem o tratamento para além de cinco anos. Por outro lado, a questão colocada aos prescritores apenas respeita aos pacientes tratados «com sucesso» e em relação aos quais o tratamento não foi alterado, enquanto os estudos Cegedim e IMS Health fornecem informações sobre a duração média de tratamento dos pacientes tratados com perindopril e sobre todas as alterações de tratamento ocorrida, independentemente da apreciação dos médicos sobre os resultados do tratamento com perindopril. Por último, mesmo no que respeita aos pacientes tratados «com sucesso» com perindopril e em relação aos quais este tratamento não foi alterado, apenas uma minoria de médico interrogados consideravam que estes pacientes iam provavelmente prosseguir o tratamento com perindopril durante mais de dez anos.
- 1538 Embora os pacientes tratados com perindopril «com sucesso» tenham naturalmente uma propensão para alterar de tratamento mais pequena do que aqueles que não estão abrangidos por esta categoria, as constatações dos estudos Cegedim e IMS Health continuam a ser relevantes para apreciar, no plano quantitativo, em que medida os pacientes que iniciam um tratamento permanecem «fiéis» ao perindopril num período de cinco anos. Estes estudos demonstram a existência de alterações de tratamento significativas que põem em causa as afirmações formuladas pela Comissão na decisão recorrida relativas aos efeitos de exclusão da base de pacientes tratados com perindopril.
- 1539 Em sexto lugar, a Comissão, na decisão recorrida, baseia-se no facto de que a Sanofi-Aventis referiu, na resposta ao seu questionário, que as alterações de tratamento entre o ramipril e o perindopril eram muito limitadas e que os dois produtos fundamentavam o seu crescimento sobre os pacientes em início de tratamento novamente obtidos. Todavia, além de esta afirmação não respeitar ao mercado francês, a Sanofi-Aventis expõe na sua resposta, conforme referido anteriormente, que a população de pacientes suscetível de ser tratada pelo ramipril era mais ampla do que a do perindopril e que a variedade de dosagens do ramipril era mais extensa do que a do perindopril até 2007, elementos que são tão suscetíveis de limitar as transferências de pacientes do ramipril para o perindopril como o contrário. Por outro lado, a Sanofi-Aventis não se pronunciou sobre as alterações de tratamento nos Países Baixos e no Reino Unido e referiu, relativamente ao mercado polaco, que considerava o

perindopril um produto à custa do qual o ramipril tinha obtido pacientes. Daqui resulta que as respostas da Sanofi-Aventis ao questionário da Comissão não põem em causa a dimensão das alterações de tratamento para os pacientes tratados com perindopril.

1540 Resulta do exposto que a Comissão subestimou a propensão para alteração dos pacientes tratados com perindopril, com base, além disso, na hipótese errada da heterogeneidade dos medicamentos da classe das IEC. Resulta dos documentos dos autos que as alterações de tratamento dos pacientes que iniciam um tratamento com perindopril são significativas num período de cinco anos, o que põe em causa a duração média de tratamento avaliada pela Comissão e a importância dos efeitos de exclusão da base de pacientes.

*iv) Quanto aos esforços promocionais*

1541 A Comissão entendeu, nos considerandos 2515 a 2521 da decisão recorrida, que a promoção podia alargar o grau de concorrência se, graças à mesma, a comunidade médica estava informada das alternativas terapêuticas adicionais, nomeadamente novos produtos ou novas indicações significativas para os produtos existentes. Não obstante, considerou que, no caso em apreço, a concorrência ao nível da promoção não podia ser considerada uma fonte de pressão concorrencial significativas do ponto de vista da relação entre o perindopril e seus concorrentes potenciais, na medida em que qualquer novo esforço promocional, para os medicamentos que eram comercializados há muito tempo, apenas acresceria ao capital de confiança já adquirido junto dos prescritores «fiéis». A Comissão afirmou que, tendo em conta as barreiras à alteração de tratamento e a predominância dos pacientes em tratamento contínuo, o impacto potencial dos esforços promocionais realizados pelos produtores de outros IEC sobre as vendas de perindopril era limitado. A Comissão acrescentou que a inexistência de pressão concorrencial dos outros produtores de IEC era igualmente demonstrada pelas categorias de pacientes que são alvo da Servier no âmbito da sua política promocional, pela análise das promoções que figuram nos documentos de estratégia interna da Servier e pela estabilidade das suas despesas promocionais.

1542 As recorrentes alegam, em substância, que a Comissão cometeu um erro ao não ter devidamente em conta os esforços significativos de promoção dos laboratórios, que constituem uma das dimensões principais da concorrência e uma necessidade, na falta de «inércia» dos pacientes e dos médicos, para fazer face à concorrência.

1543 Em primeiro lugar, a Comissão baseou a sua análise dos esforços promocionais no fenómeno de «inércia» dos médicos e na existência de barreiras às alterações de tratamento.

1544 Ora, conforme referido anteriormente, o comportamento de prescrição dos médicos não era caracterizado por um grande grau de «inércia» e as alterações de tratamento dos pacientes em tratamento contínuo eram significativas. Assim, foi com base em hipóteses erradas suscetíveis de viciar a sua análise que a Comissão considerou que o impacto potencial dos esforços promocionais realizados pelos produtores de outros medicamentos sobre as vendas de perindopril devia ser considerado particularmente limitado.

1545 Em segundo lugar, a Comissão baseou a sua análise dos esforços promocionais nas categorias de pacientes que são alvo da Servier no âmbito das suas promoções e nas alegadas qualidades específicas do perindopril do ponto de vista da utilização terapêutica. Afirmou, nos considerandos 2366 e 2519 da decisão recorrida, que as despesas promocionais da Servier eram concentradas nos novos potenciais pacientes, que incluem os pacientes aos quais tinha sido novamente diagnosticada uma hipertensão, os pacientes cuja pressão arterial não era controlada de forma satisfatória por outro medicamento anti-hipertensivo, assim como determinados grupos de pacientes em relação aos quais o perindopril tinha demonstrado qualidades específicas.

- 1546 A este respeito, há que referir que a promoção pode ser um instrumento de concorrência, nomeadamente quando os produtos são muito semelhantes. A inexistência de diferenciação positiva do perindopril em relação a outros IEC é coerente com a necessidade de a Servier fazer esforços promocionais consequentes para se manter no mercado e se impor junto dos médicos prescritores. Com efeito, na falta de superioridade terapêutica do perindopril, os prescritores não são incentivados, apenas nesta base, a prescrever o perindopril em vez de outro medicamento.
- 1547 Por outro lado, resulta dos próprios termos dos considerandos 2366 e 2519 da decisão recorrida que a Servier desenvolveu esforços promocionais que visavam simultaneamente os novos pacientes e os pacientes que já tinham utilizado outro medicamento anti-hipertensivo. Além disso, a Comissão não demonstrou, conforme referido anteriormente, que o perindopril tinha qualidades específicas que o diferenciavam dos outros IEC no plano terapêutico. Embora a Servier tenha procurado diferenciar o perindopril dos outros IEC, estes esforços da Servier não tiveram o sucesso esperado e não permitiram diferenciar suficientemente o perindopril dos outros IEC.
- 1548 A estratégia promocional do perindopril, na medida em que visa determinadas categorias de pacientes, não permite, assim, concluir que o impacto da concorrência pela promoção entre os IEC era limitado.
- 1549 Em terceiro lugar, os documentos internos da Servier, as respostas dos produtores dos outros IEC e os outros documentos dos autos tendem a demonstrar, contrariamente ao que alega a Comissão, que as ações de promoção dos outros produtores de IEC puderam exercer pressão concorrencial sobre o perindopril.
- 1550 Assim, resulta dos documentos de estratégia interna da Servier, nomeadamente do documento sob a epígrafe «2005/2006 orientation plan» e do documento sob a epígrafe «Plan d'orientation Coversyl 2006/2007», que a Servier considerava, nos anos 2000 a 2009, que a concorrência no mercado da hipertensão arterial e no da insuficiência cardíaca era forte. Resulta igualmente destes documentos que a Servier considerava que outros IEC eram concorrentes, nomeadamente o ramipril, o captopril, o lisinopril, o enalapril, o fosinopril e o trandolapril. Por várias vezes o ramipril figura na parte dos documentos estratégicos consagrados às ameaças que recaem sobre o desenvolvimento do perindopril. Por exemplo, o lançamento em 2005 de um novo produto, o Co-Triatec, que permite assegurar uma continuidade da comunicação da variedade de produtos do ramipril, é apresentado como uma ameaça.
- 1551 Os três produtores de medicamentos originais de IEC interrogados pela Comissão também consideraram que o perindopril é um concorrente ou um rival do seu próprio medicamento. É certo, como afirmou a Comissão, que o facto de outras empresas assumirem um determinado produto como principal alvo concorrencial não significa que o produto em questão está sujeito a uma pressão concorrencial significativa da parte destas outras empresas. Todavia, este conjunto de indícios pode ter alguma utilidade, na medida em que permite tomar em consideração a forma como as empresas autoavaliam a sua posição no mercado. A este respeito, resulta das respostas das empresas interrogadas pela Comissão sobre a sua perceção da concorrência que a Sanofi-Aventis, produtora do ramipril, a AstraZeneca AB, produtora do lisinopril, e a MSD, produtora do enalapril e do lisinopril, consideravam que o perindopril era um concorrente do seu próprio medicamento. Resulta, nomeadamente, dos documentos fornecidos pela Sanofi-Aventis, ou seja, as apresentações relativas ao mercado polaco e os planos comerciais para os anos 2008-2009, que o perindopril e o enalapril eram, segundo esta empresa, os primeiro e segundo rivais mais próximos do ramipril e que este beneficiava, em geral, da melhor perceção enquanto marca.
- 1552 Por outro lado, os documentos dos autos sugerem que a comunicação promocional dos outros IEC teve um impacto significativo nas vendas de perindopril.

- 1553 Os documentos de estratégia interna da Servier e os documentos relativos à promoção dos outros IEC demonstram que os outros IEC se apresentavam como os melhores nesta classe de medicamentos, ou até como superiores aos outros IEC. Alguns planos de promoções dos outros IEC visavam diretamente o perindopril da Servier.
- 1554 Embora a forte pressão promocional dos sartans simultânea ao declínio da promoção dos IEC seja apresentada como uma ameaça pelos documentos internos da Servier, a promoção do ramipril é apresentada como uma ameaça para perindopril, ao passo que o declínio desta promoção é considerado uma perspectiva favorável. Os documentos internos da Servier insistem no facto de que a promoção do ramipril se baseia no estudo HOPE, apresentado como um acontecimento fundamental do ano 2001, que permitiu ao ramipril conhecer um forte crescimento e obter novas indicações. É precisado nos documentos de estratégia da Servier que os resultados do estudo HOPE e o posicionamento do ramipril tiveram um impacto forte nas vendas do Coversyl 4 mg da Servier.
- 1555 Além disso, resulta dos documentos dos autos, nomeadamente das informações fornecidas pela IMS Health que figuram na decisão recorrida e da resposta da Sanofi-Aventis ao pedido de informações da Comissão, que as despesas promocionais em que incorreram os outros produtores de IEC foram significativas em determinados períodos, nomeadamente as que respeitam ao ramipril nos Países Baixos e no Reino Unido até 2003 ou em França no início do ano 2006.
- 1556 Por conseguinte, os documentos dos autos, nomeadamente os documentos de estratégia interna da Servier, assim como as respostas dos outros produtores de IEC, tendem a demonstrar que as operações promocionais dos outros IEC eram suscetíveis de ter um impacto significativo nas vendas da Servier.
- 1557 Em quarto lugar, a importância das despesas promocionais da Servier no decurso do período examinado é igualmente coerente com o facto de a concorrência pela promoção poder constituir uma fonte de pressão concorrencial nas relações entre IEC, sem que isto seja posto em causa pela alegada estabilidade destas despesas promocionais.
- 1558 A importância das despesas promocionais da Servier, que não é contestada, resulta dos dados relativos aos principais itens de despesas que contribuíram para o custo total das variantes do perindopril. Estas despesas eram significativas, nomeadamente, em França, nos Países Baixos e no Reino Unido, como indicam as informações fornecidas pela IMS Health que figuram na decisão recorrida. A título de exemplo, em 2000, 70 a 80 milhões de euros foram despendidos pela Servier em França para a promoção do perindopril, enquanto o volume de negócios global do produto estava compreendido entre 180 e 200 milhões de euros. Em 2004, as despesas de promoção neste país atingiam 100 a 120 milhões de euros, ou seja, cerca de um terço do volume de negócios global do produto (300 a 350 milhões de euros).
- 1559 Há que acrescentar que a circunstância de a rentabilidade do perindopril permanecer elevada no decurso do período examinado, apesar do nível muito significativo das despesas promocionais da Servier a favor do perindopril, não implica que o perindopril não estava sujeito a uma pressão concorrencial significativa da parte dos outros IEC. Além disso, embora a Comissão constate o nível elevado da rentabilidade geral do perindopril nos considerandos 2369 a 2371 da decisão recorrida, daí não extrai consequências no âmbito da delimitação do mercado relevante e não se baseia nesta rentabilidade para concluir, nos considerandos 2403 a 2546 da decisão recorrida, que o mercado de produtos relevante está limitado ao medicamento original e ao genérico do perindopril.
- 1560 Os documentos de estratégia interna da Servier sublinham a ligação entre o ambiente concorrencial e as despesas promocionais da Servier e indicam que o ambiente concorrencial exige um esforço promocional muito significativo, dominado pela visita médica. Estes documentos manifestam a vontade da Servier de conquistar novos clientes, em prejuízo de outros medicamentos

anti-hipertensivos, nomeadamente dos IEC, e mencionam a dificuldade da Servier estar presente junto dos médicos generalistas face aos investimentos financeiros e humanos dos outros produtores de produtores anti-hipertensivos.

1561 A Comissão alega que a estabilidade das despesas promocionais da Servier no decurso do período examinado sugere o carácter largamente independente da promoção do perindopril e a inexistência de exposição a fortes pressões concorrenciais.

1562 Todavia, a estabilidade das despesas promocionais da Servier não resulta dos documentos dos autos, em particular dos dados do estudo IMS Health, tendo o nível das despesas variado em proporções significativas no decurso do período examinado. Quanto ao resto, a estabilidade das despesas promocionais, admitindo que está demonstrada, não implica necessariamente uma falta de pressão concorrencial significativa da parte dos outros IEC. A manutenção num nível tão elevado de despesas promocionais pode testemunhar a vontade da empresa de manter as suas vendas face aos produtos substituíveis no terapêutico, exercendo uma pressão concorrencial significativa em relação ao perindopril. A Comissão não explica os motivos pelos quais um operador em posição dominante como a Servier, sem pressão concorrencial significativa, deveria ter a necessidade de consagrar durante um período tão longo essa parte do seu volume de negócios global às suas despesas promocionais.

1563 A descontinuidade dos esforços promocionais da Servier no momento da entrada dos genéricos também não indica a inexistência de pressão concorrencial significativa antes da entrada no mercado dos genéricos. Com efeito, se a inexistência esperada de resultados é suscetível de dissuadir o produtor de desenvolver esforços promocionais, a perspetiva de obtê-los é suscetível de incentivá-lo a investir na promoção do produto. Ora, é possível que, antes da entrada do genérico no mercado, a Servier pudesse legitimamente esperar benefícios positivos do seu investimento promocional. Antes da entrada no mercado dos genéricos, a Servier podia ser incentivada a desenvolver esforços promocionais num contexto de concorrência entre IEC resultante, nomeadamente, da falta de heterogeneidade dos medicamentos desta classe.

1564 Por conseguinte, as despesas promocionais da Servier no decurso do período examinado não indicam que a Servier não teria sido sujeita a pressões concorrenciais significativas dos outros IEC.

1565 Assim, resulta do exposto que a Comissão não teve devidamente em consideração os esforços de promoção dos laboratórios e a sua importância na análise das relações de concorrência entre o perindopril e os outros IEC.

1566 Resulta de todas as considerações expostas nos n.ºs 1418 a 1565, *supra*, que a segunda alegação invocada pelas recorrentes é procedente.

*4) Quanto à segunda parte da primeira alegação, relativa à importância excessiva concedida ao critério do preço na análise do mercado, e quanto à terceira alegação, subsidiária, relativa ao facto de a análise económica da Comissão estar viciada*

1567 Nos considerandos 2460 a 2495 da decisão recorrida, a Comissão procedeu, para efeitos da delimitação do mercado de produtos em causa, a uma análise dos acontecimentos ditos «naturais» ocorridos nos mercados de França, dos Países Baixos, da Polónia e do Reino Unido.

1568 A Comissão considerou que, quando dois produtos eram substitutos próximos, uma redução substancial do preço de um deveria implicar uma diminuição do volume de negócios do outro. A Comissão tentou apreciar, através de uma avaliação visual preliminar, e em seguida de um cálculo económico, o impacto de uma redução dos preços dos outros medicamentos anti-hipertensivos nas vendas de perindopril. Para tal, a Comissão comparou, em particular, o efeito da entrada dos genéricos

do perindopril nas vendas de perindopril com o efeito da entrada de genéricos de outros IEC nas vendas de perindopril. Segundo a Comissão, a circunstância de as vendas de perindopril terem sido menos afetadas pela entrada dos genéricos de outros IEC do que pela dos seus próprios genéricos demonstra que os IEC não exerciam pressões significativas sobre o perindopril em termos de preço (considerando 2494 da decisão recorrida).

- 1569 No termo da sua análise dos acontecimentos naturais, a Comissão considerou que o perindopril não estava sujeito a pressões substanciais sobre os seus preços da parte de outros, nomeadamente dos outros IEC, salvo pressões exercidas pelo perindopril genérico. As baixas dos preços dos outros IEC não tiveram, segundo a Comissão, impacto negativo significativo nas vendas e no volume de negócios do perindopril.
- 1570 Na segunda parte da sua primeira alegação, as recorrentes alegam que a Comissão atribuiu uma importância excessiva ao fator preço na sua análise do mercado de produtos relevante. Afirmam, a título subsidiário, no âmbito da sua terceira alegação, que a análise econométrica da Comissão está viciada.
- 1571 Em primeiro lugar, conforme acima referido a título preliminar nos n.ºs 1385 a 1404, resulta da jurisprudência que as especificidades que caracterizam os mecanismos de concorrência no setor farmacêutico não retiram aos fatores ligados aos preços a sua relevância na avaliação das pressões concorrenciais, devendo estes fatores ser apreciados, no entanto, no seu contexto específico (Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266, n.º 183).
- 1572 Assim, no caso em apreço, a Comissão podia examinar, na definição do mercado relevante, se o perindopril estava sujeito a pressões concorrenciais significativas resultantes das variações relativas de preços dos outros IEC e ter em consideração o resultado deste exame.
- 1573 A Comissão deduziu da sua análise das variações de preços dos outros IEC que o perindopril não estava sujeito a pressões concorrenciais significativas daí resultantes. A pouca sensibilidade do perindopril às variações de preço dos outros IEC resulta, com efeito, de vários documentos dos autos, nomeadamente dos documentos internos da Servier ou da sondagem junto dos prescritores realizada pela Comissão. Aliás, esta conclusão não é contestada enquanto tal pelas recorrentes. As próprias recorrentes referem que os médicos não são geralmente muito sensíveis ao preço, que as escolhas dos médicos são principalmente orientadas pela relevância e pela eficácia terapêuticas dos diferentes medicamentos em vez de pelo seu preço e que a concorrência entre laboratórios é feita principalmente em dimensões distintas dos preços, tais como a inovação, a qualidade dos produtos e a promoção.
- 1574 Todavia, assim como as recorrentes alegam corretamente, a análise dos acontecimentos naturais, tal como apreendida pela Comissão, ou seja, pelo prisma das variações de preço, não permite concluir pela inexistência de pressões concorrenciais de ordem qualitativa e não tarifária.
- 1575 Com efeito, conforme referido nos n.ºs 1395 e 1397, *supra*, a liberdade de escolha dos médicos, entre os medicamentos originais disponíveis no mercado ou entre os medicamentos originais e as versões genéricas de outras moléculas, e a atenção que os prescritores concedem prioritariamente aos aspetos terapêuticos permitem, eventualmente, o exercício de pressões concorrenciais significativas, de ordem qualitativa e não tarifária, fora dos mecanismos habituais de pressão pelos preços. Tais pressões podem existir tanto na hipótese em que as virtudes terapêuticas de um medicamento se revelam claramente superiores às dos outros medicamentos disponíveis para o tratamento da mesma patologia como na hipótese em que os medicamentos disponíveis são reconhecidos ou considerados equivalentes pelos prescritores.

- 1576 Quando, para o tratamento da mesma doença, os prescritores podem optar entre medicamentos em relação aos quais nenhum é reconhecido ou considerado superior aos outros, nomeadamente devido à identidade do seu modo de ação ou porque os seus benefícios terapêuticos ou os seus efeitos indesejáveis ou secundários não permitem separá-los, a análise da concorrência entre estes medicamentos assenta igualmente, para uma grande parte, numa comparação qualitativa. A escolha do clínico, geralmente, não depende em primeiro lugar do custo respetivo destes tratamentos, mas do seu grau de diferenciação terapêutico, da sua adequação ao perfil do paciente, do conhecimento pelo médico dos diferentes medicamentos ou ainda da sua experiência pessoal e da experiência pessoal dos seus pacientes.
- 1577 Além disso, como resulta da resposta à segunda alegação, o perindopril podia ser exposto, tendo em conta a falta de diferenciação significativa entre o perindopril e os outros IEC no plano terapêutico, a pressões concorrenciais de ordem não tarifária e qualitativa, que a Comissão deveria ter tido devidamente em consideração. Estas pressões concorrenciais, que podiam, nomeadamente, ser exercidos através de ações promocionais dos produtores de outros IEC, respeitavam tanto aos novos pacientes como aos pacientes que já tinham iniciado um tratamento com perindopril.
- 1578 Assim, a circunstância de o perindopril ser pouco sensível às variações de preço dos outros IEC não implicava necessariamente que este medicamento não estava sujeito a uma pressão concorrencial significativa da parte destes medicamentos. Tal circunstância não permite deduzir que o perindopril não esteve sujeito a uma pressão concorrencial significativa resultante, como alegam as recorrentes, de dimensões distintas dos preços tais como a inovação, a qualidade dos produtos e a promoção. A este respeito, a própria Comissão recorda, no considerando 2543 da decisão recorrida, que a substituíbilidade económica pode existir quando alterações que afetam variáveis económicas significativas distintas dos preços transferem uma parte significativa das vendas de um produto para outro.
- 1579 Por conseguinte, a circunstância de as vendas e os preços do perindopril só terem caído após a entrada do perindopril genérico e terem permanecido estáveis ou terem sido menos afetados no momento da ocorrência de acontecimentos naturais relativos às variações de preços de outras moléculas não permite concluir pela inexistência de pressões concorrenciais até à entrada dos genéricos do perindopril.
- 1580 Em segundo lugar, resulta dos documentos dos autos que a Comissão, assim como as recorrentes sublinham corretamente, concedeu uma importância excessiva ao fator preço na definição do mercado de produtos, deduzindo da análise dos acontecimentos naturais da falta de pressão concorrencial significativa exercida pelos IEC em relação ao perindopril.
- 1581 Com efeito, resulta dos documentos dos autos que o fator preço desempenhou um papel decisivo na análise da Comissão para excluir do mercado relevante os outros IEC. Resulta dos próprios termos da decisão recorrida que a Comissão se baseou essencialmente na análise dos acontecimentos naturais de carácter tarifário para excluir do mercado relevante IEC, tais como o ramipril, o enalapril ou o lisinopril, apresentados pela Servier como os seus próximos concorrentes. A Comissão sublinhou, por exemplo no considerando 2460 e na nota n.º 3245 da decisão recorrida, a importância dos resultados da sua análise econométrica destinada a verificar se a baixa do preço de determinados medicamentos da classe dos IEC, na sequência da introdução de genéricos destes medicamentos, tinha produzido, ou não, efeito nas vendas do perindopril. Na decisão recorrida, a Comissão referiu, várias vezes, nomeadamente nos considerandos 2527 e 2534, que a inexistência de pressões nos preços resultante do quadro regulamentar e revelada pela análise dos acontecimentos naturais permitia concluir que nenhuma outra molécula tinha exercido pressão concorrencial significativa sobre o perindopril. Entendeu, no considerando 2546 da decisão recorrida, que o facto de a pressão concorrencial exercida pelos genéricos prevalecer bastante sobre qualquer outra pressão concorrencial potencial com que o perindopril se deparava conduzia naturalmente à definição de um mercado restrito que inclui unicamente o medicamento em questão.

- 1582 A importância, na definição do mercado adotada pela Comissão, da análise dos acontecimentos naturais relativos às variações de preço é, além disso, sublinhada pela contestação da Comissão, que refere que esta análise indica, para os quatro Estados-Membros em causa, que as recorrentes não sofriam de pressão concorrencial significativa pelos produtores de outros IEC. A contestação expõe, no que respeita à Polónia, que a análise dos acontecimentos naturais demonstra que os outros medicamentos da mesma classe não exerciam pressões concorrenciais sobre o perindopril.
- 1583 Na audiência, a Comissão sublinhou ainda que a constatação da inexistência de redução das vendas do perindopril na entrada no mercado das versões genéricas dos outros IEC, muito menos caros que o perindopril, era central na sua análise e permitia concluir pela falta de pressão concorrencial significativa exercida pelos outros IEC.
- 1584 Ao conceder assim uma importância decisiva aos resultados da sua análise dos acontecimentos naturais essencialmente baseada no impacto das variações de preço, a Comissão não teve plenamente em conta o contexto específico do setor farmacêutico e não deu uma atenção suficiente aos elementos que permitem identificar a existência de pressões concorrenciais de ordem qualitativa ou não tarifária.
- 1585 Nestas condições, há que julgar procedente a segunda parte da primeira alegação invocada pela Servier, relativa à importância excessiva concedida pela Comissão às evoluções dos preços relativos dos medicamentos. A Comissão não podia deduzir da análise dos acontecimentos naturais e da pouca sensibilidade do perindopril às variações de preço dos outros IEC que a Servier não estava sujeita, da parte de outros produtos, a pressões concorrenciais de qualquer natureza, exceto as pressões exercidas pelo perindopril genérico.
- 1586 Na medida em que o Tribunal Geral julga procedente a segunda parte da primeira alegação, relativa à análise dos preços e invocada a título principal pelas recorrentes, não é necessário responder à terceira alegação invocada pelas recorrentes, na qual alegam, a título subsidiário, que a análise econométrica dos preços realizada pela Comissão enferma de um vício metodológico.

### 5) Conclusão

- 1587 A título preliminar, importa recordar, conforme acima referido nos n.ºs 1373 a 1375, que o alcance da fiscalização de legalidade prevista no artigo 263.º TFUE abrange todos os elementos das decisões da Comissão relativas aos procedimentos nos termos dos artigos 101.º e 102.º TFUE cuja fiscalização aprofundada, tanto de direito como de facto, é assegurada pelo Tribunal Geral à luz dos fundamentos invocados pelas recorrentes e tendo em conta todos os elementos de prova apresentados por estas últimas (Acórdão de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão, C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.º 72).
- 1588 Por outro lado, embora, nos domínios que dão origem a apreciações económicas complexas, a Comissão disponha de margem de apreciação em matéria económica, isso não implica que o juiz da União se deva abster de fiscalizar a interpretação de dados de natureza económica pela Comissão. Com efeito, o juiz da União deve, designadamente, não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se extraem (Acórdãos de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 39; de 8 de dezembro de 2011, Chalkor/Comissão, C-386/10 P, EU:C:2011:815, n.º 54, e de 10 de julho de 2014, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 54). Quando, para qualificar uma prática à luz do disposto no artigo 102.º TFUE, a Comissão atribui importância real a uma análise económica da capacidade de um desconto para excluir um concorrente igualmente eficaz (teste AEC),

o juiz da União está obrigado a examinar a totalidade dos argumentos formulados pela empresa punida com base nesse teste (v., neste sentido, Acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 141 a 144).

1589 No caso em apreço, no termo da avaliação global dos elementos em que a Comissão baseou a sua apreciação e o exame das alegações formuladas pelas recorrentes, há que concluir que a Comissão cometeu uma série de erros na análise da definição do mercado relevante. Com efeito, a Comissão:

- considerou erradamente, no que respeita à utilização terapêutica, que os IEC eram uma classe de medicamentos heterogêneos e que o perindopril tinha características específicas nessa classe de medicamentos;
- concluiu erradamente que um mecanismo de «inércia» dos médicos tinha restringido de forma significativa a pressão concorrencial exercida sobre o perindopril pelos outros IEC em relação aos novos pacientes;
- subestimou a propensão dos pacientes tratados com perindopril para alterarem de tratamento;
- não teve devidamente em consideração os esforços de promoção dos laboratórios e a sua importância na análise das relações de concorrência;
- ignorou as características específicas da concorrência no setor farmacêutico, deduzindo erradamente de uma análise dos acontecimentos naturais baseada essencialmente nas variações de preços que o perindopril não estava sujeito a pressões concorrenciais significativas da parte dos outros IEC.

1590 Com base numa análise que enferma dos erros que acabam de ser recordados, a Comissão restringiu o mercado relevante apenas à molécula do perindopril, quando os autos demonstram que o perindopril podia ser exposto, por parte dos outros IEC, a pressões concorrenciais significativas de ordem não tarifária. Nestas condições, há que considerar que os erros cometidos pela Comissão são suscetíveis de viciar o resultado da sua análise.

1591 Assim, há que concluir, no termo de uma apreciação realizada pelo Tribunal Geral no respeito dos limites da fiscalização jurisdicional acima recordados nos n.ºs 1587 e 1588, que não está demonstrado que o mercado de produtos relevante esteja limitado apenas ao perindopril original e genérico.

1592 Tendo em consideração o exposto, há que julgar procedente o décimo quarto fundamento, dirigido contra a definição do mercado dos produtos acabados como o do perindopril original e genérico.

### ***13. Quanto aos erros de apreciação relativos à existência de uma posição dominante no mercado dos produtos acabados***

#### ***a) Argumentos das partes***

[omissis]

#### ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

1595 Cabe recordar, a título preliminar, que resulta de jurisprudência constante que a posição dominante visada pelo artigo 102.º TFUE se refere a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite obstar à manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe permite comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos

seus clientes e, finalmente, aos consumidores (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).

- 1596 No caso em apreço, a Comissão concluiu, no considerando 2593 da decisão recorrida, que a Servier tinha detido uma posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE no mercado do perindopril original e genérico no Reino Unido, de janeiro de 2000 a junho de 2007, nos Países Baixos, de janeiro de 2000 a dezembro de 2007, em França, de janeiro de 2000 a dezembro de 2009, e na Polónia, de janeiro de 2000 a dezembro de 2009.
- 1597 Para conduzir à conclusão de que a Servier detinha uma posição dominante no mercado do perindopril original e genérico, a Comissão baseou-se nas quotas de mercado da Servier no mercado em causa, na existência de barreiras à entrada no mercado, na existência de rendas económicas substanciais e na falta de poder de compra compensadora exercida pelas autoridades públicas. Nos considerandos 2594 a 2600 da decisão recorrida, a Comissão acrescentou que, independentemente da definição do mercado que tinha adotado, elementos de provas sólidas, ou seja, a existência de rendas económicas substanciais, refletiam diretamente o poder de mercado de que a Servier beneficiava.
- 1598 As recorrentes contestam a existência de uma posição dominante e alegam, em particular, que o mercado de produtos não está limitado ao perindopril original e genérico.
- 1599 Uma vez que a definição de mercado, como referido em resposta ao fundamento anterior, está errada, na medida em que restringe o mercado de produtos apenas ao perindopril original e genérico, há que considerar, por conseguinte, que o exame do poder económico da Servier no mercado está igualmente viciado.
- 1600 Além disso, o Tribunal Geral afirma que pelo menos dois dos principais critérios de apreciação do poder económico da Servier, nomeadamente, as quotas de mercado e a existência de rendas económicas substanciais, são postos em causa pela delimitação errada do mercado relevante.
- 1601 No que respeita às quotas de mercado, a Comissão indicou, no considerando 2561 da decisão recorrida, que quotas de mercado modestas eram geralmente um bom indicador da falta de um poder de mercado forte. Considerou igualmente que quotas de mercado de mais de 50% constituíam quotas extremamente significativas e eram, em si mesmas, salvo em circunstâncias excecionais, uma prova da existência de uma posição dominante e que quotas de mercado entre 70% a 80% constituíam um indício claro de posição dominante.
- 1602 A Comissão entendeu, nos considerandos 2563 a 2567 da decisão recorrida, que a Servier detinha quotas de mercado extremamente elevadas no mercado relevante (nomeadamente, uma quota de mercado de 90% a 100% em França, na Polónia e no Reino Unido, de 2000 a 2005), em todo caso sempre superiores a 50% mesmo tendo em conta o papel dos importadores paralelos nos Países Baixos.
- 1603 Uma vez que a Comissão cometeu um erro ao considerar que o mercado de produtos relevante estava limitado apenas ao perindopril original e genérico, o cálculo das quotas de mercado efetuado pela Comissão está necessariamente errado.
- 1604 O Tribunal Geral observa que não é contestado que, embora o mercado relevante tenha sido definido pela Comissão ao nível de todos os IEC e não ao nível da molécula do perindopril, a quota de mercado média da Servier nos quatro Estados-Membros analisados pela Comissão era inferior a 25%, o que fica abaixo dos limites de quotas de mercado constitutivos, segundo a decisão recorrida, de indícios da existência de uma posição dominante.

1605 A este respeito, a Comissão indica, na decisão recorrida, que os cálculos de quotas de mercado da Servier nos IEC não assentam no valor das vendas, mas sim no volume das vendas expresso em doses definidas diárias, o que leva a sobrestimar o valor das vendas de ramipril. Mas, além de a Comissão não fornecer qualquer análise alternativa das vendas relativas dos diferentes IEC, resulta dos n.ºs 1494 e 1498, *supra*, que, em janeiro de 2000, o perindopril dispunha, em todos os países em causa, de uma base de pacientes muito mais reduzida que outros IEC, tais como o ramipril, o enalapril ou o lisinopril. Independentemente do mercado geográfico, o perindopril da Servier nunca se encontrou na posição de líder entre os IEC em termos de vendas de comprimidos e de cápsulas, no decurso do período das práticas visadas pela decisão recorrida.

1606 Quanto às rendas económicas, a Comissão considerou que a Servier beneficiava de rendas económicas substanciais. Definiu as rendas económicas como benefícios particularmente significativos e duradouros em relação aos que existem num mercado concorrencial para o produto em causa. Avaliou as rendas de que a Servier tinha beneficiado antes da entrada dos genéricos multiplicando a diferença entre os preços anterior e posterior à entrada dos genéricos pelas quantidades vendidas pelo produtor de medicamentos originais. Todavia, este raciocínio assenta na premissa de que o mercado é limitado apenas ao perindopril original e genérico e que, por isso, não existia mercado concorrencial antes da entrada do genérico do perindopril. Uma vez que a Comissão não demonstrou que o mercado era limitado apenas ao perindopril original e genérico, não podia, com base em tal cálculo, avaliar o nível das rendas económicas da Servier. Nestas condições, a existência de rendas económicas substanciais da Servier não está demonstrada.

1607 Assim, a apreciação da Comissão sobre os dois elementos essenciais do seu raciocínio, ou seja, as quotas de mercado e a existência de rendas económicas, é posta em causa pela delimitação errada do mercado. Por conseguinte, sem que seja necessário apreciar a existência de barreiras à entrada e o poder de compra compensador das autoridades públicas, a Comissão não podia, em todo caso, concluir com base nos fundamentos que teve em consideração que a Servier detinha uma posição dominante e estava em condições de atuar, em grande medida, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores.

1608 Assim, o presente fundamento, relativo à inexistência de posição dominante no mercado dos produtos acabados, deve ser julgado procedente.

#### ***14. Quanto aos erros de direito e aos erros de apreciação relativos à existência de uma posição dominante no mercado da tecnologia***

##### ***a) Argumentos das partes***

[*omissis*]

##### ***b) Apreciação do Tribunal Geral***

1611 A Comissão entendeu, nos considerandos 2667 e 2758 da decisão recorrida, que o mercado da tecnologia relevante estava limitado à tecnologia de IPA de perindopril e que a Servier ocupava uma posição dominante neste mercado na aceção do artigo 102.º TFUE.

1612 As recorrentes contestam as conclusões da Comissão e alegam, nomeadamente, que os erros cometidos pela Comissão na definição do mercado dos produtos acabados enfermam igualmente a definição do mercado da tecnologia e a análise da posição dominante da Servier neste mercado.

- 1613 A este respeito, o Tribunal Geral interrogou as partes, na audiência, sobre as consequências que deviam ser extraídas sobre a legalidade da decisão na medida em que é baseada no artigo 102.º TFUE, na hipótese de o fundamento relativo à definição incorreta do mercado dos produtos acabados ser julgado procedente.
- 1614 A Comissão considerou que um eventual erro na delimitação do mercado dos produtos acabados não punham em causa a posição dominante da Servier no mercado da tecnologia. A Comissão alega que a demonstração da posição dominante da Servier assenta na apreciação de um conjunto de critérios relevantes, em particular do pedido de IPA de perindopril, que não é dependente da definição do mercado dos produtos acabados.
- 1615 Quanto à delimitação do mercado da tecnologia, resulta da decisão recorrida que, para concluir que o mercado da tecnologia relevante era o da tecnologia de IPA de perindopril, a Comissão baseou-se, nomeadamente, no facto de que o mercado dos produtos acabados, ligado ao mercado da tecnologia por uma relação vertical, estava limitado apenas ao perindopril original e genérico. Assim, considerou que o pedido da tecnologia de IPA resulta do pedido para o medicamento acabado de perindopril (considerandos 2648 a 2651 da decisão recorrida). Por conseguinte, a Comissão utilizou a delimitação errada do mercado relevante que considerou para o mercado dos produtos acabados no âmbito da sua análise do mercado da tecnologia, em particular no que respeita à apreciação do pedido sobre este último mercado.
- 1616 Não obstante, como a Comissão alega, também utilizou, no âmbito da sua análise do mercado da tecnologia, outros elementos para delimitar o mercado da tecnologia, nomeadamente, uma análise da substituíbilidade do lado da oferta (considerandos 2657 e seguintes da decisão recorrida).
- 1617 No caso em apreço, não é, todavia, necessária pronúncia sobre o carácter errado, ou não, da delimitação do mercado da tecnologia a fim de apreciar o fundamento relativo a erros na demonstração, pela Comissão, da existência de uma posição dominante da Servier neste mercado.
- 1618 Com efeito, resulta dos considerandos 2668 e 2669 da decisão recorrida que a Comissão considerou que a Servier se encontrava em posição dominante no mercado da tecnologia atendendo às manifestações desta posição no mercado dos produtos acabados.
- 1619 A Comissão, em particular, avaliou a posição da Servier no mercado da tecnologia de IPA com base, nos considerandos 2735 e seguintes da decisão recorrida, nas quotas de mercado da Servier no mercado dos produtos acabados. A Comissão referiu expressamente, no considerando 2738 da decisão recorrida, que a posição de mercado de uma determinada tecnologia de IPA dependia fundamentalmente da capacidade, ou não, do produto farmacêutico acabado ser introduzido no mercado de forma viável. A Comissão considerou assim, nos considerandos 2743, 2746, 2751 e 2755 da decisão recorrida, que a Servier era, salvo exceções, a única empresa a comercializar o perindopril, para daí deduzir que se encontrava em posição dominante no mercado da tecnologia do perindopril. Tal como analisado pela Comissão, a posição da Servier no mercado a montante em termos de quotas de mercado constitui, no essencial, o reflexo da posição da Servier no mercado dos produtos acabados.
- 1620 Daqui resulta que a Comissão se baseou de forma determinante na delimitação do mercado dos produtos acabados para concluir pela posição dominante da Servier no mercado da tecnologia.
- 1621 Uma vez que a delimitação do mercado dos produtos acabados estava errada, a Comissão não podia demonstrar, com base nisto, que a Servier ocupava uma posição dominante no mercado da tecnologia.
- 1622 Tendo em consideração o exposto, há que julgar procedente o fundamento relativo a erros na demonstração, pela Comissão, da existência de uma posição dominante da Servier no mercado da tecnologia, sem que seja necessário responder à alegação das recorrentes relativa ao carácter errado da delimitação do referido mercado.

## **15. Quanto aos erros de direito e de facto relativos à existência de um abuso de posição dominante**

### **a) Argumentos das partes**

[omissis]

### **b) Apreciação do Tribunal Geral**

- <sup>1625</sup> A Comissão entendeu, no considerando 2997 da decisão recorrida, que a estratégia da Servier que conjuga a aquisição de tecnologia de IPA e a conclusão de acordos de resolução amigável em matéria de patentes contra pagamento compensatório constituía uma infração única e continuada ao artigo 102.º TFUE.
- <sup>1626</sup> Todavia, atendendo às considerações expostas em resposta aos três fundamentos anteriores, há que concluir que os erros cometidos pela Comissão no exame da posição dominante da Servier no mercado dos produtos acabados e no mercado da tecnologia põem necessariamente em causa a existência de um abuso de posição dominante. Com efeito, na falta de posição dominante, a questão do abuso desta posição perdeu toda a relevância.
- <sup>1627</sup> A título acessório, o Tribunal Geral afirma que a falta de posição dominante da Servier apenas no mercado dos produtos acabados põe em causa, por si só, a existência do abuso de posição dominante imputado à Servier na decisão recorrida.
- <sup>1628</sup> A este respeito, o Tribunal Geral, conforme acima referido no n.º 1613, interrogou as partes na audiência sobre as consequências que deviam ser extraídas sobre a existência de uma infração ao artigo 102.º TFUE se o fundamento relativo à definição incorreta do mercado dos produtos acabados fosse julgado procedente.
- <sup>1629</sup> A Comissão alega, a este respeito, que, mesmo que a definição do mercado dos produtos acabados fosse censurada pelo Tribunal Geral, a existência da infração ao artigo 102.º TFUE não seria posta em causa. Nomeadamente, afirmou que os dois comportamentos abusivos visados pelo abuso de posição dominante imputado à Servier, ou seja, a aquisição da tecnologia da Azad e a série de acordos de resolução amigável em matéria de patente com as sociedades de genéricos, estavam ligados ao mercado da tecnologia.
- <sup>1630</sup> Não obstante, importa observar que a Comissão deu por provada a existência de um abuso de posição dominante que visava, em substância, segundo os termos do considerando 2765 da decisão recorrida, proteger a posição da Servier no mercado do perindopril contra qualquer entrada de genéricos, com a finalidade de proteger os rendimentos da Servier provenientes do perindopril. Assim, a Comissão acusou a Servier de uma infração única e continuada destinada, essencialmente, a proteger a posição e os rendimentos da Servier no mercado dos produtos acabados do perindopril atrasando a entrada dos genéricos. Assim, a Comissão baseou-se, para explicar e caracterizar a prática imputada à Servier, na vontade desta empresa de defender a sua posição no mercado dos produtos acabados.
- <sup>1631</sup> Por outro lado, a Comissão, que se refere essencialmente ao mercado dos produtos acabados para caracterizar a prática, qualificou os factos como infração única e continuada que abrangia simultaneamente o mercado a montante da tecnologia e o mercado dos produtos acabados. Embora a decisão recorrida distinga, como recorda a Comissão, uma prática de aquisição da tecnologia da Azad e as práticas de acordos de resolução amigável, não distingue, em contrapartida, numa infração única e continuada, os comportamentos da Servier que apenas respeitam ao mercado da tecnologia e outros comportamentos da Servier que assentam na declaração de uma posição dominante de Servier no mercado dos produtos acabados. Nem a prática de aquisição da tecnologia da Azad nem a de acordos

de resolução amigável em matéria de patentes são qualificadas pela decisão recorrida de infrações ao artigo 102.º TFUE apenas com fundamento na posição dominante da Servier no mercado da tecnologia. Na falta de posição dominante da Servier no mercado dos produtos acabados, a demonstração da existência da infração única e continuada está, assim, privada de um dos seus fundamentos essenciais, sem que seja possível apreender um comportamento destacável da Servier cujo caráter ilícito não depende da existência de uma posição dominante da empresa no mercado do perindopril e que respeita apenas ao mercado da tecnologia.

1632 Por conseguinte, o presente fundamento deve ser julgado procedente.

1633 Resulta do exame dos quatro fundamentos anteriores que a decisão recorrida deve ser parcialmente anulada, na medida em que deu por provada a existência de uma infração ao artigo 102.º TFUE. Por conseguinte, o artigo 6.º dessa decisão deve ser anulado.

### ***16. Quanto aos pedidos subsidiários de anulação das coimas ou de redução do seu montante***

1634 As recorrentes pedem a anulação das coimas que lhes foram aplicadas ou a redução do seu montante.

1635 Para obter a anulação destas coimas ou a redução do seu montante, as recorrentes invocam sete fundamentos que serão examinados em seguida.

1636 A título prévio, para ter em conta a anulação do artigo 4.º da decisão recorrida na medida em que a Comissão deu por provada a participação das recorrentes numa violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE relativa aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka (v., *supra*, a parte consagrada aos acordos concluídos com a Krka), há que anular o artigo 7.º, n.º 4, alínea b), da decisão recorrida, pelo qual a Comissão aplicou uma coima no montante de 37 661 800 euros à Servier a título dessa infração.

1637 Tendo em conta esta anulação, não é necessário examinar o mérito dos fundamentos ou das alegações que são invocados em apoio dos pedidos que visam a coima acima referida no n.º 1636.

1638 Da mesma forma, para ter em conta a anulação do artigo 6.º da decisão recorrida, pelo qual a Comissão deu por provada uma infração ao artigo 102.º TFUE (v., *supra*, as partes consagradas à definição do mercado relevante, à existência de uma posição dominante nos dois mercados relevantes e ao abuso de posição dominante), há que anular o artigo 7.º, n.º 6, da decisão recorrida, pelo qual a Comissão aplicou uma coima no montante de 41 270 000 euros à Servier a título desta infração.

1639 Tendo em conta esta anulação, não é necessário examinar o mérito dos fundamentos ou das alegações que são invocados em apoio dos pedidos que visam a coima acima referida no n.º 1638.

1640 Por conseguinte, nos desenvolvimentos seguintes, as alegações ou os argumentos relativos aos acordos concluídos com a Krka ou ao abuso de posição dominante não serão, em princípio, examinados, nem mesmo evocados. Quando, a título excecional, o forem, este exame será efetuado a título acessório.

#### ***a) Quanto ao caráter imprevisível da interpretação seguida na decisão recorrida***

##### *1) Argumentos das partes*

[*omissis*]

## 2) *Apreciação do Tribunal Geral*

- 1655 A título preliminar, importa sublinhar que a repressão eficaz das infrações em matéria de direito da concorrência não pode chegar ao ponto de violar o princípio da legalidade dos crimes e das penas, tal como consagrado no artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais (v., por analogia, no que respeita às sanções penais e à obrigação de os Estados-Membros combaterem as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União, Acórdão de 5 de dezembro de 2017, M. A. S. e M. B., C-42/17, EU:C:2017:936, n.º 61).
- 1656 Em seguida, importa recordar que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio da legalidade dos crimes e das penas exige que a lei defina claramente as infrações e as penas que as punem. Este requisito está preenchido quando a pessoa interessada pode saber, a partir da redação da disposição pertinente e, se necessário, recorrendo à interpretação que lhe é dada pelos tribunais, quais os atos e omissões pelos quais responde penalmente (v., Acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 40, e jurisprudência aí referida).
- 1657 O princípio da legalidade dos crimes e das penas não pode, pois, ser interpretado no sentido de que proscree a clarificação gradual das regras da responsabilidade penal, pela interpretação judiciária casuística, desde que o resultado seja razoavelmente previsível no momento em que a infração foi cometida, atendendo, designadamente, à interpretação então acolhida na jurisprudência relativa à disposição legal em causa (v., Acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 41, e jurisprudência aí referida).
- 1658 O alcance do conceito de previsibilidade depende em larga medida do conteúdo do texto em questão, do domínio que abrange, bem como do número e da qualidade dos seus destinatários. A previsibilidade da lei não se opõe a que a pessoa em causa recorra a aconselhamento especializado a fim de avaliar, com um grau razoável nas circunstâncias do caso, as consequências que podem resultar de um determinado ato. É, em especial, o que acontece com os profissionais habituados a ter de fazer prova de grande prudência no exercício da sua profissão e dos quais se pode esperar uma avaliação particularmente cuidada dos riscos que o ato comporta (v., Acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 42, e jurisprudência aí referida).
- 1659 Há que acrescentar que o recurso ao aconselhamento de profissionais é ainda mais evidente quando se trata, como sucedia no caso em apreço, de preparar e de redigir os acordos destinados a prevenir ou resolver de forma amigável os litígios.
- 1660 Neste contexto, embora, no momento das infrações apuradas na decisão controvertida, os órgãos jurisdicionais nacionais da União ainda não tivessem tido a oportunidade de se pronunciarem especificamente sobre um acordo de resolução amigável do tipo dos que foram concluídos pela Servier, esta devia ter previsto, eventualmente após ter recorrido a aconselhamento especializado, que o seu comportamento pudesse ser declarado incompatível com as regras de concorrência do direito da União, atendendo, designadamente, ao amplo alcance dos conceitos de «acordo» e de «prática concertada» que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, Acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 43).
- 1661 A Servier podia admitir, em particular, que, ao incentivar as sociedades de genéricos a sujeitarem-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação, por si só restritivas da concorrência, retirava qualquer legitimidade à introdução de tais cláusulas num acordo de resolução amigável em matéria de patentes. Com efeito, tal introdução também não assentava no reconhecimento pelas partes nos acordos da validade da patente e revelava, assim, uma utilização anormal da patente, sem relação com o seu objeto específico (v. n.º 267, *supra*). Deste modo, a Servier podia razoavelmente prever que adotava um comportamento abrangido pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., neste

sentido, Acórdãos de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 46, e de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, pendente de recurso, EU:T:2016:449, n.º 764).

<sup>1662</sup> Além disso, como o Tribunal Geral já afirmou, muito antes da conclusão do acordo controvertido, a jurisprudência pronunciou-se sobre a possibilidade de aplicação do direito da concorrência nos domínios caracterizados pela presença de direitos de propriedade intelectual (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão, T-471/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:460, n.ºs 314 e 315).

<sup>1663</sup> Assim, o Tribunal de Justiça considerou, desde 1974, que, embora o artigo 101.º não afetasse a existência dos direitos reconhecidos pela legislação de um Estado-Membro em matéria de propriedade industrial, as condições de exercício dos referidos direitos podiam ser abrangidas pelas proibições previstas nesse artigo e que tal podia ser o caso sempre que o exercício do referido direito fosse suscetível de constituir o objeto, o meio ou a consequência de um cartel (Acórdão de 31 de outubro de 1974, Centrafarm e de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, n.ºs 39 e 40).

<sup>1664</sup> Em seguida, desde o Acórdão de 27 de setembro de 1988, Bayer e Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), é claro que as resoluções amigáveis dos litígios relativos às patentes podem ser qualificadas como acordos na aceção do artigo 101.º TFUE.

<sup>1665</sup> Por outro lado, há que sublinhar que, pelos acordos controvertidos, a Servier e as sociedades de genéricos em causa decidiram, na realidade, concluir acordos de exclusão do mercado (v., nomeadamente, n.ºs 271, 562 e 704, *supra*). Ora, embora seja verdade que apenas num acórdão proferido posteriormente à adoção dos acordos controvertidos é que o Tribunal de Justiça declarou que os acordos de exclusão do mercado, nos quais quem permanecia indemnizava quem saía, constituíam uma restrição de concorrência por objetivo, precisou, todavia, que este tipo de acordos colidia «de forma manifesta» com a conceção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de forma autónoma a política que pretende seguir no mercado (Acórdão de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, n.ºs 8 e 32 a 34). Ao concluir tais acordos, a Servier não podia, assim, ignorar o carácter anticoncorrencial do seu comportamento.

<sup>1666</sup> É certo que, embora, devido ao facto de os acordos em causa terem sido concluídos sob a forma de resoluções amigáveis relativas a uma patente, o carácter ilícito destes acordos podia não se revelar, de forma clara, a um observador externo tal como a Comissão ou juristas especializados nos domínios em causa, o mesmo não sucedia em relação às partes no acordo.

<sup>1667</sup> As dificuldades que a Comissão podia encontrar na identificação de uma infração eram, de resto, suscetíveis de justificar, pelo menos parcialmente, a extensão do processo ou da decisão recorrida.

<sup>1668</sup> A conclusão acima apresentada no n.º 1661 não pode ser posta em causa pelos outros argumentos apresentados pelas recorrentes.

<sup>1669</sup> Em primeiro lugar, o argumento relativo à existência de uma prática da Comissão segundo a qual esta não aplica coimas ou limita-se a aplicar coimas simbólicas quando examina questões de direito novas não pode ser acolhido no caso em apreço, uma vez que, apesar da novidade das questões invocadas no âmbito do presente processo, a Servier podia razoavelmente prever que, ao atuar como atuou, ou seja, ao pagar às sociedades de genéricos para que permanecessem fora do mercado, adotava um comportamento abrangido pela proibição estabelecida no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v. n.º 1661, *supra*). A este respeito, importa sublinhar que, numa das decisões da Comissão que as recorrentes referem, constava que «não era suficientemente claro para [os interessados] que o seu comportamento constituía uma infração». Assim, a Comissão estava na presença de uma situação diferente da situação do presente litígio.

- 1670 Além disso, já acima se referiu no n.º 1665 que a Servier não podia, no caso em apreço, ignorar o caráter anticoncorrencial do seu comportamento.
- 1671 Em todo caso, segundo a jurisprudência, a Comissão dispõe de uma margem de apreciação na fixação do montante das coimas, a fim de orientar o comportamento das empresas no sentido do cumprimento das regras da concorrência. O facto de a Comissão ter aplicado, no passado, coimas de certo nível a determinados tipos de infrações não pode privá-la da possibilidade de aumentar esse nível, dentro dos limites indicados no Regulamento n.º 1/2003, se isso for necessário para assegurar a execução da política de concorrência da União. A aplicação eficaz das regras da União em matéria de concorrência exige, pelo contrário, que a Comissão possa, em qualquer altura, adaptar o nível das coimas às necessidades dessa política (Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 773).
- 1672 Em segundo lugar, embora as recorrentes refiram a existência de um parecer jurídico que tinha sido solicitado por uma das sociedades de genéricos em causa e que é mencionado no considerando 3074 da decisão recorrida, não apresentam elementos suficientes para que se possa concluir que existia uma incerteza efetiva quanto ao caráter ilícito, à luz das regras da União em matéria de direito da concorrência, dos acordos controvertidos.
- 1673 Em terceiro lugar, embora as recorrentes aleguem que a solução adotada pela Comissão na decisão recorrida é contrária aos princípios enunciados nas Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, este argumento deve ser julgado improcedente.
- 1674 Com efeito, mesmo admitindo que as recorrentes tenham pretendido invocar, assim, uma violação do n.º 209 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, resulta deste número que as cláusulas de não contestação «geralmente» não são consideradas abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Assim, tendo em conta a utilização deste termo, tal disposição não exclui a possibilidade de a introdução de cláusulas de não contestação, em determinadas circunstâncias, ser constitutiva de uma infração à concorrência.
- 1675 Além disso, o n.º 209 das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia prevê que as cláusulas de não contestação podem não estar abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE, na medida em que estas cláusulas, evitando contestações futuras dos direitos de propriedade intelectual abrangidos pelos acordos, têm por «verdadeiro objetivo [...] resolver litígios existentes e/ou evitar litígios futuros».
- 1676 Ora, como no caso em apreço, na hipótese de ter sido um pagamento compensatório, e não o reconhecimento por cada uma das partes da validade da patente, que conduziu à adoção dos acordos controvertidos, estes acordos, que, na realidade, são acordos de exclusão do mercado que prosseguem objetivos anticoncorreciais, não podem ser entendidos no sentido de que têm como «verdadeiro objetivo [...] resolver litígios existentes e/ou evitar litígios futuros».
- 1677 Por outro lado, nenhum elemento permite concluir, contrariamente ao que parecem defender as recorrentes, que a solução adotada pela Comissão na decisão recorrida era imprevisível a ponto de a Comissão ter considerado necessário alterar as disposições das Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia.
- 1678 É certo que está previsto, no n.º 243 das Orientações de 2014 relativas aos acordos de transferência de tecnologia, que as cláusulas de não contestação são suscetíveis de violar o artigo 101.º, n.º 1, TFUE se o licenciante, além da concessão dos direitos sobre tecnologia, incentivar o licenciado, financeiramente ou por outro meio, a aceitar não contestar a validade dos direitos sobre tecnologia.
- 1679 Todavia, esta nova disposição limita-se a precisar as disposições anteriormente incluídas nas Orientações de 2004 relativas aos acordos de transferência de tecnologia.

1680 Em quarto lugar, quanto ao argumento relativo à existência de contradições na decisão recorrida relativas à interpretação do conceito de concorrência potencial, importa observar que este argumento já foi julgado improcedente e remeter para as considerações já efetuadas a este respeito (v. n.ºs 374 a 377, *supra*).

1681 Resulta do exposto que o fundamento, na medida em que é relativo às infrações consideradas provadas na decisão recorrida nos termos do artigo 101.º TFUE, deve ser julgado improcedente.

***b) Quanto ao erro de direito relativo ao cúmulo das coimas***

1682 As recorrentes invocam duas alegações, relativas, a primeira, à existência de uma infração única que reagrupa todos os acordos de resolução amigável controvertidos concluídos pela Servier, que impede a Comissão de impor à Servier cinco coimas distintas, e, a segunda, ao carácter ilegal do cúmulo da coima aplicada nos termos do artigo 101.º TFUE e a coima aplicada nos termos do artigo 102.º TFUE.

*1) Quanto à violação do conceito de infração única*

*i) Argumentos das partes*

[*omissis*]

*ii) Apreciação do Tribunal Geral*

1685 As recorrentes invocam dois argumentos, ambos relativos ao conceito de infração única e referentes, o primeiro, à existência de uma infração única que agrupa todos os acordos de resolução amigável controvertidos concluídos pela Servier e, o segundo, a título subsidiário, da existência de uma infração única que agrupa os acordos Niche e Matrix.

1686 Quanto ao primeiro argumento, como acima resulta do n.º 1282, a Comissão não podia considerar provada a existência de um objetivo comum à Servier e a cada uma das sociedades de genéricos nem, portanto, de um plano de conjunto.

1687 Na falta de tal objetivo comum e de um plano de conjunto, a Comissão não estava em condições de concluir pela existência de uma infração única. Assim, tinha o direito de aplicar uma coima distinta à Servier por cada uma das infrações provadas.

1688 Por conseguinte, contrariamente ao que alegam as recorrentes, o cúmulo de coimas que a Comissão efetuou na decisão recorrida, baseado na constatação justificada da existência de infrações distintas, não pode ser considerado «injusto e desproporcionado».

1689 Pelo contrário, seria injusto para as sociedades de genéricos ver a Servier ser punida uma única vez, tal como lhes sucedeu, quando, contrariamente a estas, a Servier participou em vários acordos distintos.

1690 Além disso, o cúmulo de coimas é, no seu princípio, ainda menos desproporcionado na medida em que a Comissão teve em conta, na decisão recorrida (considerando 3128), o facto de a Servier ter cometido várias infrações, certamente distintas, mas relativas ao mesmo produto, o perindopril, e, em larga medida, às mesmas zonas geográficas e aos mesmos períodos. Neste contexto específico, para evitar um resultado potencialmente desproporcionado, decidiu limitar, em relação a cada infração, a proporção do valor das vendas realizadas pela Servier tida em conta para determinar o montante de base da coima. Assim, efetuou uma correção que conduziu para uma redução média de 54,5% de todos os valores das vendas relativas às diferentes infrações ao artigo 101.º TFUE.

- 1691 Assim, há que julgar improcedente o presente argumento.
- 1692 Quanto ao argumento específico aos acordos Niche e Matrix, como acima resulta das considerações expostas nos n.ºs 1295 a 1302, estes acordos constituíam duas infrações distintas ao artigo 101.º TFUE.
- 1693 Todavia, conforme acima referido no n.º 1296, é possível deduzir da análise do contexto e das condições destes acordos que a Servier era movida pelas «mesmas motivações» ao concluir os acordos em causa e prosseguia, a este respeito, um objetivo idêntico, ou seja, resolver de forma definitiva o litígio em curso e evitar qualquer contencioso futuro relativo ao produto da Niche/Matrix e eliminar este produto enquanto fonte de concorrência potencial mediante pagamento. Em particular, confirma efetivamente este mesmo objetivo prosseguido pela Servier na conclusão dos acordos Niche e Matrix o facto de estes acordos terem sido assinados no mesmo dia e no mesmo local pelo mesmo representante das recorrentes, o facto de os seus âmbitos de aplicação temporal e geográfico serem idênticos, o facto de os acordos serem relativos, nomeadamente, ao mesmo produto impondo obrigações semelhantes à Niche e à Matrix e, por último, o facto incontestado de que era do interesse da Servier concluir acordos com as duas partes participantes no projeto de perindopril comum em causa.
- 1694 Embora os dados factuais acima expostos no n.º 1693 não permitam demonstrar que a Niche e a Matrix prosseguiam o mesmo objetivo, o que confirma um plano comum, ao concluir os acordos em causa, nem *a fortiori* que partilhavam este plano comum com a Servier, demonstram que a Servier prosseguia o mesmo objetivo na conclusão dos acordos Niche e Matrix (v. n.ºs 1296 a 1301, *supra*).
- 1695 Por outro lado, os efeitos nocivos dos acordos em causa eram parcialmente relativos ao produto desenvolvido em comum pela Niche e pela Matrix, cuja comercialização era proibida durante o mesmo período e no mesmo território. Assim, o grau de sobreposição dos efeitos anticoncorrenciais destes acordos era particularmente elevado.
- 1696 Tendo em conta os elementos referidos nos números anteriores, que são específicos aos acordos Niche e Matrix e distinguem-nos, assim, dos acordos de resolução amigável que a Servier celebrou com outras sociedades de genéricos, há que observar que a redução a título do cúmulo de infrações tida em conta pela Comissão (v. n.º 1690, *supra*), uma vez que não aplicava um tratamento específico ao acordo Matrix, não teve suficientemente em conta as ligações que este acordo mantinha com o acordo Niche.
- 1697 Além disso, o montante da coima definido pela Comissão não tem em conta, de forma adequada, o grau de gravidade da infração constituída pelo acordo Matrix, que, no que respeita à Servier, é menor que o grau de gravidade da infração constituída pelo acordo Niche, uma vez que o acordo Matrix foi concluído pela Servier para confirmar os efeitos do acordo Niche (v. n.º 1300, *supra*) e que, tendo em conta o acordo Biogaran, a transferência de valor global de que beneficiaram a Niche e a Unichem é superior à de que beneficiou a Matrix.
- 1698 Por conseguinte, o Tribunal Geral, no exercício do seu poder de plena jurisdição, decide, para respeitar o princípio da proporcionalidade (v., neste sentido, Acórdão de 4 de setembro de 2014, YKK e o./Comissão, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, n.º 66), reduzir o montante da coima aplicada à Servier a título do acordo Matrix em 30%, ou seja, 23 736 510 euros.
- 1699 Por conseguinte, o montante da coima aplicada à Servier a título da infração referida no artigo 2.º da decisão recorrida, tal como resulta do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), desta, é fixado em 55 385 190 euros em vez de 79 121 700 euros.

2) *Quanto ao cúmulo de coimas a título dos artigos 101.º e 102.º TFUE*

i) *Argumentos das partes*

[omissis]

ii) *Apreciação do Tribunal Geral*

1702 Tendo em conta a anulação do artigo 7.º, n.º 6, da decisão recorrida (v. n.º 1638, *supra*), a Servier apenas é punida a título do artigo 101.º TFUE. Na falta de cúmulo de sanções a título dos artigos 101.º e 102.º TFUE, não é necessário, em todo caso, examinar o mérito da presente alegação, a qual deve ser julgada improcedente.

c) *Quanto ao cálculo do valor das vendas*

1703 As recorrentes baseiam-se em três alegações distintas que devem ser examinadas separadamente.

1) *Quanto à tomada em consideração das vendas do circuito hospitalar*

i) *Argumentos das partes*

[omissis]

ii) *Apreciação do Tribunal Geral*

1706 Importa observar que as recorrentes remetem, em apoio da presente alegação, para os considerandos 2408 a 2412 da decisão recorrida, nos quais a Comissão refere que exclui o setor hospitalar da sua análise do mercado.

1707 Os considerandos 2408 a 2412 da decisão recorrida figuram no n.º 6.5 da referida decisão, consagrado à evolução da posição dominante da Servier no mercado dos produtos acabados.

1708 A Comissão referiu no considerando 2412 da decisão recorrida que o perindopril era essencialmente distribuído através do circuito retalhista e que, assim, as vendas realizadas junto dos hospitais não podiam afetar os preços e os volumes globais obtidos no circuito retalhista. Assim, a Comissão considerou que as pressões concorrenciais provenientes do setor hospitalar não eram suscetíveis de impedir a Servier de se comportar independentemente de qualquer pressão concorrencial. Por conseguinte, excluiu o setor hospitalar da análise dos mercados dos produtos acabados.

1709 Por outro lado, a Comissão precisou, no considerando 2595 da decisão recorrida, que a constatação de independência em relação à pressão concorrencial permitia caracterizar a existência de um poder de mercado.

1710 Resulta do exposto que a Comissão pretendeu excluir o setor hospitalar da análise do mercado, com o fundamento de que considerava que esta parte do mercado não era relevante para determinar se a Servier dispunha, ou não, de um poder de mercado.

1711 No exame dos acordos controvertidos a título do artigo 101.º TFUE, a Comissão fez referência ao n.º 6.5 da decisão recorrida no âmbito da análise da restrição por efeito para a qual a determinação da existência de um poder de mercado da Servier tinha interesse, como resulta, nomeadamente, dos

- considerandos 1397, 1503, 1656, 1847 e 2048 da decisão recorrida e, sobretudo, do considerando 1224 desta, no qual a Comissão referiu que o conceito de poder de mercado era fundamental para a análise dos efeitos restritivos dos acordos.
- 1712 Assim, a Comissão pretendeu excluir o setor hospitalar da análise da restrição por efeito.
- 1713 No que respeita à sua análise da restrição por objetivo, a Comissão não fez referência ao n.º 6.5 da decisão recorrida e em nenhum momento referiu que excluía da sua análise o setor hospitalar. Aliás, tal exclusão não tinha interesse para a Comissão, uma vez que a análise da restrição por objetivo não a levava a determinar se a Servier dispunha, ou não, de um poder de mercado.
- 1714 Por outro lado, para constatar a existência de uma restrição por objetivo, a Comissão baseou-se na presença de cláusulas restritivas nos acordos controvertidos. Assim, foi a presença destas cláusulas e, por conseguinte, o seu âmbito de aplicação que permitiram à Comissão delimitar o alcance da restrição por objetivo. Por exemplo, no que respeita ao âmbito geográfico da restrição por objetivo considerado, em relação a cada acordo, pela Comissão, esta incluía apenas os Estados-Membros nos quais as cláusulas restritivas se aplicavam, conforme resulta do quadro n.º 50, que figura no considerando 3134 da decisão recorrida.
- 1715 Ora, as cláusulas de não comercialização que figuram nos acordos controvertidos não excluía o setor hospitalar do seu âmbito de aplicação. De igual modo, admitindo que tal exclusão é possível para uma cláusula de não contestação, as cláusulas de não contestação que figuram nestes acordos também não excluía o referido setor do seu âmbito de aplicação.
- 1716 Tendo em consideração o exposto, deve concluir-se que a Comissão não excluiu o setor hospitalar quando deu por provada a existência de uma restrição de concorrência por objetivo.
- 1717 Para determinar se as recorrentes poderiam, devido à exclusão do setor hospitalar da análise da restrição por efeito acima constatada, obter mesmo assim uma redução do montante das coimas aplicadas a título do artigo 101.º TFUE, há que garantir que a tomada em consideração da constatação de restrição por efeito efetuada pela Comissão não lhe permitiu condenar a Servier para além do que a mera constatação da restrição por objetivo lhe permitia fazer.
- 1718 A este respeito, deve ser observado que em nenhum momento a Comissão referiu na decisão recorrida que alargava o âmbito de aplicação material, temporal ou geográfico da infração para além do que a constatação da restrição por objetivo lhe permitia fazer.
- 1719 Pelo contrário, a Comissão apenas deu por provada a existência de uma restrição por efeito em quatro Estados-Membros, designadamente, a França, os Países Baixos, a Polónia e o Reino Unido, ao passo que, para o cálculo do montante da coima, no que respeita às infrações relativas à Niche e à Unichem, à Matrix, à Krka e à Lupin, alargou o alcance geográfico das infrações a todos os Estados-Membros onde os acordos eram aplicados.
- 1720 Além disso, pode afirmar-se que foi apenas a título subsidiário, «por questões de exaustividade» (considerando 1213 da decisão recorrida), que a Comissão analisou os efeitos restritivos sobre a concorrência dos acordos controvertidos.
- 1721 Por último, as próprias recorrentes referem que o cálculo do montante da coima «assenta exclusivamente na premissa segundo a qual os acordos constituem restrições por objetivo».
- 1722 Assim, a consideração da restrição por efeito efetuada pela Comissão não lhe permitiu condenar a Servier para além do que a mera restrição por objetivo lhe permitia fazer.

1723 Resulta do exposto que a Comissão teve razão ao não excluir o setor hospitalar do cálculo do montante da coima na parte desta relativa ao artigo 101.º TFUE.

1724 Resulta do exposto que a presente alegação deve ser julgada improcedente.

*2) Quanto à fundamentação insuficiente do cálculo do valor das vendas*

*i) Argumentos das partes*

[omissis]

*ii) Apreciação do Tribunal Geral*

1727 Cabe recordar que resulta de jurisprudência constante que, na fixação do montante da coima por infração às regras de concorrência, a Comissão cumpre o seu dever de fundamentação quando indica, na sua decisão, os elementos de apreciação que lhe permitiram medir a gravidade e a duração da infração, sem que tenha de indicar os números relativos ao modo de cálculo da coima (v., Acórdão de 22 de outubro de 2015, AC-Treuhand/Comissão, C-194/14 P, EU:C:2015:717, n.º 68, e jurisprudência aí referida).

1728 No caso em apreço, as recorrentes incidem a sua crítica unicamente sobre o coeficiente de correção que a Comissão aplicou ao valor das vendas.

1729 A este respeito, a Comissão referiu, no considerando 3128 da decisão recorrida, que, tendo em conta que a Servier tinha cometido várias infrações, certamente distintas, mas relativas ao mesmo produto, o perindopril, e, em grande medida, às mesmas zonas geográficas e aos mesmos períodos, aplicava um fator de correção que permitia limitar, em relação a cada infração, a proporção do valor das vendas realizadas pela Servier tida em conta para determinar o montante de base da coima. Precisou igualmente que este fator de correção conduzia à aplicação, em média, em relação a cada uma das cinco infrações ao artigo 101.º TFUE, de uma redução do valor das vendas de 54,5%.

1730 Dito isto, a Comissão, tendo em conta a jurisprudência acima referida no n.º 1727 e o facto de a aplicação do coeficiente de correção em causa, mesmo que não esteja prevista nas orientações para o cálculo das coimas, ser uma medida favorável às recorrentes, fundamentou suficientemente a sua decisão, sem que a circunstância de estas não serem capazes reproduzir todos os cálculos que conduziram, por um lado, à taxa de 54,5% acima referida e, por outro, ao montante de coima que acabou por ser fixado para cada infração ao artigo 101.º TFUE, permita uma conclusão contrária.

1731 É certo que é possível afirmar que, na sequência de uma medida de organização do processo diligenciada pelo Tribunal Geral para facilitar, se necessário, o exercício da sua competência de plena jurisdição, a Comissão transmitiu informações mais precisas sobre os cálculos que lhe permitiram chegar à taxa de 54,5% acima referida e ao montante de coima que acabou por ser fixado para cada infração ao artigo 101.º TFUE, e que estas informações permitiram ao Tribunal Geral e às recorrentes compreender, de forma mais detalhada, de que modo é que a Comissão tinha determinado esta taxa e estes montantes.

1732 No entanto, o facto de serem comunicadas posteriormente no decurso do processo contencioso informações mais precisas relativas ao cálculo do montante da coima em caso de infração às regras da concorrência não é suscetível de demonstrar que a decisão recorrida enfermava, a este respeito, de fundamentação insuficiente. Com efeito, os esclarecimentos prestados pelo autor de uma decisão impugnada, que completam uma fundamentação já em si mesma suficiente, não se integram, em rigor, no respeito do dever de fundamentação, mesmo que possam ser úteis à fiscalização interna dos

fundamentos da decisão, exercida pelo juiz da União, na medida em que permitem à instituição explicar as razões que estão na base da sua decisão (v., neste sentido, Acórdão de 16 de novembro de 2000, Weig/Comissão, C-280/98 P, EU:C:2000:627, n.º 45).

1733 Por outro lado, contrariamente ao que alegam as recorrentes, o caráter parcial da redução aplicada graças ao coeficiente de correção é justificado pelo facto de, conforme referido em resposta ao fundamento relativo à existência de uma infração única e continuada, os diferentes acordos em causa não constituírem uma infração única, mas infrações distintas em relação a cada uma das quais a Comissão podia aplicar uma coima distinta.

1734 Resulta do exposto que a presente alegação deve ser julgada improcedente.

### 3) Quanto ao âmbito geográfico do valor das vendas

#### i) Argumentos das partes

[omissis]

#### ii) Apreciação do Tribunal Geral

1738 As recorrentes alegam que, na decisão recorrida, em particular no quadro n.º 50, que figura no considerando 3134 desta, a Comissão definiu erradamente o âmbito geográfico das infrações ao artigo 101.º TFUE, uma vez que, por um lado, a patente 947 apenas foi concedida na Polónia após todas as infrações terem terminado, por outro, a Bulgária, a República Checa, a Estónia, o Chipre, a Letónia, a Lituânia, a Hungria, Malta, a Polónia, a Roménia, a Eslovénia, a Eslováquia e a Finlândia não estavam abrangidas pelas patentes 939 a 941.

1739 Há que precisar que no referido quadro n.º 50 constam as datas de início e de fim de cada infração por Estado-Membro.

1740 A título preliminar, há que excluir da análise a infração relativa à Teva. Com efeito, esta infração apenas diz respeito ao Reino Unido. Ora, nenhum dos argumentos das recorrentes é relativo a este Estado-Membro. Assim, não têm impacto no âmbito geográfico desta infração.

1741 Quando às outras infrações, há que observar que o âmbito de aplicação, nomeadamente geográfico, de cada infração depende necessariamente do âmbito de aplicação das cláusulas de não comercialização e de não contestação que figuram no acordo em causa. Com efeito, são estas cláusulas que restringem a concorrência e que, quando são desprovidas de qualquer legitimidade, apresentam um grau de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência suficiente para que uma qualificação como restrição por objetivo possa ser adotada (v. n.º 270, *supra*).

1742 A este respeito, as recorrentes limitam-se a deduzir da inexistência de uma ou de várias patentes num determinado Estado-Membro um desaparecimento de qualquer infração em relação a este Estado, sem estabelecerem uma distinção entre as infrações e, sobretudo, em cada infração, entre os efeitos potencialmente diferentes da inexistência de patente sobre o alcance geográfico da cláusula de não comercialização e sobre o da cláusula de não contestação.

1743 Assim, as recorrentes não precisam, nem evocam, as consequências sobre a apreciação da gravidade da infração que poderia ter uma discordância ao nível dos respetivos âmbitos geográficos da cláusula de não comercialização e da cláusula de não contestação.

1744 Assim, a argumentação das recorrentes visa apenas excluir, para um determinado Estado-Membro, a existência de qualquer infração.

- 1745 Ora, basta que alguma das cláusulas de não comercialização e de não contestação tenha sido aplicada num Estado-Membro durante um determinado período para que a Comissão possa, corretamente, incluir esse Estado no âmbito geográfico dessa infração para o período em causa.
- 1746 O fundamento, tal como invocado pelas recorrentes, só pode, assim, ser julgado procedente, na medida em que permite concluir que nem a cláusula de não comercialização nem a de não contestação se aplicavam num determinado Estado-Membro durante um período em relação ao qual a Comissão considerou provada, não obstante, a existência de uma infração nesse Estado-Membro.
- 1747 Antes de mais, há que examinar, tendo em conta os diferentes argumentos das recorrentes, o âmbito de aplicação geográfico da cláusula de não comercialização em relação a cada um dos acordos distintos do acordo Teva.
- 1748 As recorrentes apresentam dois argumentos, sendo o primeiro relativa à patente 947 e o segundo às patentes 339, 340 e 341.
- 1749 No que respeita ao acordo Lupin, o seu artigo 1.º prevê que a Lupin não pode vender o «produto» em nenhum Estado-Membro. O termo «produto» remete, nomeadamente, para os medicamentos que contêm erbumina. Neste acordo, a cláusula de não comercialização não está, assim, sujeita à presença de uma patente, quer se trate da patente 947 ou das patentes 339, 340 e 341. Assim, era aplicada a todos os Estados-Membros sem que seja necessário determinar se, em cada um destes, as patentes referidas existiam no momento da infração. Uma vez que a Comissão não definiu de forma incorreta o âmbito geográfico da infração no que respeita à cláusula de não comercialização, o fundamento das recorrentes pode, por conseguinte, ser julgado improcedente, na medida em que incide sobre o acordo Lupin (v. n.ºs 1741 a 1746, *supra*).
- 1750 No que respeita aos acordos Niche e Matrix e ao acordo de resolução amigável concluído com a Krka, o alcance da cláusula de não comercialização está, em contrapartida, sujeita à presença de patentes da Servier. Assim, os argumentos das recorrentes podem ser eficazmente invocados.
- 1751 Importa, em primeiro lugar, examinar o argumento relativo à patente 947.
- 1752 As recorrentes alegam que esta patente não tinha sido concedida na Polónia no momento da infração.
- 1753 No que respeita, em todo caso (v. n.ºs 1636, 1637 e 1640, *supra*), ao acordo de resolução amigável concluído com a Krka, como resulta do quadro n.º 50, que figura no considerando 3134 da decisão recorrida, o qual não é contestado no que se refere a este ponto, a Comissão não teve em conta a existência de uma infração relativa à Polónia. Assim, é indiferente que este Estado-Membro tenha estado ou não abrangido pela patente 947 no decurso do período da infração.
- 1754 Quanto ao acordo Niche, a cláusula de não comercialização prevista no artigo 3.º é aplicável nos países onde existe, nomeadamente, um «direito de patente alpha», o que inclui a patente 947 e todas as patentes ou pedidos de patentes equivalentes, como prevê o artigo 1.º, alínea ii), que figura na secção 1, sob a epígrafe «Definições».
- 1755 De igual modo, no que respeita ao acordo Matrix, a cláusula de não comercialização prevista no artigo 1.º é aplicável no «território», ou seja, em todos os países em que existe, nomeadamente, um «direito de patente alpha», o que inclui a patente 947 e todas as patentes ou pedidos de patentes equivalentes, como prevê o artigo 1.º, alínea ii), que figura na secção 1, sob a epígrafe «Definições».
- 1756 Ora, não é contestado, como resulta do considerando 120 e da nota n.º 155 da decisão recorrida, que a Servier tinha apresentado um pedido de patente para «a forma cristalina alpha do perindopril erbumina (correspondente à patente 947)» na Polónia em 6 de julho de 2001.

- 1757 Por conseguinte, o argumento das recorrentes relativo à patente 947 (v. n.º 1752, *supra*) deve ser julgado improcedente no que respeita aos acordos Niche e Matrix.
- 1758 Resulta do exposto que este argumento deve ser julgado improcedente para todos os acordos.
- 1759 Importa, em segundo lugar, examinar o argumento das recorrentes relativo às patentes 339, 340 e 341.
- 1760 As recorrentes alegam que, no momento das infrações, a Bulgária, a República Checa, a Estónia, o Chipre, a Letónia, a Lituânia, a Hungria, Malta, a Polónia, a Roménia, a Eslovénia, a Eslováquia e a Finlândia não estavam abrangidas pelas patentes em causa.
- 1761 No que respeita ao acordo de resolução amigável concluído com a Krka, basta observar, em todo caso (v. n.ºs 1636, 1637 e 1640, *supra*), que o alcance da cláusula de não comercialização não está sujeito à presença das patentes 339 a 341. Assim, é indiferente que estas patentes ou um pedido que lhes diga respeito não tenham sido concedidas em nenhum dos Estados-Membros em relação aos quais as recorrentes alegam que estas patentes não se aplicavam.
- 1762 No que respeita aos acordos Niche e Matrix, a cláusula de não comercialização que figura nestes acordos é aplicável nos países onde as patentes 339 à 341 «e/ou» a patente 947 existem, como preveem o artigo 3.º do acordo Niche e o artigo 1.º, alínea xiii), da secção 1 do acordo Matrix e o artigo 1.º da secção 2 do mesmo acordo.
- 1763 Ora, com exceção do argumento relativo à Polónia, que acima já foi julgado improcedente, as recorrentes não alegam e, *a fortiori*, não estabelecem que a patente 947 não existia num dos Estados-Membros referidos no n.º 1760, *supra*.
- 1764 Ora, tendo estas um conhecimento preciso do âmbito de aplicação dos acordos devido à sua qualidade de corredoras dos mesmos, incumbia-lhes apresentar elementos que permitissem demonstrar tal inexistência ou, pelo menos, incumbia-lhes invocá-la.
- 1765 Assim, mesmo admitindo que os Estados-Membros referidos no n.º 1760, *supra* não tenham sido abrangidos pelas patentes 339, 340 e 341, tal circunstância não permite concluir, atendendo à argumentação desenvolvida pelas recorrentes, que as cláusulas de não comercialização que figuram nos acordos Niche e Matrix não teriam sido aplicadas nestes Estados, uma vez que as recorrentes não contestam que a patente 947 os abrangia.
- 1766 Resulta do exposto que os argumentos e as provas apresentadas pelas recorrentes não permitem concluir que a Comissão definiu incorretamente o âmbito geográfico da infração no que respeita à cláusula de não comercialização.
- 1767 Tendo em conta as considerações desenvolvidas nos n.ºs 1741 a 1746, *supra*, o presente fundamento pode ser julgado improcedente sem que seja necessário determinar se a Comissão tinha definido de forma incorreta o âmbito geográfico da infração no que respeita à cláusula de não contestação.

#### ***d) Quanto à gravidade das infrações***

##### *1) Argumentos das partes*

[*omissis*]

## 2) *Apreciação do Tribunal Geral*

- 1784 Há que examinar, em primeiro lugar, a alegação das recorrentes relativa à inexistência de intenção anticoncorrencial.
- 1785 Na realidade, as recorrentes incidem a sua crítica nos considerandos 3064 e seguintes da decisão recorrida, nos quais a Comissão se limitou a considerar que as infrações em causa tinham sido cometidas deliberadamente ou por negligência, o que lhe permitia, como prevê o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, aplicar coimas às empresas em causa.
- 1786 A este respeito, no que se refere à questão de saber se uma infração foi cometida deliberadamente ou por negligência e, por isso, pode ser punida por uma coima nos termos do artigo 23.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 1/2003, resulta da jurisprudência que esse pressuposto está preenchido quando a empresa em causa não pode ignorar o caráter anticoncorrencial do seu comportamento (Acórdãos de 18 de junho de 2013, *Schenker & Co. e o.*, C-681/11, EU:C:2013:404, n.º 37; de 10 de julho de 2014, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 156, e de 8 de setembro de 2016, *Lundbeck/Comissão*, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 762).
- 1787 Ora, resulta do exame dos diferentes acordos controvertidos, com exceção dos acordos concluídos com a Krka, que a Servier pagou às sociedades de genéricos para que permanecessem fora do mercado. Assim, não podia ignorar o caráter anticoncorrencial de tal comportamento. Com efeito, a exclusão de concorrentes do mercado constitui uma forma extrema de repartição de mercado e de limitação da produção (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, *Lundbeck/Comissão*, T-472/13, pendente de recurso, EU:T:2016:449, n.º 435), que apresenta, segundo a jurisprudência, um caráter ilícito «patente» (v., n.º 1665, *supra*).
- 1788 Embora, devido ao facto de os acordos em causa terem sido concluídos sob a forma de uma resolução amigável relativa a uma patente, o caráter ilícito destes acordos pudesse não se revelar, de forma evidente, a um observador externo, o mesmo não sucedia em relação às partes nestes acordos (v. n.º 1666, *supra*).
- 1789 Por outro lado, há que constatar que os acordos controvertidos, com exceção dos acordos concluídos com a Krka, prosseguiam objetivos anticoncorrenciais.
- 1790 Com efeito, no caso de, como ocorre em relação a cada um dos acordos controvertidos, um pagamento compensatório, e não o reconhecimento por cada uma das partes da validade da patente, levar à celebração de um acordo de resolução amigável, ou seja, quando a sociedade de genéricos é incentivada a sujeitar-se às cláusulas de não comercialização e de não contestação, as restrições à concorrência que introduzem essas cláusulas também não estão ligadas à resolução amigável de um litígio — quer este seja real ou fictício — relativo a uma patente. Assim, é o incentivo, e não o reconhecimento pelas partes no acordo da validade da patente em causa, que é a verdadeira causa das restrições à concorrência que introduzem estas cláusulas. Em tal hipótese, este acordo, no seu conjunto, pode ser considerado corretamente um acordo de exclusão do mercado que prossegue objetivos anticoncorrenciais.
- 1791 Assim, está demonstrada a existência de um objetivo anticoncorrencial e é indiferente a este respeito que a Servier tenha ou não concluído um acordo com todas as sociedades de genéricos que contestam as suas patentes, que tenha tido, ou não, a iniciativa dos acordos ou que os acordos em causa tenham sido secretos ou não.
- 1792 No entanto, estes elementos serão tidos em consideração em seguida para determinar se as taxas fixadas pela Comissão eram desproporcionadas.

- 1793 Há que examinar, em segundo lugar, a alegação das recorrentes relativa à não tomada em consideração pela Comissão da existência das patentes da Servier.
- 1794 A este respeito, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão não ignorou o facto de os acordos serem relativos a direitos de propriedade intelectual.
- 1795 Com efeito, a constatação da existência de um incentivo implica que a exclusão da recorrente do mercado que o acordo prevê resulte, não dos efeitos das patentes em causa e da sua utilização legítima, nomeadamente no âmbito de uma resolução amigável, mas sim de uma transferência de valor que represente a contrapartida financeira desta exclusão (v. n.ºs 253 a 276, *supra*).
- 1796 Importa ainda sublinhar que a Comissão respeitou as condições de aplicação do direito da concorrência aos direitos de propriedade intelectual e a presunção de validade associada a tais direitos, uma vez que reservou a qualificação como restrição por objetivo aos acordos que revelam uma utilização anormal da patente, na medida em que eram baseados num incentivo e não no reconhecimento da validade da patente (v. n.ºs 266 e 267, *supra*).
- 1797 Por último, quando, como sucede em relação a todos os acordos controvertidos com exceção dos acordos concluídos com a Krka, se considera provada a existência de um incentivo, as partes também não podem invocar o seu reconhecimento, no âmbito da resolução amigável, da validade da patente. O facto de a validade da patente ser confirmada por uma instância jurisdicional ou administrativa é, a este respeito, indiferente. O mesmo acontece quanto à validação da patente 947 pela Divisão de Oposição do IEP ou às constatações, favoráveis às recorrentes, que teriam efetuado os órgãos jurisdicionais britânicos (v. n.º 269, *supra*).
- 1798 Por outro lado, o argumento das recorrentes relativo ao facto de que seria «paradoxal e ilegítimo» a duração das infrações depender da extensão e dos resultados dos processos contenciosos que visam as patentes da Servier deve ser julgado improcedente.
- 1799 Com efeito, a duração das infrações imputadas às recorrentes depende do âmbito de aplicação temporal das cláusulas de não comercialização e de não contestação que figuram nos acordos controvertidos, o qual depende, por sua vez, da existência das patentes da Servier e, assim, dos resultados de processos que visam a contestação destas patentes.
- 1800 Há que acrescentar que a Servier pode ainda menos contestar a ligação que existe entre a extensão dos processos contenciosos que visam as suas patentes e a duração das infrações, uma vez que o encadeamento acima referido no n.º 1799, que criou tal ligação, resulta de cláusulas contratuais de que a Servier foi corredatora.
- 1801 Há que examinar, em terceiro lugar, a alegação das recorrentes relativa à inexistência de impacto concreto das infrações no mercado.
- 1802 A este respeito, importa recordar, em primeiro lugar, que o artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe que, quando se determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração a gravidade e a duração da infração, sem especificar se esta deve ser apreciada em relação aos resultados efetivamente obtidos no mercado (Conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo *Mo och Domsjö/Comissão*, C-283/98 P, EU:C:2000:262, n.º 96).
- 1803 É certo que as Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º, do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3) preveem que a avaliação do carácter de gravidade da infração deve tomar em consideração, nomeadamente, o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável.

- 1804 Todavia, tal exigência já não é referida nas Orientações para o cálculo das coimas, aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º, do Regulamento n.º 1/2003.
- 1805 A este respeito, é possível afirmar que o fator referido no n.º 22 das orientações para o cálculo das coimas relativo, «infração foi ou não posta em prática», diz respeito ao comportamento dos participantes na infração e não aos efeitos deste no mercado.
- 1806 Por conseguinte, a Comissão não tinha a obrigação, por força das orientações para o cálculo das coimas, de tomar em consideração o impacto concreto no mercado da infração a fim de determinar a proporção do valor das vendas fixado a título da gravidade em conformidade com os n.ºs 19 a 24 das orientações para o cálculo das coimas (v., neste sentido, Acórdãos de 14 de março de 2013, *Fresh Del Monte Produce/Comissão*, T-587/08, EU:T:2013:129, n.ºs 773 a 775, e de 16 de junho de 2015, *FSL e o./Comissão*, T-655/11, EU:T:2015:383, n.º 539).
- 1807 Em segundo lugar, a jurisprudência da União também não impõe à Comissão que tenha em consideração o impacto concreto da infração no mercado.
- 1808 Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a gravidade das infrações ao direito da concorrência deve ser determinada em função de um grande número de elementos, tais como, nomeadamente, as circunstâncias específicas do caso, o seu contexto e o caráter dissuasivo das coimas, e isto sem que tenha sido fixada uma lista vinculativa ou taxativa de critérios que devam obrigatoriamente ser tomados em conta (Despacho de 25 de março de 1996, *SPO e o./Comissão*, C-137/95 P, EU:C:1996:130, n.º 54; Acórdãos de 17 de julho de 1997, *Ferriere Nord/Comissão*, C-219/95 P, EU:C:1997:375, n.º 33, e de 28 de junho de 2005, *Dansk Rørindustri e o./Comissão*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, n.º 241).
- 1809 É certo que os efeitos sobre o mercado podem ser tomados em consideração entre «um grande número de elementos» acima referidos no n.º 1808, mas só assumirão uma importância crucial se se verificar a existência de acordos, de decisões ou de práticas concertadas que não tenham como objeto direto impedir, restringir ou falsear a concorrência, e que, portanto, só são suscetíveis de ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 101.º do Tratado em consequência dos efeitos verificados em concreto. (Conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo *Mo och Domsjö/Comissão*, C-283/98 P, EU:C:2000:262, n.º 101).
- 1810 Com efeito, obrigar a Comissão, na fase do cálculo do montante da coima, a ter em conta o impacto concreto no mercado da infração teria por consequência impor-lhe uma obrigação a que, de acordo com jurisprudência constante, não está obrigada para efeitos de aplicação do artigo 101.º TFUE quando a infração em causa tem um objetivo anticoncorrencial (v., Acórdão de 3 de setembro de 2009, *Prym e Prym Consumer/Comissão*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, n.º 64, e jurisprudência aí referida).
- 1811 É verdade, como afirmam as recorrentes, que, na decisão recorrida, a Comissão não se baseou exclusivamente na constatação da existência de restrições de concorrência por objetivo, mas que teve igualmente em conta a existência de restrições por efeito.
- 1812 Todavia, foi apenas a título subsidiário, «por uma questão de exaustividade» (considerando 1213 da decisão recorrida), que a Comissão analisou os efeitos restritivos na concorrência dos acordos controvertidos. Aliás, pode observar-se que a Comissão só considerou ter demonstrado a existência de uma restrição por efeito em quatro Estados-Membros, designadamente, França, Países Baixos, Polónia e Reino Unido. Ora, para o cálculo do montante da coima, teve em conta um alcance geográfico das infrações que incluía todos os Estados-Membros nos quais os acordos eram aplicados.
- 1813 Além disso, as próprias recorrentes referem que o cálculo do montante da coima «assenta exclusivamente na premissa de que os acordos constituem restrições por objetivo».

- 1814 Resulta do exposto que a Comissão não estava obrigada a ter em conta a alegada ausência de impacto concreto das infrações no mercado quando determinou o montante da coima para as infrações ao artigo 101.º TFUE.
- 1815 Em todo caso, mesmo admitindo que a Comissão tinha que demonstrar a existência de um impacto concreto no mercado das infrações em causa e que não o fez de forma suficiente, isso não teve consequências nas taxas que fixou, na medida em que é possível concluir, mesmo na falta de tal impacto, que estas taxas não são desproporcionadas.
- 1816 A este respeito, importa observar que os acordos em causa são acordos de exclusão do mercado que prosseguem objetivos anticoncorrenciais (v. n.º 1790, *supra*). Ora, a exclusão de concorrentes do mercado é uma forma extrema de repartição de mercado e de limitação da produção (v. n.º 271, *supra*). Assim, nos termos do n.º 23 das orientações para o cálculo das coimas, tais acordos devem, em princípio, ser punidos severamente.
- 1817 Importa igualmente acrescentar que as cláusulas restritivas que figuram nos acordos controvertidos foram implementadas.
- 1818 Tendo em conta estes elementos, a proporção do valor das vendas considerada pela Comissão, ou seja, 10% ou 11%, segundo os casos, o que apenas constitui cerca de um terço da proporção máxima que pode ser considerada, não se revela desproporcionada. Pelo contrário, essas percentagens refletem adequadamente quer a gravidade das infrações dadas por provadas, que apresentam uma nocividade especial devido ao seu objetivo anticoncorrencial, quer o contexto específico em que ocorrem, caracterizado pela defesa de direitos de propriedade intelectual e a incerteza em torno do desfecho dos litígios relativos às patentes da Servier.
- 1819 A este respeito, importa observar que as recorrentes podem ainda menos invocar a inexistência de efeitos reais dos acordos controvertidos na concorrência na medida em que estes acordos, baseados num incentivo e não no reconhecimento pelas partes da validade da patente em causa, lhes permitiram precisamente substituir os riscos dos processos em matéria de patentes e as incertezas em torno das condições e das possibilidades de entrada no mercado das sociedades de genéricos pela certeza de manter estas sociedades, em relação às quais foi concluído o acordo, fora do mercado.
- 1820 De igual modo, a conclusão acima exposta no n.º 1818 não pode ser posta em causa, mesmo se os elementos invocados pelas recorrentes e acima referidos no n.º 1791 estivessem demonstrados.
- 1821 Por outro lado, a falta de fundamentação invocada, sem qualquer precisão, pelas recorrentes, não pode ser julgada provada. Com efeito, a Servier estava em condições, atendendo a todas as constatações efetuadas pela Comissão na decisão recorrida, nomeadamente no considerando 3130 desta, e ao contexto em que tal decisão tinha sido adotada, de compreender os fundamentos pelos quais as taxas de 10% e de 11% do valor das vendas tinham sido fixadas.
- 1822 Em particular, a Comissão justificou de forma suficiente a aplicação de proporções diferentes do valor das vendas segundo os acordos. Com efeito, referiu que a taxa fixada para os acordos Niche, Matrix e Lupin era mais alta do que a fixada para os acordos Teva e Krka, uma vez que o alcance geográfico dos primeiros era mais importante do que o dos segundos (considerando 3131 da decisão recorrida).
- 1823 Resulta do exposto que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

***e) Quanto à duração das infrações***

- 1824 As recorrentes apresentam duas alegações, respeitantes, a primeira, a erros na determinação do ponto de partida das infrações e, a segunda, a erros na determinação do termo das infrações.

1) Quanto ao ponto de partida das infrações

i) Argumentos das partes

[omissis]

ii) Apreciação do Tribunal Geral

- 1833 Há que examinar, em primeiro lugar, o argumento de que a contestação das patentes da Servier nunca terminou nem foi adiada.
- 1834 A este respeito, há que observar que as recorrentes não demonstram nem sequer alegam que uma das sociedades de genéricos que celebraram os acordos controvertidos contestou, apesar da presença de uma cláusula de não contestação a que estava sujeita, uma das patentes da Servier.
- 1835 Assim, as recorrentes não invocam a falta de implementação dos acordos, antes pelo contrário se limitam a alegar que outras sociedades de genéricos que concluíram os acordos controvertidos contestaram as patentes da Servier.
- 1836 Também o argumento das recorrentes consiste, em substância, em invocar a inexistência de efeitos concretos na concorrência dos acordos controvertidos.
- 1837 A este respeito, cabe recordar que, no que se refere às restrições de concorrência por objetivo, a tomada em consideração dos seus efeitos concretos no mercado é supérflua para demonstrar a existência da infração (v., neste sentido, Acórdão de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, n.ºs 98 e 99) e, por conseguinte, para delimitar temporalmente essa infração e determinar assim a sua duração (v., neste sentido, Acórdão de 19 de março de 2009, Archer Daniels Midland/Comissão, C-510/06 P, EU:C:2009:166, n.ºs 113, 114 e 140).
- 1838 A inexistência de efeito dos acordos controvertidos na concorrência não pode, por isso, ser utilmente invocada para pôr em causa a duração das infrações, uma vez que esta está suficientemente demonstrada com base na declaração de uma restrição por objetivo.
- 1839 Em todo caso, embora a contestação da recorrente deva ser entendida no sentido de que não visa a declaração das infrações, na medida em que a duração destas teria sido erradamente determinada, mas sim a apreciação da gravidade das infrações consideradas provadas pela Comissão na decisão recorrida, importa recordar que a alegação de inexistência de efeitos concretos dos acordos e às consequências dessa inexistência na apreciação da gravidade das infrações já foi julgada improcedente (v. n.ºs 1801 a 1820, *supra*).
- 1840 Em segundo lugar, no que respeita aos argumentos de que algumas das infrações não podiam ser declaradas visto que a Teva e a Lupin não dispunham de uma AIM, estes argumentos já foram examinados no âmbito da resposta aos fundamentos relativos à inexistência de concorrência potencial (v. n.ºs 604 e 743, *supra*). Resulta desta resposta que a Comissão considerou erradamente que a Teva e a Lupin eram, à data da conclusão dos acordos, concorrentes potenciais da Servier. Assim, a Comissão não definiu erradamente o início as infrações em causa nesta data.
- 1841 Quanto ao argumento respeitante à não expiração do CCP relativo à patente que protege a molécula de perindopril, pode ser julgado improcedente com base nas considerações expostas no âmbito da resposta ao fundamento relativo à inexistência de concorrência potencial.

- 1842 Com efeito, conforme acima referido no n.º 359, é possível um operador assumir o risco de entrar no mercado com um produto, mesmo que seja potencialmente violador da patente em vigor, uma vez que essa entrada ou esse lançamento «com risco» podem ter êxito se o titular da patente renunciar à propositura de uma ação de contrafação ou se essa ação de contrafação for julgada improcedente caso seja proposta. Esta possibilidade de entrar «com risco» contribui para demonstrar que as patentes não constituem obstáculos intransponíveis à entrada das sociedades de genéricos no mercado.
- 1843 Além disso, a patente não se opõe a que os operadores procedam às operações necessárias para a produção e a comercialização de um produto não contrafeito. São assim considerados concorrentes potenciais do titular da patente até à sua entrada no mercado, após a qual se tornam concorrentes reais deste (v. n.ºs 357, *supra*).
- 1844 A este respeito, a Comissão referiu no considerando 3137 da decisão recorrida que as sociedades de genéricos começavam muitas vezes a preparar a sua entrada no mercado vários anos antes de expirar o CCP relativo a uma patente e que, quanto ao perindopril, esse tempo era em média de dois ou três anos. Estas considerações confirmavam a declaração de que as infrações em causa tinham tido início antes da data de expiração do CCP relativo à patente que protege a molécula de perindopril.
- 1845 No entanto, a Comissão acrescentou que, quando o CCP tinha expirado num Estado-Membro após o lançamento do perindopril genérico noutros Estados-Membros, tinha preferido, «tida em conta a existência de um processo de reconhecimento mútuo acelerado em virtude do qual os Estados-Membros acord[ar]am reconhecer a validade da autorização de introdução no mercado concedida por outro Estado-Membro» (nota n.º 4073 da decisão recorrida), adotar uma abordagem prudente e fixar a data de início de infração no momento da expiração do CCP. Em seguida, a Comissão precisou que tinha adotado tal abordagem para a Itália. Referiu que, em França, em contrapartida, nenhum produto genérico tinha sido lançado noutro Estado-Membro antes da expiração do CCP (nota de rodapé n.º 4073 da decisão recorrida).
- 1846 Os elementos acima expostos nos n.ºs 1845 e 1845 não são impugnados pelas recorrentes.
- 1847 Atendendo às considerações que acima figuram nos n.ºs 1842 a 1846, há que concluir que a Comissão considerou corretamente que algumas infrações tinham tido início em França em 8 de fevereiro de 2005, antes de expirar o CCP.
- 1848 Além disso, a alegação das recorrentes só é válida para as infrações correspondentes aos acordos Niche e Matrix, que são os únicos acordos controvertidos concluídos antes da expiração em França do CCP.
- 1849 Ora, estes apenas foram concluídos em 8 de fevereiro de 2005, ou seja, um pouco mais de um mês antes da expiração em França do CCP, ou seja, em 22 de março de 2005.
- 1850 Assim, é ainda mais fácil constatar que, à data de 8 de fevereiro de 2005, as sociedades de genéricos em causa estavam em condições de preparar uma entrada no mercado suscetível de ocorrer desde a expiração do CCP e, assim, exercer uma pressão concorrencial.
- 1851 Por outro lado, mesmo admitindo que se possa considerar que as recorrentes invocam uma violação do princípio da igualdade de tratamento e que a invocação deste fundamento não é extemporânea, a circunstância de a Servier ter podido beneficiar, relativamente à determinação do início da infração para a Itália, de um tratamento favorável que não se impunha (tendo em conta, nomeadamente, as considerações que figuram no n.º 1842, *supra*) não justifica que beneficie de tal tratamento para todos os outros Estados-Membros, exceto para demonstrar que tal diferença de tratamento é arbitrária (v. n.ºs 1868 a 1871, *infra*).

1852 Ora, tal não sucede no caso em apreço. Com efeito, existia uma diferença objetiva de situação entre a França e a Itália que não estava relacionada com a possibilidade de constatar uma infração (v. n.º 1845, *supra*).

1853 A título acessório, a diferença de situação entre a França e a Itália em que a Comissão se baseia (v. n.ºs 1844 e 1845, *supra*) podia justificar a aplicação de um tratamento diferente.

1854 Resulta do exposto que a presente alegação deve ser julgada improcedente na íntegra.

## 2) Quanto à data de termo das infrações

### i) Argumentos das partes

[*omissis*]

### ii) Apreciação do Tribunal Geral

1859 No âmbito da presente alegação, as recorrentes invocam a entrada nos mercados de vários Estados-Membros de sociedades de genéricos que não eram partes em nenhum dos acordos controvertidos e a redução dos preços do perindopril subsequente.

1860 A sua argumentação equivale, em substância, a invocar a inexistência de efeito concreto na concorrência dos acordos controvertidos desde as entradas no mercado destas sociedades de genéricos.

1861 A este respeito, cabe recordar, no que se refere às restrições de concorrência por objetivo, a jurisprudência acima referida no n.º 1837.

1862 A inexistência de efeito dos acordos controvertidos na concorrência não pode, assim, ser utilmente invocada para pôr em causa a duração das infrações, uma vez que esta está suficientemente demonstrada com base na declaração de uma restrição por objetivo.

1863 Em todo caso, embora a contestação da recorrente deva ser considerada no sentido de que não visa a declaração da infração, na medida em que a duração desta foi erradamente determinada, mas sim a apreciação da gravidade da infração tida em conta pela Comissão na decisão recorrida, há que recordar que a alegação relativa à inexistência de efeitos concretos dos acordos e às consequências dessa inexistência na apreciação da gravidade da infração já foi julgada improcedente (v. n.ºs 1801 a 1820, *supra*).

1864 Todavia, as recorrentes invocam igualmente uma violação do princípio da igualdade de tratamento.

1865 A este respeito, as recorrentes invocam o facto de a Comissão ter reduzido a duração das infrações nos Países Baixos e no Reino Unido para ter em conta a entrada de produtos genéricos nestes dois mercados, ao passo que não o fez noutros mercados em relação aos quais se baseou, regra geral, nas datas de expiração ou de invalidação das patentes da Servier (considerando 3133 da decisão recorrida).

1866 Todavia, deve ser precisado, no que respeita ao Reino Unido, que a data de termo de infração considerada corresponde certamente à entrada no mercado de um produto genérico (considerando 776 da decisão recorrida), mas igualmente a uma decisão de um órgão jurisdicional deste Estado que invalida a patente 947 (considerandos 180, 776 e 2125 da decisão recorrida).

- 1867 A relevância do argumento das recorrentes, relativo a uma diferença de tratamento segundo os Estados-Membros nos quais as infrações eram cometidas, não está, assim, demonstrada no que respeita ao Reino Unido.
- 1868 Além disso, a circunstância de a Servier ter podido beneficiar, em relação a alguns Estados-Membros, no que respeita à determinação do termo da infração, de um tratamento mais favorável que não se impunha — uma vez que se baseava na ausência de efeitos restritivos que não tem impacto quando a Comissão dá por provada, como no caso em apreço, a existência de uma restrição por objetivo (v. n.º 1862, *supra*) — não justifica que a Servier beneficie de tal tratamento relativamente a todos os outros Estados-Membros em causa. Com efeito, o princípio da igualdade de tratamento não visa garantir a uma empresa que beneficia de um tratamento favorável, que não se impunha em virtude dos textos [legislativos] ou da jurisprudência, um direito a não ser punida quando a Comissão declara corretamente a existência de uma infração.
- 1869 Contudo, é verdade que a Comissão não pode aplicar, incluindo à mesma empresa, métodos de cálculo do montante da coima que variem de forma arbitrária no sentido de que tais variações são desprovidas de qualquer justificação relevante.
- 1870 No caso em apreço, a existência de tal variação não está, porém, demonstrada. Com efeito, a Comissão referiu que adotava para os Países Baixos e o Reino Unido uma abordagem específica, que qualificava como «prudente», conduzindo essa abordagem à redução da duração dos períodos de infração para ter em conta as datas de entrada em grande escala nestes dois Estados-Membros de produtos genéricos que tiveram impacto significativo nas vendas do perindopril de Servier (considerando 3133 da decisão recorrida).
- 1871 Ora, os únicos elementos invocados pelas recorrentes a este respeito, ou seja, a existência de uma diminuição significativa do preço do perindopril da Servier e de uma diminuição contínua das suas quotas de mercado na sequência da introdução de um produto genérico em França, não são suficientes para demonstrar que as situações nos Países Baixos e no Reino Unido, por um lado, e em França, por outro, eram tão semelhantes que um tratamento diferenciado era arbitrário. *A fortiori*, os elementos invocados não permitem demonstrar o caráter arbitrário de um tratamento diferenciado entre os Países Baixos e o Reino Unido, por um lado, e a Bélgica, a República Checa e a Irlanda, por outro, uma vez que estes elementos não dizem respeito à situação destes três Estados-Membros.
- 1872 A título acessório, ao passo que resulta dos quadros n.ºs 43 e 44 da decisão recorrida que a entrada de produtos genéricos provocou uma diminuição massiva e brutal do valor das vendas de perindopril de Servier nos Países Baixos e no Reino Unido, não resulta do quadro n.º 45 da decisão recorrida que tal diminuição foi constatada em França na sequência desta entrada. A diferença de situação entre os Países Baixos e o Reino Unido, por um lado, e a França, por outro, permitia, assim, à Comissão aplicar corretamente uma diferença de tratamento dando por provado, apenas para os Países Baixos e o Reino Unido, o termo da infração desde a entrada dos produtos genéricos nestes mercados.
- 1873 A existência de uma diferença de situação, constatada no n.º 1872, *supra*, não é posta em causa pela circunstância de a entrada no mercado francês de um produto genérico ter provocado uma diminuição de 30% do preço do perindopril e «uma diminuição contínua da quota de mercado da Servier». Com efeito, estes elementos não confirmam uma diminuição do valor das vendas da Servier em França tão massiva e brutal como a observada nos Países Baixos e no Reino Unido.
- 1874 Quanto à Bélgica, à República Checa e à Irlanda, não resulta de qualquer elemento dos autos invocado pelas recorrentes que, nos mercados destes Estados-Membros, uma diminuição massiva e brutal do valor das vendas de perindopril da Servier, equivalente à observada para os Países Baixos e o Reino Unido, tinha sido constatada no momento da entrada de produtos genéricos.

1875 Resulta do exposto que a presente alegação e, por conseguinte, todo o fundamento devem ser julgados improcedentes.

*f) Quanto à aplicação de um montante adicional*

*1) Argumentos das partes*

[omissis]

*2) Apreciação do Tribunal Geral*

1883 Cabe recordar que os acordos em causa são acordos que permitem à Servier excluir os concorrentes do mercado, sendo que a circunstância de estes concorrentes serem potenciais não altera esta apreciação. Ora, tais acordos, concluídos entre concorrentes, constituem acordos horizontais. Além disso, a exclusão de concorrentes do mercado constitui uma forma extrema de repartição de mercado e de limitação da produção (Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 435). Assim, a Comissão pôde, corretamente, aplicar o n.º 25 das orientações para o cálculo das coimas, que prevê o acréscimo de um montante de coima adicional para os acordos horizontais de limitação da produção.

1884 A conclusão anterior não pode ser posta em causa pelos outros argumentos das recorrentes.

1885 Em primeiro lugar, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Comissão não negligenciou o facto de os acordos controvertidos serem relativos aos direitos de propriedade intelectual (v. n.ºs 1794 a 1797, *supra*).

1886 Em segundo lugar, contrariamente ao que alegam as recorrentes e como já foi constatado nas diferentes partes consagradas à resposta aos fundamentos relativos à inexistência de concorrência potencial, as sociedades de genéricos eram concorrentes potenciais da Servier no momento em que cada uma assinou o acordo ou os acordos controvertidos que lhe diziam respeito.

1887 Em terceiro lugar, contrariamente ao que alegam as recorrentes, a Servier podia razoavelmente prever que adotava um comportamento abrangido pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v. n.º 1661, *supra*). Além disso, não podia ignorar o carácter anticoncorrencial do seu comportamento (v. n.º 1665, *supra*).

1888 Em quarto lugar, no que respeita à inexistência de «efeitos reais» das infrações, invocada pelas recorrentes, importa observar que as mesmas se limitam, sem qualquer precisão, a invocar esta alegada inexistência para concluir pelo carácter desproporcionado do montante adicional fixado pela Comissão. Assim, este argumento não é acompanhado por precisões suficientes que permitam apreciar o seu mérito e, por conseguinte, deve ser julgado improcedente.

1889 Em todo caso, a Comissão não era obrigada nesta fase do cálculo do montante da coima nem na fase da determinação da proporção do valor das vendas que fixava (v. n.ºs 1802 a 1810, *supra*) a ter em conta uma eventual inexistência de impacto concreto no mercado. Com efeito, nem o Regulamento n.º 1/2003, nem as orientações para o cálculo das coimas, nem a jurisprudência da União lhe impõem que o faça.

1890 Em quinto lugar, a circunstância de a Comissão não ter aplicado às sociedades de genéricos um montante adicional não permite concluir por uma violação do princípio da igualdade de tratamento.

- 1891 A este respeito, existem diferenças fundamentais entre o método exposto nas orientações para o cálculo das coimas que a Comissão aplicou à Servier e o que a Comissão aplicou às sociedades de genéricos (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão, T-471/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:460, n.º 423).
- 1892 Com efeito, no âmbito do método previsto nas orientações para o cálculo das coimas, a tomada em consideração do valor das vendas no n.º 13 tem por objetivo fixar como ponto de partida para o cálculo do montante da coima aplicada a uma empresa um montante que reflita a importância económica da infração e o peso relativo desta empresa na mesma. Posteriormente, em aplicação dos n.ºs 19 e 21 destas orientações, a Comissão, segundo a gravidade da infração, fixa a proporção deste valor das vendas à reter para efeitos da determinação do montante de base. Esta proporção pode, em princípio, ir até 30% e deve ser multiplicada por um coeficiente em função da duração do acordo, em conformidade com o n.º 24 das orientações de 2006. Em seguida, em aplicação do n.º 25 destas, independentemente da duração da participação de uma empresa numa infração, a Comissão inclui no montante de base uma quantia compreendida entre 15% e 25% do valor das vendas, a fim de dissuadir as empresas de participarem em acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado e de limitação de produção, ou mesmo noutras infrações (Acórdão de 8 de setembro de 2016, Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão, T-471/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:460, n.º 424).
- 1893 Em contrapartida, o método adotado em relação às sociedades de genéricos, uma vez que permite à Comissão utilizar diretamente como montante de base as transferências de valor concedidas pela Servier à sociedade de genéricos em causa, não prevê todas estas etapas, em particular a aplicação de um montante adicional em virtude do n.º 25 das orientações para o cálculo das coimas (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Xellia Pharmaceuticals e Alpharma/Comissão, T-471/13, não publicado, em sede de recurso, EU:T:2016:460, n.º 425).
- 1894 Ora, a aplicação do primeiro método à Servier e do segundo às sociedades de genéricos era justificada.
- 1895 Com efeito, em primeiro lugar, devido ao próprio objeto dos acordos controvertidos, que são acordos de exclusão do mercado, as sociedades de genéricos não estavam, contrariamente à Servier, presentes, no decurso do período das infrações, nos mercados onde estas foram cometidas.
- 1896 Assim, a Comissão estava impossibilitada de ter em conta os valores das vendas realizadas pelas sociedades de genéricos na área geográfica em causa no último ano completo da sua participação nas infrações, como prevê o n.º 13 das orientações para o cálculo das coimas.
- 1897 Por conseguinte, não estava em condições de aplicar às sociedades de genéricos o método de cálculo do montante da coima exposto nas orientações para o cálculo das coimas e, em particular, de lhes impor um montante adicional calculado com base no valor das vendas realizadas pela empresa relacionadas com a infração em causa.
- 1898 As considerações anteriores são válidas para todas as sociedades de genéricos, uma vez que nenhuma destas pôde entrar nos mercados nos quais a infração tinha sido constatada pela Comissão.
- 1899 No que respeita em particular à Krka, mesmo admitindo que as recorrentes podem utilmente invocar, em apoio da alegação relativa à violação do princípio da igualdade de tratamento, o método de cálculo do montante da coima imposto a esta sociedade de genéricos ainda que a responsabilidade da Servier a título dos acordos concluídos com a Krka não deva ser aceite (v. n.º 1636, *supra*), tal alegação deve ser julgada improcedente.
- 1900 É certo que a comparação em que se baseia a alegação das recorrentes não é efetuada, a título de cada acordo controvertido, entre a situação da Servier e a da sociedade de genéricos em causa, mas, para todos os acordos, entre a situação da Servier e a de todas as sociedades de genéricos em causa. Assim,

a circunstância de um montante adicional não ter sido aplicado à Servier a título dos acordos concluídos com a Krka não proíbe necessariamente a tomada em consideração da situação da Krka para efeitos do exame da alegação das recorrentes.

- 1901 Em seguida, é verdade que um dos acordos que a Krka tinha concluído com a Servier previa a concessão de uma licença para a patente 947 aplicável em sete Estados-Membros. Por conseguinte, a Krka podia vender os seus produtos nestes Estados-Membros durante o período de vigência da infração.
- 1902 Todavia, a Comissão não constatou uma infração para os Estados-Membros nos quais se aplicava a licença. Não imputam às partes no acordo a entrada da Krka nos sete mercados em relação aos quais se aplicava para licença, mas a renúncia desta em entrar nos mercados dos outros Estados-Membros onde as cláusulas de não comercialização e de não contestação se aplicavam sem acordo de licença.
- 1903 Ora, o conceito de valor das vendas referido no n.º 13 das orientações para o cálculo das coimas não pode ser alargado de modo a englobar as vendas realizadas pela empresa em questão que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do cartel em causa (Acórdão de 12 de novembro de 2014, Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 57).
- 1904 Assim, os sete mercados que eram objeto do acordo de licença não podiam ser considerados incluídos na «área geográfica em causa» na aceção do n.º 13 das orientações para o cálculo das coimas.
- 1905 Há que acrescentar que, mesmo que a vantagem que proporciona um acordo de licença possa, em determinadas condições, ser qualificada de incentivado, o facto de permitir a uma sociedade de genéricos, mediante tal acordo, entrar ou manter-se sem risco num mercado é, em princípio, favorável à concorrência, uma vez que a entrada de uma sociedade de genéricos no mercado é suscetível de fazer diminuir consideravelmente os preços. Ora, afigura-se desadequado ter em conta o valor das vendas realizadas nos mercados em que a concorrência foi reforçada, a fim de aplicar uma coima a uma sociedade de genéricos que supostamente participou numa restrição de concorrência noutros mercados.
- 1906 Assim, a Comissão não estava em condições de aplicar à Krka e, *a fortiori*, às outras sociedades de genéricos partes nos acordos controvertidos o método de cálculo do montante da coima exposto nas orientações para o cálculo das coimas e, em particular, aplicar-lhes um montante adicional calculado com base no valor das vendas realizadas pela empresa relacionadas com a infração em causa.
- 1907 Ora, tal não era o caso no que respeita à Servier, que vendia o perindopril nas áreas geográficas atingidas pelas infrações.
- 1908 Em segundo lugar, o método de cálculo do montante da coima adotado pela Comissão em relação às sociedades de genéricos era adaptado às especificidades do contexto, uma vez que o montante da transferência de valor fixado no acordo tinha em conta o lucro que cada sociedade de genéricos retirava da infração que lhe dizia respeito. O referido método não era adaptado para a Servier, que supostamente lucrou com a manutenção de um preço elevado do perindopril.
- 1909 Tais diferenças de situação justificavam a aplicação às sociedades de genéricos de um tratamento diferente do tratamento da Servier, ou seja, de um método de cálculo específico que se distingue do método que figura nas orientações para o cálculo das coimas e que não exige, assim, a aplicação do montante adicional previsto nas referidas orientações.
- 1910 Resulta do exposto que a Comissão aplicou corretamente um montante adicional para o cálculo do montante da coima aplicada à Servier em relação à primeira infração ao artigo 101.º TFUE, ou seja, a que se refere à Niche e à Unichem (considerando 3139 da decisão recorrida).

1911 No que respeita à alegação distinta relativa à fundamentação insuficiente da decisão recorrida quanto à não aplicação de um montante adicional para o cálculo do montante da coima das sociedades de genéricos, importa observar que a Comissão estabeleceu o seguinte no considerando 3146 da decisão recorrida:

«As sociedades de genéricos aceitaram não vender perindopril genérico na zona geográfica afetada por cada acordo, e, assim, não realizaram vendas na zona geográfica afetada. O n.º 37 das orientações [para o cálculo das coimas] deve, por conseguinte, ser aplicado às sociedades de genéricos. O n.º 37 destas orientações permite à Comissão afastar a metodologia normal das orientações [para o cálculo das coimas] devido às particularidades de um determinado caso ou à necessidade de atingir um nível dissuasivo num caso particular.»

1912 No considerando 3152 da decisão recorrida, a Comissão enunciou, nomeadamente, o seguinte:

«Segundo o Regulamento n.º 1/2003 e as orientações [para o cálculo das coimas], a coima deve depender dos fatores seguintes: i) a gravidade da infração, ii) a sua duração, iii) qualquer circunstância agravante ou atenuante e iv) a necessidade de obter um efeito dissuasivo. A Comissão, no exercício do seu poder de apreciação, considera que, no caso em apreço e atendendo às particularidades do processo, o montante da transferência de valor recebido pelas sociedades de genéricos fornece indicações significativas quanto a estes fatores.»

1913 Resulta dos extratos referidos da decisão recorrida, em primeiro lugar, que a Comissão não aplicou o método previsto nas orientações para o cálculo das coimas, que se baseia no valor das vendas durante o último ano completo da participação na infração da empresa, mas um método que tem em conta o montante da transferência de valor de que beneficiaram as sociedades de genéricos como montante de base para o cálculo do montante da coima, em segundo lugar, que procedeu assim com base no próprio objeto dos acordos, que eram acordos de exclusão do mercado devido aos quais as sociedades de genéricos não estavam presentes neste no momento da infração, e, em terceiro lugar, que considerou que o método escolhido lhe permitia ter em conta, nomeadamente, a gravidade da infração e a sua duração.

1914 Tal fundamentação permitia às recorrentes compreender as razões pelas quais a Comissão recorria, em relação às sociedades de genéricos, a um método diferente, em particular na medida em que não implicava a aplicação de um montante adicional, do previsto nas orientações para o cálculo das coimas. Permite igualmente ao juiz da União exercer a sua fiscalização de legalidade e cumprir o seu dever de juiz de plena jurisdição.

1915 A alegação de fundamentação insuficiente a este respeito deve, assim, ser julgada improcedente.

1916 Para concluir, importa observar que a aplicação, relativamente à primeira infração ao artigo 101.º TFUE, de um montante adicional calculado com base numa taxa de 11% do valor das vendas, o qual é inferior ao intervalo de taxas previsto no n.º 25 das orientações, e, além disso, apenas aplicável a uma das infrações ao artigo 101.º TFUE imputadas à Servier, não pode ser considerada desproporcionada à luz das circunstâncias relevantes do caso em apreço, tais como recordadas nos n.ºs 1816 a 1818, *supra*.

1917 Resulta do exposto que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

***g) Quanto à violação do princípio da proporcionalidade e do princípio da individualização das penas***

1918 As recorrentes invocam duas alegações, relativas, a primeira, à não tomada em consideração das particularidades da Servier e, a segunda, à duração do procedimento administrativo.

1) Quanto à não tomada em consideração das particularidades da Servier

i) Argumentos das partes

[omissis]

ii) Apreciação do Tribunal Geral

<sup>1922</sup> Em primeiro lugar, a circunstância, admitindo-a demonstrada, de a Servier ser uma empresa «monoproduto» não impunha, enquanto tal, à Comissão a redução do montante das coimas. A este respeito, importa observar que as recorrentes não invocam, em apoio deste argumento, nenhuma disposição vinculativa do direito da União nem qualquer precedente jurisprudencial.

<sup>1923</sup> Além disso, uma empresa como a recorrente, que realiza uma parte particularmente significativa do seu volume de negócios total com produtos relacionados com o cartel, extrai dele em consequência um benefício particularmente significativo (v., neste sentido, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Pilkington Group e o./Comissão, C-101/15 P, EU:C:2016:258, n.º 100). Assim, a circunstância de a Servier ser uma empresa «monoproduto» não justifica, por si só, que o montante das coimas seja reduzido.

<sup>1924</sup> No que respeita à invocação da prática decisória da Comissão mediante a qual esta reduziu o montante de coimas com fundamento na existência de uma empresa «monoproduto», importa observar que o precedente invocado pelas recorrentes, tal como por elas apresentado, respeitava a circunstâncias diferentes das do caso presente, uma vez que a Comissão tinha reduzido o montante da coima em causa para evitar que esta atingisse o limiar de 10% do volume de negócios visado no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

<sup>1925</sup> Além disso, segundo a jurisprudência, a Comissão dispõe de uma margem de apreciação na fixação do montante das coimas, a fim de orientar o comportamento das empresas no sentido do cumprimento das regras da concorrência. O facto de a Comissão ter aplicado, no passado, coimas de certo nível a determinados tipos de infrações não pode privá-la da possibilidade de aumentar esse nível, dentro dos limites indicados no Regulamento n.º 1/2003, se isso for necessário para assegurar a execução da política de concorrência da União. A aplicação eficaz das regras da União em matéria de concorrência exige, pelo contrário, que a Comissão possa, em qualquer altura, adaptar o nível das coimas às necessidades dessa política (v., neste sentido, Acórdão de 8 de setembro de 2016, Lundbeck/Comissão, T-472/13, em sede de recurso, EU:T:2016:449, n.º 773).

<sup>1926</sup> Por outro lado, em conformidade com jurisprudência constante, o direito de invocar o princípio da proteção da confiança legítima é reconhecido a qualquer pessoa em cuja esfera jurídica uma instituição da União tenha feito surgir esperanças fundadas. O direito de invocar a confiança legítima pressupõe a reunião de três condições cumulativas. Em primeiro lugar, a administração da União deve ter dado ao interessado garantias precisas, incondicionais e concordantes, emanadas de fontes autorizadas e fiáveis. Em segundo lugar, essas garantias devem ser de molde a criar uma expectativa legítima no espírito daquele a quem se dirigem. Em terceiro lugar, as garantias dadas devem ser conformes com as normas aplicáveis (v., Acórdão de 5 de setembro de 2014, Éditions Odile Jacob/Comissão, T-471/11, EU:T:2014:739, n.º 91, e jurisprudência aí referida).

<sup>1927</sup> Ora, os elementos invocados pelas recorrentes, ou seja, uma resolução do Parlamento e uma declaração do membro da Comissão responsável pela concorrência, permitem, no máximo, concluir pela existência de uma possibilidade de as orientações para o cálculo das coimas serem alteradas no futuro para terem em conta as características específicas das empresas «monoproduto». Assim, não se trata de garantias precisas, incondicionais e concordantes suscetíveis de originar uma expectativa legítima no espírito da Servier.

- 1928 Em segundo lugar, a circunstância, admitindo-a demonstrada, de a Servier ser gerida por uma fundação sem fins lucrativos que não paga qualquer dividendo aos beneficiários que são pessoas singulares e de poder, assim, consagrar uma parte importante, ou mesmo a integralidade, dos seus lucros à investigação não impunha de forma alguma à Comissão a redução do montante das coimas.
- 1929 Além disso, a Comissão dispõe de uma margem de apreciação na fixação do montante das coimas (v. n.º 1925, *supra*).
- 1930 Mesmo admitindo que as recorrentes tivessem decidido impugnar a qualidade de empresa, na aceção do direito da concorrência, da Servier, há que salientar que as três sociedades destinatárias da decisão recorrida, que são igualmente as recorrentes, não são fundações.
- 1931 Além disso, o Tribunal de Justiça esclareceu que a circunstância de a oferta de bens e de serviços ser feita sem fins lucrativos não obsta a que a entidade que realiza essas operações no mercado deva ser considerada empresa, uma vez que esta oferta está em concorrência com a de operadores que prosseguem fins lucrativos (v., neste sentido, Acórdão de 1 de julho de 2008, MOTOE, C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 27).
- 1932 Em terceiro lugar, as recorrentes invocam uma violação do princípio da individualização das penas.
- 1933 A este respeito, importa recordar que o princípio da individualização das penas e das sanções exige que, em conformidade com o artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003, o montante da coima a pagar solidariamente seja determinado em função da gravidade da infração individualmente imputada à empresa em causa e da respetiva duração (Acórdãos de 10 de abril de 2014, Comissão e o./Siemens Österreich e o., C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, n.º 52, e de 19 de junho de 2014, FLS Plast/Comissão, C-243/12 P, EU:C:2014:2006, n.º 107).
- 1934 Ora, o argumento das recorrentes não é relativo à impugnação de uma relação de solidariedade que a Comissão aplicou ao aplicar uma mesma coima a empresas diferentes.
- 1935 Além disso, o facto de a Comissão não ter diminuído o montante das coimas aplicadas à Servier para ter em conta o facto de esta ser uma fundação sem fins lucrativos que não paga qualquer dividendo a um beneficiário pessoa singular e que podia, assim, consagrar uma parte importante, ou mesmo a integralidade, dos seus lucros à investigação não permite demonstrar que a Comissão não determinou o montante global da coima aplicada à Servier em função da gravidade da infração que lhe era individualmente imputada e da duração desta, como prevê a jurisprudência acima referida no n.º 1933.
- 1936 Resulta do exposto que a presente alegação deve ser julgada improcedente.

## 2) Quanto à duração do procedimento administrativo

### i) Argumentos das partes

[*omissis*]

### ii) Apreciação do Tribunal Geral

- 1941 Importa recordar que, embora a violação do princípio do prazo razoável possa justificar a anulação de uma decisão no final de um procedimento administrativo fundado nos artigos 101.º ou 102.º TFUE uma vez que implica igualmente uma violação dos direitos de defesa da empresa em causa, a violação pela Comissão do prazo razoável desse procedimento administrativo, admitindo-a demonstrada, não é suscetível de conduzir a uma redução do montante da coima aplicada (v., Acórdão de 9 de junho de 2016, PROAS/Comissão, C-616/13 P, EU:C:2016:415, n.º 74, e jurisprudência aí referida).

1942 No caso em apreço, as recorrentes não alegam de forma alguma que a violação do princípio do respeito do prazo razoável conduziu a uma violação dos direitos da defesa da Servier. Por conseguinte, essa violação, mesmo admitindo-a demonstrada, não é suscetível de justificar a anulação da decisão recorrida. Também não é suscetível, em aplicação da jurisprudência acima referida no n.º 1941, de permitir às recorrentes obter uma redução do montante da coima que lhes foi aplicada.

1943 Em todo caso, a Comissão refere o seguinte no n.º 1037 da contestação:

«A Comissão considera ter respeitado todas as suas obrigações legais relativas à duração do procedimento administrativo. No caso em apreço, a Comissão iniciou a sua investigação *ex officio* em 24 de novembro de 2008. A decisão foi adotada em 9 de julho de 2014. A decisão já sublinhou as várias medidas adotadas no decurso da investigação [...] Segundo a Comissão, o alcance e a importância do processo — tanto ao nível das diversas práticas objeto da investigação como do número de empresas e de autoridades envolvidas — contribuem para explicar a duração da investigação. A Comissão sublinha que a decisão era dirigida a treze empresas, respeitava à aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, seis infrações distintas e duas definições de mercado e exigia a análise de uma documentação considerável. A Comissão enviou mais de 200 [pedidos de informações], procedeu à inspeção de 6 empresas, organizou mais de 15 reuniões de trabalho com as empresas em causa e constituiu um processo com mais de 11 000 entradas [...]».

1944 Ora, estes elementos, não impugnados pelas recorrentes, aos quais acresce a complexidade jurídica e factual do processo em causa, que resulta, pelo menos parcialmente, da redação dos acordos de que as recorrentes eram as corredoras, permitem concluir que a duração do procedimento administrativo não excedeu, no caso em apreço, um prazo razoável.

1945 Importa acrescentar que a constatação de complexidade que foi acima efetuada no n.º 1944 não é contraditória com o que a Comissão estabeleceu, por outro lado, no considerando 3110 da decisão recorrida, no qual referiu o seguinte:

«[...] Em todo caso, as práticas do caso em apreço, que tinham por objeto uma exclusão do mercado em troca de uma transferência de valor, não podem ser consideradas, no que respeita à imposição de coimas, juridicamente complexas e a sua ilegalidade era previsível para as partes.»

1946 Com efeito, importa recordar que, embora, devido ao facto de os acordos em causa terem sido concluídos sob a forma de resoluções amigáveis relativas a uma patente, o carácter ilícito desses acordos pudesse não se revelar evidente a um observador externo como a Comissão, o mesmo não sucedia em relação às partes no acordo.

1947 Resulta do exposto que a presente alegação e, por conseguinte, o fundamento na íntegra devem ser julgados improcedentes.

#### ***h) Síntese sobre a anulação das coimas e a redução do seu montante***

1948 Cabe recordar que os acordos controvertidos são, com exceção dos acordos concluídos com a Krka, acordos de exclusão do mercado que prosseguem objetivos anticoncorrenciais. Ora, a exclusão de concorrentes do mercado é uma forma extrema de repartição de mercado e de limitação da produção (v. n.º 1816, *supra*). Assim, tais acordos devem, em virtude do n.º 23 das orientações para o cálculo das coimas, em princípio, ser punidos severamente (v. n.º 1816, *supra*).

- 1949 Além disso, estes acordos, baseados num incentivo e não no reconhecimento pelas partes da validade da patente em causa, permitiram à Servier substituir os riscos dos processos em matéria de patentes e as incertezas em torno das condições e das possibilidades de entrada no mercado das sociedades de genéricos pela certeza de manter estas sociedades, em relação às quais foi concluído o acordo, fora do mercado (v. n.º 1819, *supra*).
- 1950 Por último, há que observar que estes acordos foram aplicados.
- 1951 Por outro lado, importa recordar que a Comissão teve em conta, na decisão recorrida (considerando 3128), o facto de a Servier ter cometido várias infrações, certamente distintas, mas relativas ao mesmo produto, o perindopril, e, em larga medida, às mesmas zonas geográficas e aos mesmos períodos. Neste contexto específico, para evitar um resultado potencialmente desproporcionado, decidiu limitar, para cada infração, a proporção do valor das vendas realizadas pela Servier tida em conta para determinar o montante de base da coima. Assim, efetuou uma correção que conduziu a uma redução média de 54,5% de todos os valores relativos às diferentes infrações ao artigo 101.º TFUE.
- 1952 Além disso, a proporção do valor das vendas considerada para efeitos do cálculo do montante da coima pela Comissão, ou seja, 10% ou 11%, segundo os casos, apenas constitui cerca de um terço da proporção máxima que pode ser tida em conta.
- 1953 Por último, o Tribunal Geral, tendo em conta as ligações que o acordo Matrix mantém com os acordos Niche, reduziu o montante da coima aplicada à Servier a título do acordo Matrix.
- 1954 Atendendo aos elementos que acabam de ser recordados nos n.ºs 1948 a 1953 e a todas as considerações que figuram no presente acórdão, há que concluir que os montantes das coimas aplicadas à Servier a título do artigo 101.º TFUE não são desproporcionados, tendo em conta as reduções já efetuadas pelo Tribunal Geral no âmbito dos seus poderes de plena jurisdição, mesmo que a Comissão, no considerando 3130 da decisão recorrida, tenha entendido erradamente, como resulta da resposta ao fundamento respeitante a erros de apreciação relativos à definição do mercado relevante, que a Servier «possuía quotas de mercado bastante elevadas nos mercados relevantes definidos para efeitos da presente decisão e afetados pelas infrações ao artigo 101.º [TFUE]».
- 1955 Há que precisar igualmente que, uma vez que a Comissão considerou corretamente que as infrações declaradas eram infrações distintas (v. n.ºs 1685 a 1691, *supra*), o facto de o montante cumulado das coimas representar uma percentagem significativa do volume de negócios mundial da Servier não permite concluir que estas coimas são desproporcionadas. O seu carácter afigura-se ainda menos desproporcionado na medida em que essa percentagem foi substancialmente reduzida pelo Tribunal Geral no âmbito dos seus poderes de plena jurisdição.
- 1956 Resulta do exposto que devem ser julgados improcedentes os pedidos subsidiários das recorrentes, na parte em que respeitam às coimas aplicadas à Servier pelas infrações relativas ao artigo 101.º TFUE, com exceção dos pedidos que visam obter, por um lado, uma anulação da coima aplicada à Servier a título da infração relativa aos acordos concluídos com a Krka e, por outro, uma redução do montante da coima aplicada à Servier a título da infração relativa ao acordo Matrix. Quanto aos pedidos subsidiários das recorrentes, na parte em que respeitam à infração relativa ao artigo 102.º TFUE, devem ser julgados procedentes, por conseguinte, uma vez que o artigo 6.º da decisão recorrida, no qual a Comissão declarou uma infração ao artigo 102.º TFUE, é anulado (v., n.º 1638, *supra*).
- 1957 Por último, há que acrescentar que a Comissão, no âmbito das modalidades de cálculo do montante de cada uma das coimas ligadas às diferentes infrações ao artigo 101.º TFUE que deu por provadas, introduziu um fator de correção dependente do número de infrações que ocorreram de forma concomitante num Estado-Membro. Assim, a conclusão de que uma das infrações ao

artigo 101.º TFUE não está demonstrada pode eventualmente levar o Tribunal Geral a questionar a oportunidade que pode existir para aumentar as coimas aplicadas à Servier a título das outras infrações ao artigo 101.º TFUE.

1958 Todavia, tendo em conta todas as circunstâncias do caso em apreço, nomeadamente, as recordadas no fim do n.º 1954, *supra*, não há que proceder a tal aumento, que, de resto, de nenhuma forma foi pedido pela Comissão.

#### IV. Conclusão geral

1959 Em primeiro lugar, no que respeita ao artigo 101.º TFUE, resulta de todas estas considerações que a Comissão podia, com razão, declarar uma restrição de concorrência por objetivo em relação aos acordos Niche, Matrix, Teva e Lupin. Nestas condições, não é necessário, em todo caso, examinar se a declaração de restrição de concorrência por efeito relativa a esses mesmos acordos é procedente.

1960 Em contrapartida, por um lado, no que respeita à infração declarada a título dos acordos concluídos com a Krka, o Tribunal Geral conclui que a Comissão não demonstrou a existência de uma restrição de concorrência por objetivo. Examinando a declaração efetuada pela Comissão da existência de uma restrição de concorrência por efeito, o Tribunal Geral conclui igualmente que esta não está declarada. Assim, o artigo 4.º da decisão recorrida deve ser anulado, na medida em que, nesse artigo, a Comissão deu por provada a participação da Servier numa infração nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE no que respeita aos acordos concluídos entre a Servier e a Krka. Por conseguinte, o artigo 7.º, n.º 4, alínea b), da decisão recorrida, no qual a Comissão aplicou uma coima no montante de 37 661 800 euros à Servier a título desta infração, deve igualmente ser anulado.

1961 Por outro lado, no exercício da sua plena jurisdição, o Tribunal Geral considera que o montante da coima aplicada à Servier a título da infração relativa ao acordo Matrix constatada no artigo 2.º da decisão recorrida é demasiado elevado. Por conseguinte, esse montante, que resulta do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), da decisão recorrida, deve ser reduzido e fixado em 55 385 190 euros.

1962 Quanto ao restante, no que respeita às coimas aplicadas pela Comissão à Servier a título dos acordos Niche, Teva e Lupin, o seu montante deve ser confirmado.

1963 Em segundo lugar, no que respeita ao artigo 102.º TFUE, o Tribunal Geral considera que não está demonstrado que o mercado dos produtos acabados relevante estava limitado ao perindopril. Uma vez que a posição dominante da Servier não está demonstrada nem neste mercado nem no mercado da tecnologia, a existência de um abuso desta posição é posta em causa, pelo que o artigo 6.º da decisão recorrida, relativo à declaração dessa infração, deve ser anulado. Por conseguinte, o artigo 7.º, n.º 6, da decisão recorrida, no qual a Comissão aplicou uma coima no montante de 41 270 000 euros à Servier a título dessa infração, deve igualmente ser anulado.

#### V. Quanto às despesas

1964 Nos termos do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

1965 Nos termos do artigo 134.º, n.º 3, primeiro período, do Regulamento de Processo, se as partes obtiverem vencimento parcial, cada uma das partes suporta as suas próprias despesas.

1966 Tendo as recorrentes e a Comissão sido parcialmente vencidas, cada uma das partes deve ser condenada nas respetivas despesas.

<sup>1967</sup> Nos termos do artigo 138.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, o Tribunal Geral pode decidir que um interveniente diferente dos mencionados nos n.ºs 1 e 2 suporte as suas próprias despesas.

<sup>1968</sup> Sendo a disposição acima referida no n.º 1967 aplicável à EFPIA, há que condená-la a suportar as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção Alargada)

decide:

- 1) **É anulado o artigo 4.º da Decisão da Comissão C (2014) 4955 final, de 9 de julho de 2014, relativa a um processo de aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE [AT.39.612 — Perindopril (Servier)], na medida em que dá por provada a participação da Servier SAS e dos Laboratoires Servier SAS nos acordos referidos nesse artigo.**
- 2) **É anulado o artigo 6.º da Decisão C (2014) 4955 final.**
- 3) **É anulado o artigo 7.º, n.º 4, alínea b), e n.º 6, da Decisão C (2014) 4955 final.**
- 4) **O montante da coima aplicada à Servier e aos Laboratoires Servier a título da infração referida no artigo 2.º da Decisão C (2014) 4955 final, tal como resulta do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), desta, é fixado em 55 385 190 euros.**
- 5) **É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**
- 6) **A Servier, a Servier Laboratories Ltd e a Laboratoires Servier, por um lado, a Comissão Europeia, por outro, suportarão as suas próprias despesas.**
- 7) **A European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) suportará as suas próprias despesas.**

Gervasoni  
da Silva Passos

Bieliūnas

Madise  
Kowalik-Bańczyk

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 12 de dezembro de 2018.

Assinaturas

## Índice

I. Antecedentes do litígio .....	2
A. Quanto às recorrentes .....	2
B. Quanto ao perindopril e suas patentes .....	2
1. Perindopril .....	2
2. Patente relativa à molécula .....	3
3. Patentes secundárias .....	3
4. Perindopril de segunda geração .....	3
C. Quanto aos litígios relativos ao perindopril .....	4
1. Litígios no IEP .....	4
2. Litígios nos órgãos jurisdicionais nacionais .....	4
a) Litígio que opõe a Servier à Niche e à Matrix .....	4
b) Litígios que opõem a Servier à Ivax e à Teva .....	5
c) Litígios que opõem a Servier à Krka .....	5
d) Litígio que opõe a Servier à Lupin .....	6
e) Litígios que opõem a Servier à Apotex .....	6
D. Quanto às resoluções amigáveis dos litígios relativos às patentes .....	7
1. Acordos celebrados pela Servier com a Niche e a Unichem e com a Matrix .....	7
2. Acordo celebrado pela Servier com a Teva .....	8
3. Acordos celebrados pela Servier com a Krka .....	9
4. Acordo celebrado pela Servier com a Lupin .....	10
E. Quanto à aquisição de tecnologias capacitantes .....	11
F. Quanto à investigação setorial .....	11
G. Quanto ao procedimento administrativo e à decisão recorrida .....	11
II. Tramitação do processo e pedidos das partes .....	12
III. Questão de direito .....	14
A. Quanto à admissibilidade .....	14

1.	Quanto à admissibilidade do terceiro pedido .....	14
	a) Argumentos das partes .....	14
	b) Apreciação do Tribunal Geral .....	14
2.	Quanto à admissibilidade de determinados anexos da petição .....	17
	a) Argumentos das partes .....	17
	b) Apreciação do Tribunal Geral .....	17
B.	Quanto ao mérito .....	20
1.	Quanto à violação do princípio da imparcialidade e do direito a uma boa administração ...	20
	a) Argumentos das partes .....	20
	b) Apreciação do Tribunal Geral .....	20
2.	Quanto à falta de consulta efetiva do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões, práticas concertadas e posições dominantes .....	26
	a) Argumentos das partes .....	26
	b) Apreciação do Tribunal Geral .....	26
3.	Quanto à violação do direito a um recurso efetivo, dos direitos da defesa e do princípio da igualdade de armas .....	33
	a) Argumentos das partes .....	33
	b) Apreciação do Tribunal Geral .....	33
4.	Quanto à desvirtuação dos factos .....	36
	a) Argumentos das partes .....	36
	b) Apreciação do Tribunal Geral .....	36
5.	Quanto aos erros de direito relativos à definição do conceito de restrição de concorrência por objetivo .....	39
	a) Quanto ao carácter restritivo por objetivo dos acordos de resolução amigável em matéria de patentes .....	41
	1) Quanto às restrições da concorrência por objetivo .....	41
	2) Quanto aos direitos de propriedade intelectual e, em particular, às patentes .....	44
	3) Quanto às resoluções amigáveis de litígios em matéria de patentes .....	47
	4) Quanto à conciliação entre os acordos de resolução amigável em matéria de patentes e o direito da concorrência .....	49
	5) Quanto ao incentivo .....	53

6) Quanto à aplicabilidade da teoria das restrições acessórias aos acordos de resolução amigável .....	55
7) Quanto à conciliação entre os acordos de resolução amigável em matéria de patentes e o direito americano da concorrência .....	57
8) Quanto aos efeitos por natureza ambivalentes dos acordos de resolução amigável ..	58
b) Quanto aos critérios de qualificação de restrição por objetivo dos acordos de resolução amigável tidos em conta pela Comissão .....	59
1) Quanto ao critério relativo à concorrência potencial .....	59
i) Argumentos das partes .....	59
ii) Apreciação do Tribunal Geral .....	60
— Quanto aos critérios de apreciação da concorrência potencial .....	60
— Quanto aos obstáculos à concorrência potencial constituídos pelas patentes das recorrentes .....	66
2) Quanto ao critério relativo ao compromisso das sociedades de genéricos limitarem os seus esforços independentes para entrarem no mercado .....	75
i) Argumentos das partes .....	75
ii) Apreciação do Tribunal Geral .....	75
3) Quanto ao critério relativo à transferência de valor em benefício das sociedades de genéricos .....	77
i) Argumentos das partes .....	77
ii) Apreciação do Tribunal Geral .....	77
6. Quanto aos acordos concluídos com a Niche e com a Matrix .....	79
a) Quanto à qualidade de concorrente potencial da Niche e da Matrix .....	79
b) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de restrição de concorrência por objetivo dos acordos Niche e Matrix .....	79
1) Argumentos das partes .....	79
2) Apreciação do Tribunal Geral .....	79
i) Quanto à inexistência de transferência de valor incentivador .....	80
ii) Quanto à falta de carácter suficientemente nocivo das cláusulas de não contestação e de não comercialização .....	84
c) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito dos acordos Niche e Matrix .....	86
7. Quanto ao acordo concluído com a Teva .....	87

a)	Quanto à qualidade de concorrente potencial da Teva .....	87
b)	Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por objetivo do acordo Teva .....	87
1)	Argumentos das partes .....	87
2)	Apreciação do Tribunal Geral .....	87
i)	Quanto à falta de limitação dos esforços da sociedade de genéricos para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais .....	87
ii)	Quanto à inexistência de vantagem incentivadora .....	93
	— Quanto à indemnização fixa final .....	94
	— Quanto ao montante inicial .....	95
iii)	Quanto à alegação, invocada a título subsidiário, relativa à duração da infração .....	97
c)	Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito do acordo Teva .....	98
8.	Quanto ao acordo concluído com a Lupin .....	98
a)	Quanto à qualidade de concorrente potencial da Lupin .....	98
b)	Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por objetivo do acordo concluído com a Lupin .....	98
1)	Argumentos das partes .....	98
2)	Apreciação do Tribunal Geral .....	98
i)	Quanto à inexistência de vantagem incentivadora .....	98
ii)	Quanto à falta de limitação dos esforços da sociedade de genéricos para fazer concorrência à sociedade de medicamentos originais .....	103
iii)	Quanto à inexistência de infração .....	108
iv)	Quanto ao fundamento invocado a título subsidiário pela Servier e relativo ao erro na determinação da duração da infração .....	111
c)	Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito do acordo concluído com a Lupin .....	113
9.	Quanto aos acordos concluídos com a Krka .....	113
a)	Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de restrição de concorrência por objetivo dos acordos concluídos com a Krka .....	113
1)	Quanto aos acordos de resolução amigável e de licença .....	113
i)	Argumentos das partes .....	113
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	113

2) Quanto ao acordo de cessão .....	125
i) Argumentos das partes .....	125
ii) Apreciação do Tribunal Geral .....	125
b) Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação como restrição de concorrência por efeito dos acordos concluídos com a Krka .....	127
1) Argumento das partes .....	127
2) Apreciação do Tribunal Geral .....	128
i) Quanto à abordagem seguida pela Comissão .....	128
ii) Quanto à jurisprudência relevante no caso em apreço .....	131
iii) Quanto ao erro de apreciação .....	136
— Quanto à cláusula de não comercialização que figura no acordo de resolução amigável .....	136
— Quanto à cláusula de não contestação que figura no acordo de resolução amigável .....	141
— Quanto ao licenciamento da tecnologia da Krka .....	144
iv) Quanto ao erro de direito .....	145
10. Quanto ao fundamento relativo à definição do conceito de restrição de concorrência por efeito .....	146
a) Argumentos das partes .....	146
b) Apreciação do Tribunal Geral .....	147
11. Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à qualificação de infrações distintas ..	147
a) Quanto à qualificação de infrações distintas dos cinco acordos .....	147
1) Argumentos das partes .....	147
2) Apreciação do Tribunal Geral .....	147
b) Quanto à qualificação de infrações distintas dos acordos concluídos com a Niche e com a Matrix .....	152
1) Argumentos das partes .....	152
2) Apreciação do Tribunal Geral .....	152
12. Quanto aos erros de direito e de apreciação relativos à definição do mercado dos produtos acabados relevante .....	154
a) Argumentos das partes .....	154
b) Apreciação do Tribunal Geral .....	155

1) Observações preliminares.....	155
i) Quanto à extensão da fiscalização do juiz da União .....	155
ii) Quanto à delimitação de um mercado relevante de produtos no setor farmacêutico .....	157
2) Quanto à primeira parte da primeira alegação, relativa à não tomada em consideração de todos os elementos do contexto económico .....	162
3) Quanto à segunda alegação, relativa ao facto de a Comissão ter ignorado a substituíbilidade terapêutica dos IEC .....	163
i) Quanto à distinção entre o perindopril e os outros IEC em termos de eficácia e de efeitos secundários.....	163
ii) Quanto ao fenómeno de «inércia» dos médicos em relação a novos pacientes .	173
iii) Quanto à propensão para alteração dos pacientes em tratamento contínuo ....	177
iv) Quanto aos esforços promocionais .....	182
4) Quanto à segunda parte da primeira alegação, relativa à importância excessiva concedida ao critério do preço na análise do mercado, e quanto à terceira alegação, subsidiária, relativa ao facto de a análise econométrica da Comissão estar viciada ..	185
5) Conclusão .....	188
13. Quanto aos erros de apreciação relativos à existência de uma posição dominante no mercado dos produtos acabados .....	189
a) Argumentos das partes .....	189
b) Apreciação do Tribunal Geral .....	189
14. Quanto aos erros de direito e aos erros de apreciação relativos à existência de uma posição dominante no mercado da tecnologia .....	191
a) Argumentos das partes .....	191
b) Apreciação do Tribunal Geral .....	191
15. Quanto aos erros de direito e de facto relativos à existência de um abuso de posição dominante .....	193
a) Argumentos das partes .....	193
b) Apreciação do Tribunal Geral .....	193
16. Quanto aos pedidos subsidiários de anulação das coimas ou de redução do seu montante ..	194
a) Quanto ao carácter imprevisível da interpretação seguida na decisão recorrida .....	194
1) Argumentos das partes .....	194
2) Apreciação do Tribunal Geral .....	195

b)	Quanto ao erro de direito relativo ao cúmulo das coimas .....	198
1)	Quanto à violação do conceito de infração única .....	198
i)	Argumentos das partes .....	198
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	198
2)	Quanto ao cúmulo de coimas a título dos artigos 101.º e 102.º TFUE .....	200
i)	Argumentos das partes .....	200
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	200
c)	Quanto ao cálculo do valor das vendas .....	200
1)	Quanto à tomada em consideração das vendas do circuito hospitalar .....	200
i)	Argumentos das partes .....	200
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	200
2)	Quanto à fundamentação insuficiente do cálculo do valor das vendas .....	202
i)	Argumentos das partes .....	202
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	202
3)	Quanto ao âmbito geográfico do valor das vendas .....	203
i)	Argumentos das partes .....	203
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	203
d)	Quanto à gravidade das infrações .....	205
1)	Argumentos das partes .....	205
2)	Apreciação do Tribunal Geral .....	206
e)	Quanto à duração das infrações .....	209
1)	Quanto ao ponto de partida das infrações .....	210
i)	Argumentos das partes .....	210
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	210
2)	Quanto à data de termo das infrações .....	212
i)	Argumentos das partes .....	212
ii)	Apreciação do Tribunal Geral .....	212
f)	Quanto à aplicação de um montante adicional .....	214
1)	Argumentos das partes .....	214

2) Apreciação do Tribunal Geral .....	214
g) Quanto à violação do princípio da proporcionalidade e do princípio da individualização das penas.....	217
1) Quanto à não tomada em consideração das particularidades da Servier .....	218
i) Argumentos das partes .....	218
ii) Apreciação do Tribunal Geral .....	218
2) Quanto à duração do procedimento administrativo .....	219
i) Argumentos das partes .....	219
ii) Apreciação do Tribunal Geral .....	219
h) Síntese sobre a anulação das coimas e a redução do seu montante .....	220
IV. Conclusão geral .....	222
V. Quanto às despesas .....	222