



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid)

12 december 2018\*

„Mededinging – Mededingingsregelingen – Misbruik van machtspositie – Markt van perindopril, een geneesmiddel ter behandeling van cardiovasculaire ziekten, in de oorspronkelijke en de generieke versie – Besluit waarbij een inbreuk op de artikelen 101 en 102 VWEU wordt vastgesteld – Beginsel van onpartijdigheid – Raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte – Korte beroepstermijn ten aanzien van de lengte van het bestreden besluit – Schikkingsovereenkomsten op octrooigebied – Licentieovereenkomsten – Overeenkomsten voor de aanschaf van technologie – Exclusieve-afnameovereenkomst – Potentiële mededinging – Mededingingsbeperkende strekking – Mededingingsbeperkend gevolg – Evenwicht tussen mededingingsrecht en octrooirecht – Kwalificatie als afzonderlijke inbreuken of als één enkele inbreuk – Afbakening van de voor de molecule van het betrokken geneesmiddel relevante markt – Geldboeten – Cumulatie van geldboeten uit hoofde van de artikelen 101 en 102 VWEU – Legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen – Waarde van de verkopen – Berekeningswijze in het geval van cumulatie van inbreuken op dezelfde markten”

In zaak T-691/14,

**Servier SAS**, gevestigd te Suresnes (Frankrijk),

**Servier Laboratories Ltd**, gevestigd te Wexham (Verenigd Koninkrijk),

**Les Laboratoires Servier SAS**, gevestigd te Suresnes,

aanvankelijk vertegenwoordigd door I. S. Forrester, QC, J. Killick, barrister, O. de Juvigny, advocaat en M. Utges Manley, solicitor, vervolgens door J. Killick, O. de Juvigny, M. Utges Manley, J. Jourdan en T. Reymond, advocaten,

verzoeksters,

ondersteund door

**European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA)**, gevestigd te Genève (Zwitserland), vertegenwoordigd door F. Carlin, barrister, N. Niejahr en C. Paillard, advocaten,

interveniente,

tegen

\* Procestaal: Frans.

**Europese Commissie**, aanvankelijk vertegenwoordigd door T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras en T. Vecchi, vervolgens door T. Christoforou, B. Mongin, C. Vollrath, F. Castilla Contreras en J. Norris-Usher als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU strekkende, primair, tot nietigverklaring van besluit C(2014) 4955 final van de Commissie van 9 juli 2014 inzake een procedure op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU [zaak AT.39612 – Perindopril (Servier)], voor zover het verzoeksters betreft, en, subsidiair, tot vermindering van de bij dat besluit aan hen opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: S. Gervasoni (rapporteur), president, E. Bieliūnas, L. Madise, R. da Silva Passos en K. Kowalik-Bańczyk, rechters,

griffier: G. Predonzani, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting van 6 tot en met 9 juni 2017,

het navolgende

## Arrest<sup>1</sup>

### I. Voorgeschiedenis van het geding

#### A. Verzoeksters

- 1 De groep Servier, die onder meer wordt gevormd door Servier SAS – de in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij van de groep – Les Laboratoires Servier SAS en Servier Laboratories Ltd (hierna afzonderlijk dan wel gezamenlijk: „Servier” of „verzoeksters”), is een mondiaal farmaceutisch concern. Het exclusieve toezicht op het bestuur van de moedermaatschappij van de groep wordt uitgeoefend door Stichting FIRS, een stichting zonder winstoogmerk naar Nederlands recht.

#### B. Perindopril en octrooien

##### 1. Perindopril

- 2 Servier heeft perindopril ontwikkeld, een geneesmiddel dat voor indicaties in de cardiovasculaire geneeskunde wordt gebruikt en dat hoofdzakelijk is bestemd voor de behandeling van hypertensie en hartfalen, door middel van een mechanisme dat het angiotensineconverterende enzym (hierna: „ACE”) remt.

<sup>1</sup> Enkel de punten van dit arrest waarvan het Gerecht publicatie nuttig acht, worden weergegeven.

- 3 Het werkzame farmaceutische bestanddeel (hierna: „WFB”) van perindopril, dat wil zeggen de biologisch actieve chemische stof die bedoelde therapeutische effecten sorteert, is een zout. Het aanvankelijk gebruikte zout was erbumine (of tert-butylamine), dat een kristallijne vorm heeft wegens de door Servier gebruikte werkwijze voor de synthese ervan.

## **2. Octrooi betreffende de molecule**

- 4 Het octrooi betreffende de molecule van perindopril (octrooi EP0049658; hierna: „658-octrooi”) is bij het Europees Octrooibureau (EOB) aangevraagd op 29 september 1981. Het 658-octrooi zou op 29 september 2001 aflopen, maar de bescherming ervan is in meerdere lidstaten van de Europese Unie, waaronder het Verenigd Koninkrijk, verlengd tot 22 juni 2003, zoals mogelijk is op grond van verordening (EEG) nr. 1768/92 van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen (PB 1992, L 182, blz. 1). In Frankrijk is de bescherming van het 658-octrooi tot 22 maart 2005 verlengd en in Italië tot 13 februari 2009.

## **3. Secundaire octrooien**

- 5 In 1988 heeft Servier meerdere werkwijzeoctrooien betreffende de vervaardiging van de molecule van perindopril bij het EOB aangevraagd, die op 16 september 2008 zijn afgelopen: de octrooien EP0308339, EP0308340, EP0308341 en EP0309324 (hierna respectievelijk: „339-octrooi”, „340-octrooi”, „341-octrooi” en „324-octrooi”).
- 6 Bij het EOB zijn in 2001 door Servier nieuwe octrooien betreffende erbumine en de werkwijzen voor de vervaardiging ervan aangevraagd, waaronder octrooi EP1294689 (het zogenoemde „beta-octrooi”; hierna: „689-octrooi”), octrooi EP1296948 (het zogenoemde „gamma-octrooi”; hierna: „948-octrooi”) en octrooi EP1296947 (het zogenoemde „alfa-octrooi”; hierna: „947-octrooi”).
- 7 Het 947-octrooi, betreffende de alfa-kristallijne vorm van erbumine en de werkwijze voor de vervaardiging ervan, is op 6 juli 2001 aangevraagd en op 4 februari 2004 door het EOB verleend.
- 8 Voorts heeft Servier nationale octrooiaanvragen ingediend in meerdere lidstaten die nog geen partij waren bij het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien, ondertekend te München op 5 oktober 1973 en in werking getreden op 7 oktober 1977 (hierna: „EOV”). Zo heeft Servier octrooiaanvragen voor het 947-octrooi ingediend in Bulgarije (BG 107 532), in Tsjechië (PV2003-357), in Estland (P200300001), in Hongarije (HU225340), in Polen (P348492) en in Slowakije (PP0149-2003). Alle betrokken octrooiaanvragen zijn op dezelfde datum ingediend, namelijk op 6 juli 2001. De octrooien zijn op 16 mei 2006 verleend in Bulgarije, op 17 augustus 2006 in Hongarije, op 23 januari 2007 in Tsjechië, op 23 april 2007 in Slowakije en op 24 maart 2010 in Polen.

## **4. Tweede-generatie-perindopril**

- 9 Servier is in 2002 begonnen met de ontwikkeling van tweede-generatie-perindopril, dat op basis van een ander zout dan erbumine wordt vervaardigd, namelijk arginine. Dit perindopril arginine zou beter houdbaar zijn, met een stabiliteit van drie in plaats van twee jaar, waardoor het voor alle klimaatzones eenvormig kon worden verpakt en worden opgeslagen zonder dat voor specifieke omstandigheden hoefde te worden gezorgd.
- 10 Servier heeft op 17 februari 2003 een Europese octrooiaanvraag voor perindopril arginine (octrooi EP1354873B; hierna: „873-octrooi”) ingediend. Het 873-octrooi is op 17 juli 2004 verleend, waarbij de vervaldatum werd vastgesteld op 17 februari 2023. Perindopril arginine is in 2006 op de markten van de Unie geïntroduceerd.

## C. Geschillen over perindopril

### 1. Geschillen voor het EOB

- 11 Tien generieke ondernemingen, waaronder Niche Generics Ltd (hierna: „Niche”), Krka Tovarna Zdravil d.d. (hierna: „Krka”), Lupin Ltd en Norton Healthcare Ltd, dochteronderneming van Ivax Europe (hierna: „Ivax”), die naderhand is gefuseerd met Teva Pharmaceuticals Ltd (hierna afzonderlijk of samen met de andere ondernemingen van de groep Teva: „Teva”), hebben in 2004 voor het EOB oppositie gevoerd tegen het 947-octrooi, teneinde het in zijn geheel te laten herroepen. Daarbij hebben zij als gronden aangevoerd dat de uitvinding niet nieuw was, dat er geen uitvindingswerkzaamheid was en dat de uitvinding onvoldoende was geopenbaard.
- 12 Op 27 juli 2006 heeft de oppositieafdeling van het EOB de geldigheid van het 947-octrooi bevestigd na lichte wijzigingen in de aanvankelijke claims van Servier (hierna: „beslissing van het EOB van 27 juli 2006”). Zeven ondernemingen hebben beroep tegen deze beslissing ingesteld. Niche heeft zich op 9 februari 2005 uit de oppositieprocedure teruggetrokken, Krka op 11 januari 2007 en Lupin op 5 februari 2007. Bij beslissing van 6 mei 2009 heeft de technische kamer van beroep van het EOB de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 vernietigd en het 947-octrooi herroepen. Het verzoek in hogere voorziening van Servier tegen deze beslissing is op 19 maart 2010 afgewezen.
- 13 Niche heeft op 11 augustus 2004 ook oppositie tegen het 948-octrooi gevoerd voor het EOB, maar zich op 14 februari 2005 uit de procedure teruggetrokken.
- 14 Teva heeft op 13 april 2005 oppositie ingesteld tegen het 873-octrooi. De oppositieafdeling heeft die oppositie afgewezen, omdat Teva niet had bewezen dat dat octrooi op onvoldoende uitvindingswerkzaamheid berustte. Teva heeft op 22 december 2008 tegen die beslissing beroep ingesteld, maar heeft zich op 8 mei 2012 uit de procedure teruggetrokken.

### 2. Geschillen voor de nationale rechterlijke instanties

- 15 De generieke ondernemingen hebben daarnaast de geldigheid van het 947-octrooi bestreden voor de rechterlijke instanties van bepaalde lidstaten, met name in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk.

#### a) Geschil tussen Servier enerzijds en Niche en Matrix anderzijds

- 16 In het Verenigd Koninkrijk heeft Servier op 25 juni 2004 voor de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court) (octrooirechter in eerste aanleg, Verenigd Koninkrijk), onder aanvoering van haar 339-, 340- en 341-octrooien een inbreukprocedure aanhangig gemaakt tegen Niche, omdat Niche in het Verenigd Koninkrijk aanvragen had ingediend voor een vergunning voor het in de handel brengen (hierna: „VHB”) van een generieke versie van perindopril, die in samenwerking met Matrix Laboratories Ltd (hierna: „Matrix”) was ontwikkeld op basis van een op 26 maart 2001 gesloten overeenkomst (hierna: „Niche-Matrix-overeenkomst”). Op 9 juli 2004 heeft Niche aan Servier een reconventionele nietigheidsvordering betreffende het 947-octrooi laten betekenen.
- 17 De terechtzitting voor de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), ter behandeling van de gegrondheid van de gestelde inbreuk is uiteindelijk vastgesteld op 7 en 8 februari 2005, maar heeft maar een halve dag geduurd, omdat Servier en Niche op 8 februari 2005 tot een minnelijke regeling zijn gekomen, waardoor de rechtszaak tussen deze twee partijen is beëindigd.

- 18 Matrix is door Niche op de hoogte gehouden van het verloop van de rechtszaak en is daarbij ook betrokken geweest, omdat zij in naam van Niche verklaringen bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), heeft ingediend. Bovendien heeft Servier op 7 februari 2005 een formele waarschuwingsbrief aan Matrix gezonden, waarin zij haar inbreuken op de 339-, 340- en 341-octrooien verweet en ermee dreigde een inbreukprocedure te starten.
- 19 In de herfst van 2004 heeft Servier overigens het voornemen opgevat om Niche te verwerven. Servier heeft daartoe een boekenonderzoek laten uitvoeren, waarvan de eerste fase is afgerond op 10 januari 2005, de datum waarop zij een niet-bindend en niet-definitief bod voor de verwerving van het kapitaal van Niche heeft uitgebracht voor een bedrag tussen 15 en 45 miljoen pond sterling (GBP). Na de tweede fase van het boekenonderzoek, dat op 21 januari 2005 heeft plaatsgevonden, heeft Servier Niche er op 31 januari 2005 mondeling van in kennis gesteld dat zij haar niet langer wilde verwerven.

#### ***b) Geschillen tussen Servier enerzijds en Ivax en Teva anderzijds***

- 20 In het Verenigd Koninkrijk heeft Ivax op 9 augustus 2005 bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), een vordering tot herroeping van het 947-octrooi ingesteld. In oktober 2005 hebben Servier en Ivax evenwel besloten de procedure op te schorten in afwachting van de eindbeslissing in de oppositieprocedure voor het EOB. Als tegenprestatie heeft Servier zich er jegens Ivax, haar licentiehouders en haar klanten toe verbonden om in het Verenigd Koninkrijk gedurende de opschorting geen vervolging in te stellen, geen winst of financiële vergoeding te vorderen – behalve een redelijke vergoeding voor eventuele inbreuken op het 947-octrooi – en niet te verzoeken om een bevel tot herstel of het terughalen van producten. Servier heeft bovendien toegezegd de procedure voor het EOB zorgvuldig te zullen voeren en na afloop van die procedure niet te verzoeken om een voorlopige voorziening kort geding in het kader van een inbreukprocedure.
- 21 Pharmachemie BV, dochteronderneming van Teva, heeft op 15 augustus 2007 bij de rechtbank Den Haag een vordering tot herroeping van het in Nederland verleende 947-octrooi ingesteld op grond dat de uitvinding niet nieuw was, niet op uitvinderswerkzaamheid berustte en niet kon worden gereproduceerd. De rechtbank Den Haag heeft die vordering op 11 juni 2008 toegewezen. Servier heeft op 7 oktober 2008 hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis, maar vervolgens geen memorie van grieven ingediend.

#### ***c) Geschillen tussen Servier en Krka***

- 22 In Hongarije heeft Servier op 30 mei 2006 verzocht om een voorlopige voorziening tot verbod van de verkoop van een door Krka op de markt gebrachte generieke versie van perindopril wegens inbreuk op het 947-octrooi. Die vordering is in september 2006 afgewezen.
- 23 In het Verenigd Koninkrijk heeft Servier op 28 juli 2006 bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), tegen Krka een vordering ingesteld wegens inbreuk op het 340-octrooi. Voorts heeft zij op 2 augustus 2006 tegen Krka een vordering ingesteld wegens inbreuk op het 947-octrooi, en verzocht om een voorlopige voorziening. Op 1 september 2006 heeft Krka een reconventionele vordering tot nietigverklaring van het 947-octrooi ingesteld en op 8 september 2006 heeft zij een reconventionele vordering tot nietigverklaring van het 340-octrooi ingesteld. Op 3 oktober 2006 heeft de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), het verzoek van Servier om een voorlopige voorziening toegewezen en het op 1 september 2006 door Krka ingediende verzoek om een summiere procedure (motion of summary judgment) voor de ongeldigverklaring van het 947-octrooi afgewezen. Als gevolg van de minnelijke regeling tussen partijen is op 1 december 2006 de aanhangige procedure beëindigd en de voorlopige voorziening opgeheven.



**d) *Geschil tussen Servier en Lupin***

- 24 Lupin heeft op 18 oktober 2006 bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), een vordering ingesteld tot ongeldigverklaring van het in het Verenigd Koninkrijk verleende 947-octrooi en tot verkrijging van een verklaring van niet-inbreuk op dat octrooi door de generieke versie van perindopril die zij in dat land wilde verhandelen.

**e) *Geschillen tussen Servier en Apotex***

- 25 Servier heeft op 1 augustus 2006 bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), in het Verenigd Koninkrijk een vordering wegens inbreuk op het 947-octrooi ingesteld tegen Apotex Inc., omdat laatstgenoemde op 28 juli 2006 een generieke versie van perindopril op de markt had gebracht. Apotex heeft een reconventionele vordering tot nietigverklaring van dat octrooi ingesteld. Op 8 augustus 2006 heeft Apotex bij wege van voorlopige maatregel een verbod opgelegd gekregen om perindopril in te voeren, ter verkoop aan te bieden of te verkopen. Op 6 juli 2007 heeft de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), het 947-octrooi ongeldig verklaard, omdat de uitvinding ten opzichte van het 341-octrooi niet nieuw was en niet op uitvinderswerkzaamheid berustte. Bijgevolg is de maatregel onmiddellijk opgeheven en heeft Apotex de verkoop van haar generieke versie van perindopril op de markt in het Verenigd Koninkrijk kunnen hervatten. Op 9 mei 2008 heeft de Court of Appeal (England and Wales) (Civil division) (rechter in tweede aanleg in civiele zaken, Engeland en Wales) het hoger beroep verworpen dat door Servier was ingesteld tegen het vonnis van de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court).
- 26 Op 9 oktober 2008 heeft de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), een schadevergoeding ter hoogte van 17,5 miljoen GBP toegekend aan Apotex, omdat zij tijdens de uitvoering van de voorlopige voorziening omzetverlies had geleden. Op 29 maart 2011 heeft de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), Apotex evenwel verzocht om dat geldbedrag op grond van het ex turpi causa-beginsel terug te betalen aan Servier, omdat de perindopril-moleculen tot 2018 werd beschermd door een geldig Canadees octrooi en Apotex haar geneesmiddel in Canada vervaardigde en verkocht. Die beslissing is echter vernietigd door de Court of Appeal (England and Wales) (Civil division) bij arrest van 3 mei 2012. Op 29 oktober 2014 heeft de Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk) het hoger beroep verworpen dat Servier tegen het arrest van de Court of Appeal (England and Wales) (Civil division) had ingesteld.
- 27 Katwijk Farma BV, dochteronderneming van Apotex, heeft in Nederland op 13 november 2007 een vordering tot nietigverklaring van het in Nederland geldig verklaarde 947-octrooi ingesteld bij de rechtbank Den Haag. Op 7 december 2007 heeft Servier tegen Katwijk Farma een vordering in kort geding ingesteld, die op 30 januari 2008 door de rechtbank Den Haag is afgewezen. Nadat de rechtbank Den Haag op 11 juni 2008 de door Pharmachemie gevorderde nietigverklaring van het 947-octrooi voor Nederland had uitgesproken, hebben Servier en Katwijk Farma zich uit de aanhangige procedures teruggetrokken.

**D. Schikkingen inzake de octrooigeschillen**

- 28 Servier heeft een reeks schikkingsovereenkomsten op octrooigebied gesloten met meerdere generieke ondernemingen waarmee zij octrooigeschillen had. Met Apotex heeft zij evenwel geen schikking getroffen.

### ***1. Overeenkomsten tussen Servier, Niche en Unichem en tussen Servier en Matrix***

- 29 Op 8 februari 2005 heeft Servier twee schikkingsovereenkomsten gesloten: één met Niche en haar moedermaatschappij Unichem Laboratories Ltd (hierna: „Unichem”) en één met Matrix. Op diezelfde datum heeft Niche een licentie- en leveringsovereenkomst gesloten met Biogaran, een volle dochter van Les Laboratoires Servier.
- 30 De overeenkomst die Servier met Niche en Unichem had gesloten (hierna: „Niche-overeenkomst”) strekte zich uit tot alle landen waar de 339-, 340-, 341- en 947-octrooien van kracht waren (artikel 3).
- 31 Niche en Unichem hebben zich er bij de Niche-overeenkomst toe verbonden af te zien van het vervaardigen, het doen vervaardigen, het houden, het invoeren, het leveren, het aanbieden voor levering of het in bezit hebben van generiek perindopril dat volgens een door Niche ontwikkelde werkwijze is vervaardigd en dat door Servier werd beschouwd als een inbreuk op de 339-, 340- en 341- octrooien, zoals die geldig waren verklaard in het Verenigd Koninkrijk, of is vervaardigd volgens een werkwijze die op wezenlijke punten vergelijkbaar is of volgens enige andere werkwijze die inbreuk kan maken op de 339-, 340- en 341- octrooien (hierna: „litigieuze werkwijze”) tot aan het plaatselijke verstrijken van deze octrooien (artikel 3). In de Niche-overeenkomst was evenwel bepaald dat het hun na het verstrijken van genoemde octrooien vrijstond om perindopril in de handel te brengen dat op basis van de litigieuze werkwijze was vervaardigd zonder inbreuk op deze octrooien te maken (artikelen 4 en 6). Niche was voorts gehouden om alle reeds gesloten overeenkomsten over perindopril dat op basis van de litigieuze werkwijze was vervaardigd en alle VHB-aanvragen voor dit perindopril te annuleren, op te zeggen of tot aan het verstrijken van de octrooien op te schorten (artikel 11). Daarnaast hebben Niche en Unichem zich ertoe verbonden geen VHB-aanvragen in te dienen voor perindopril dat op basis van de litigieuze werkwijze is vervaardigd en om geen derden te helpen om een dergelijke VHB te verkrijgen (artikel 10). Tot slot moesten zij tot aan het verstrijken van de desbetreffende octrooien afzien van vorderingen tot ongeldigverklaring of tot een verklaring voor recht dat geen inbreuk op de 339-, 340-, 341-, 947-, 689- of 948-octrooien was gemaakt, behalve als verweer in een inbreukprocedure (artikel 8). Niche heeft voorts nog ingestemd met de intrekking van haar opposities tegen de 947- en 948-octrooien voor het EOB (artikel 7).
- 32 Als tegenprestatie verbond Servier zich ertoe om geen inbreukprocedure op basis van de 339-, 340-, 341- en 947-octrooien aanhangig te maken tegen Niche of haar klanten en Unichem voor vermeende inbreukmakende handelingen die voor de sluiting van de Niche-overeenkomst zouden hebben plaatsgevonden (artikel 5), en om in twee schijven aan Niche en Unichem een bedrag van 11,8 miljoen GBP te betalen (artikel 13). Dit bedrag was de tegenprestatie voor de verbintenissen van Niche en Unichem en voor de „aanzienlijke kosten en mogelijke aansprakelijkheden die Niche en Unichem op zich namen door hun programma voor de ontwikkeling van volgens de [litigieuze] werkwijze vervaardigd perindopril te beëindigen”.
- 33 Voorts heeft Niche op 8 februari 2005 een licentie- en leveringsovereenkomst gesloten met Biogaran (hierna: „Biogaran-overeenkomst”) inzake de overdracht van, ten eerste, alle voor de verkrijging van VHB’s noodzakelijke productdossiers van Niche betreffende drie geneesmiddelen en, ten tweede, haar Franse VHB voor één van die geneesmiddelen. Als tegenprestatie moest Biogaran een geldsom van 2,5 miljoen GBP aan Niche betalen, die niet hoefde te worden terugbetaald, ook niet als Biogaran de VHB’s niet zou verkrijgen. Bovendien moest Biogaran na het verkrijgen van haar VHB’s de betrokken producten bij Niche bestellen. De overeenkomst zou automatisch worden beëindigd indien de VHB’s niet binnen 18 maanden na de ingangsdatum van de overeenkomst zouden zijn verkregen (artikel 14.4), zonder dat partijen recht hadden op schadevergoeding (artikel 14.5).
- 34 De overeenkomst tussen Servier en Matrix (hierna: „Matrix-overeenkomst”) strekte zich uit tot alle landen waar de 339-, 340-, 341- en 947-octrooien van kracht waren, met uitzondering van landen die niet tot de Europese Economische Ruimte (EER) behoorden [artikel 1, lid 1, onder xiii), van de Matrix-overeenkomst].

- 35 Matrix verbond zich er bij de Matrix-overeenkomst toe om tot aan het plaatselijk verstrijken van die octrooien af te zien van het vervaardigen, het doen vervaardigen, het houden, het invoeren, het leveren, het aanbieden voor levering of het in bezit hebben van generiek perindopril dat volgens de litigieuze werkwijze was vervaardigd (artikelen 1 en 2). In de overeenkomst was evenwel bepaald dat het Matrix na het verstrijken van genoemde octrooien vrijstond om perindopril in de handel te brengen dat op basis van de litigieuze werkwijze was vervaardigd zonder inbreuk op deze octrooien te maken (artikel 4). Matrix was voorts gehouden om uiterlijk 30 juni 2005 alle reeds gesloten overeenkomsten over perindopril dat op basis van de litigieuze werkwijze was vervaardigd en alle VHB-aanvragen voor dit perindopril te annuleren, op te zeggen of tot aan het verstrijken van de octrooien op te schorten (artikelen 7 en 8). Bovendien heeft zij zich ertoe verbonden geen VHB-aanvragen in te dienen voor perindopril dat op basis van de litigieuze werkwijze was vervaardigd en om geen derden te helpen om een dergelijke VHB te verkrijgen (artikel 6). Tot slot moest Matrix tot aan het verstrijken van de desbetreffende octrooien afzien van vorderingen tot ongeldigverklaring of tot een verklaring voor recht dat geen inbreuk op de 339-, 340-, 341-, 947-, 689- en 948-octrooien was gemaakt, behalve als verweer in een inbreukprocedure (artikel 5).
- 36 Als tegenprestatie verbond Servier zich ertoe om geen inbreukprocedure op basis van de 339-, 340-, 341- en 947-octrooien aanhangig te maken tegen Matrix voor inbreukmakende handelingen die voor de sluiting van de Matrix-overeenkomst zouden hebben plaatsgevonden (artikel 3), en om in twee schijven aan Matrix een bedrag van 11,8 miljoen GBP te betalen (artikel 9). Dit bedrag was de tegenprestatie voor de verbintenissen van Matrix en voor de „aanzienlijke kosten en mogelijke aansprakelijkheden die Matrix op zich nam door haar programma voor de ontwikkeling van volgens de [litigieuze] werkwijze vervaardigd perindopril te beëindigen”.

## **2. Overeenkomst tussen Servier en Teva**

- 37 Op 13 juni 2006 heeft Servier een schikkings- en exclusieve-afnameovereenkomst gesloten met Teva (hierna: „Teva-overeenkomst”). De Teva-overeenkomst betrof het perindopril erbumine (artikel 1.12).
- 38 Op grond van de schikkingsbedingen heeft Teva zich ertoe verbonden al het perindopril te vernietigen dat zij in haar bezit had of waarover zij zeggenschap had en dat bestemd was voor de verkoop in het Verenigd Koninkrijk (artikel 2.2). Voorts moest Teva in het Verenigd Koninkrijk afzien van het vervaardigen, het doen vervaardigen, het houden, het invoeren, het leveren, het aanbieden voor levering of het in bezit hebben van generiek perindopril dat ofwel was vervaardigd volgens de door haar ontwikkelde werkwijze, die door Servier werd beschouwd als een inbreuk op de in het Verenigd Koninkrijk geldig verklaarde 947-, 339-, 340- en 341- octrooien, ofwel een schending van die octrooien vormde tot de opzegging of afloop van de Teva-overeenkomst of het verval van die octrooien (artikel 2.3). Bovendien heeft Teva zich ertoe verbonden om gedurende de looptijd van de Teva-overeenkomst de voornoemde octrooien niet te betwisten in het Verenigd Koninkrijk, met dien verstande dat het haar niet was verboden om een oppositieprocedure voor het EOB tegen de litigieuze octrooien voort te zetten (artikel 2.4).
- 39 Als tegenprestatie voor de door Teva gedane toezeggingen verbond Servier zich ertoe af te zien van vorderingen wegens eventuele inbreuken op de litigieuze octrooien die Teva vóór de inwerkingtreding van de Teva-overeenkomst had gemaakt in het Verenigd Koninkrijk (artikel 2.1).
- 40 Op grond van de bedingen betreffende de exclusieve-afnameverplichting heeft Teva zich ertoe verbonden al het generieke perindopril dat bestemd was voor de wederverkoop in het Verenigd Koninkrijk uitsluitend van Servier af te nemen gedurende de looptijd van de Teva-overeenkomst (artikelen 3.1 en 1.14). Ingeval van niet-bevoorrading door Servier had Teva geen recht om een beroep in te stellen of om de overeenkomst te beëindigen, maar had zij recht op een forfaitaire schadevergoeding ter hoogte van 500 000 GBP per maand (artikelen 1.8 en 3.8.3).



- 41 De Teva-overeenkomst werd overeenkomstig de algemene bepalingen ervan voor drie jaar aangegaan en kon met twee jaar worden verlengd (artikelen 8.1 en 8.2). Bij de ondertekening van de Teva-overeenkomst en nadat Teva een „passende factuur” zou hebben verstrekt, moest Servier Teva bovendien een geldsom van 5 miljoen GBP betalen als „tegemoetkoming in de door Teva gemaakte voorbereidingskosten voor het sluiten van de onderhavige overeenkomst, waaronder alle kosten die verband [hielden] met het opzeggen van haar bestaande leveringsovereenkomsten voor het Verenigd Koninkrijk” (artikel 10).
- 42 Op 23 februari 2007 hebben Servier en Teva een avenant bij de Teva-overeenkomst ondertekend (hierna: „avenant bij de Teva-overeenkomst”), waarbij zij de daadwerkelijke uitvoering van de exclusieve-afnameverbintenis hebben bevestigd door een datum te bepalen waarop Teva zou kunnen beginnen met de wederverkoop van het door Servier geleverde generieke perindopril. Die datum moest ofwel eenzijdig door Servier worden bepaald, ofwel overeenkomen met de datum waarop het 947-octrooi werd herroepen of afliep, dan wel de datum zijn waarop Apotex na de beëindiging van het geschil met Servier zou beginnen met de distributie van generiek perindopril in het Verenigd Koninkrijk.

### **3. Overeenkomsten tussen Servier en Krka**

- 43 Op 27 oktober 2006 heeft Servier een schikkingsovereenkomst en een licentieovereenkomst gesloten met Krka, waarbij op 2 november 2006 een avenant is ondertekend.
- 44 In de schikkingsovereenkomst met Krka is bepaald dat het 947-octrooi tevens de gelijkwaardige nationale octrooien omvat (bijlage B).
- 45 Op grond van de met haar gesloten schikkingsovereenkomst, die van kracht is totdat het 947-octrooi of het 340-octrooi afloopt of wordt herroepen, heeft Krka zich ertoe verbonden af te zien van alle wereldwijd lopende procedures tegen het 947-octrooi en van alle in het Verenigd Koninkrijk aanhangige procedures tegen het 340-octrooi, en beide octrooien in de toekomst in geen enkel land te zullen betwisten [artikel I, onder ii]. Voorts mochten Krka en haar dochterondernemingen gedurende de looptijd van het 947-octrooi in het land waar dat octrooi nog geldig was, zonder de uitdrukkelijke toestemming van Servier geen generieke versie van perindopril die inbreuk maakte op dat octrooi op de markt brengen of verhandelen (artikel V). Evenmin mocht Krka zonder de uitdrukkelijke toestemming van Servier een generieke versie van perindopril die inbreuk maakte op dat octrooi aan derden leveren (artikel V, lid 2). Als tegenprestatie moest Servier zich terugtrekken uit de procedures die zij wereldwijd tegen Krka had ingesteld wegens inbreuk op het 947-octrooi en het 340-octrooi, waaronder haar vorderingen tot voorlopige voorzieningen [artikel I, onder i)].
- 46 Op grond van de licentieovereenkomst met Krka, waarvan de looptijd overeenkwam met de geldigheidsduur van het 947-octrooi (artikel 5), heeft Servier Krka een „exclusieve” en onherroepelijke licentie op het 947-octrooi verleend voor het in Tsjechië, Letland, Litouwen, Hongarije, Polen, Slovenië en Slowakije (artikel 1) gebruiken, vervaardigen, verkopen, aanbieden voor de verkoop, promoten en invoeren van haar eigen producten met de alfa-kristallijne vorm van erbumine (artikel 2). Als tegenprestatie moest Krka Servier een vergoeding betalen van 3 % van haar totale netto-omzet in die landen (artikel 3). Servier mocht in diezelfde landen het 947-octrooi gebruiken, hetzij rechtstreeks, hetzij indirect (dat wil zeggen voor één van haar dochterondernemingen of voor één derde onderneming per land) (artikel 2).
- 47 Op 5 januari 2007 heeft Servier met Krka bovendien een overdrachts- en licentieovereenkomst gesloten.

- 48 Op grond van de overdrachts- en licentieovereenkomst heeft Krka twee octrooiaanvragen overgedragen aan Servier: één betreffende een werkwijze voor de synthese van perindopril (WO 2005 113500) en één betreffende de bereiding van samenstellingen met perindopril (WO 2005 094793) (artikel 1). De door die octrooiaanvragen beschermde technologie werd gebruikt voor de vervaardiging van perindopril door Krka.
- 49 Krka heeft zich ertoe verbonden niet de geldigheid te betwisten van de op basis van de betrokken aanvragen te verlenen octrooien (artikel 3).
- 50 Als tegenprestatie voor die overdracht heeft Servier Krka een geldsom van 15 miljoen EUR per betrokken aanvraag betaald (artikel 2).
- 51 Bovendien heeft Servier Krka een niet-exclusieve, onherroepelijke, niet-overdraagbare en kosteloze licentie verleend op de aanvragen of de hieruit voortvloeiende octrooien, zonder het recht om sublicenties te verlenen (behalve aan haar dochterondernemingen). Voor die licentie golden geen beperkingen ten aanzien van de duur, het toepassingsgebied en het mogelijke gebruik ervan (artikel 4).

#### **4. Overeenkomst tussen Servier en Lupin**

- 52 Op 30 januari 2007 heeft Servier een schikkingsovereenkomst gesloten met Lupin (hierna: „Lupin-overeenkomst”).
- 53 Beide partijen hebben aldus besloten om hun geschillen inzake perindopril te beëindigen (artikelen 1.1, 1.2 en 1.4).
- 54 Daarnaast heeft Lupin zich ertoe verbonden in geen enkel land – met uitzondering van landen die niet tot de EER behoren – rechtstreekse of indirecte pogingen te ondernemen om het 947-octrooi of ieder ander octrooi van Servier of van haar dochterondernemingen op perindopril te laten herroepen, ongeldig te laten verklaren of te betwisten, noch een derde hierbij te helpen of hiertoe de opdracht te geven (artikel 1.3). Bovendien moesten Lupin en haar dochterondernemingen in alle landen – met uitzondering van landen die niet tot de EER behoren – afzien van het verkopen of het te koop aanbieden van alle farmaceutische middelen waarvan het WFB „perindopril[-]erbumine [...] en een zout hiervan” was (artikel 1.6). Het was Lupin evenwel toegestaan om door Servier geleverde producten of haar eigen perindopril te verhandelen in landen waar ofwel een door Servier goedgekeurde generieke versie van perindopril op de markt aanwezig was ofwel alle relevante octrooien van Servier waren verlopen, dan wel in landen waar een derde een generieke versie van perindopril op de markt had gebracht en waar Servier geen kort geding had aangespannen om de verkoop ervan te verbieden (artikelen 1.6 en 4.1).
- 55 Daarenboven hebben Servier en Lupin in het kader van de Lupin-overeenkomst tevens een overeenkomst voor de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten en een licentieovereenkomst gesloten.
- 56 Servier heeft namelijk drie door Lupin ingediende octrooiaanvragen betreffende de werkwijze van perindopril verworven:
- aanvraag WO 2004/075889 (EP1603558 B1) betreffende een nieuwe werkwijze voor de bereiding van perindopril en zouten hiervan, voor 20 miljoen EUR;
  - aanvraag WO 2006/097941 (EP1861367 A) betreffende een nieuwe, verbeterde werkwijze voor de zuivering van perindopril, voor 10 miljoen EUR;

– aanvraag W0 2005/037788 (EP1675827 A1) betreffende een nieuwe werkwijze voor de bereiding van „perindopril-erbumine met kristallijne vorm”, voor 10 miljoen EUR.

- 57 Op die drie octrooiaanvragen heeft Servier Lupin bovendien een kosteloze, eeuwigdurende, onherroepelijke, niet-exclusieve en niet-overdraagbare licentie verleend – zonder het recht om sublicenties te verlenen – voor de vervaardiging van perindopril in de landen waarvoor de betrokken aanvragen waren ingediend (artikel 3.1).
- 58 Tot slot was bij de Lupin-overeenkomst overeengekomen dat partijen binnen vier weken een leveringsovereenkomst zouden sluiten, wat evenwel niet is gebeurd.

### **E. Aanschaf van enabling technologies**

- 59 Op 3 september 2001 hebben verzoeksters met Rolabo, SL een overeenkomst gesloten inzake de verkoop, voor een bedrag van 10 miljoen Amerikaanse dollar (USD), van een door Rolabo, SL op 24 juli 2001 ingediende octrooiaanvraag betreffende een WFB van perindopril en een chemisch dossier van het WFB van perindopril.
- 60 Op 9 november 2004 hebben verzoeksters met Azad Pharmaceutical Ingredients AG (hierna: „Azad”) een overeenkomst gesloten voor de overdracht, voor een bedrag van 13 374 243 EUR, van, ten eerste, een door Azad ingediende octrooiaanvraag betreffende twee nieuwe polymorfe vormen van perindopril – delta en epsilon – en, ten tweede, de bijbehorende knowhow voor het publiek.
- 61 Op 15 oktober 2007 zijn verzoeksters in een memorandum van overeenstemming met Sandoz AG overeengekomen dat zij voor een bedrag van mogelijk meer dan 50 miljoen USD de door Sandoz ontwikkelde technologie van het WFB van perindopril zouden aanschaffen, indien die technologie octroovrij zou zijn en op industrieel niveau een levensvatbare bron van mededinging zou blijken te zijn. De onderhandelingen hebben tot juli 2008 voortgeduurd, maar uiteindelijk is geen overeenkomst gesloten.

### **F. Sectoraal onderzoek**

- 62 Op 15 januari 2008 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen beslist een sectoraal onderzoek naar de farmaceutische sector te verrichten op grond van het bepaalde in artikel 17 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), om te achterhalen waarom de innovatie in deze sector afnam, gemeten naar het aantal nieuwe geneesmiddelen dat de markt bereikte, en waarom bepaalde generieke geneesmiddelen zo laat op de markt kwamen.
- 63 Op 28 november 2008 heeft de Commissie een voorlopig verslag over de resultaten van haar onderzoek gepubliceerd, gevolgd door een publieke raadpleging. Op 8 juli 2009 heeft de Commissie een mededeling vastgesteld waarin zij haar rapport over het onderzoek naar de farmaceutische sector beknopt heeft weergegeven. De Commissie heeft in deze mededeling onder meer uiteengezet dat schikkingen inzake octrooigeschillen tussen de originator-ondernemingen en generieke ondernemingen moesten worden gemonitord, om beter inzicht te krijgen in het gebruik van die overeenkomsten en om vast te stellen welke overeenkomsten de markttoegang van generieke geneesmiddelen ten koste van de consumenten in de Unie vertraagden en inbreuken op de mededingingsregels konden vormen. De Commissie heeft vervolgens zes jaarlijkse monitoringverslagen over schikkingsovereenkomsten op octrooigebied uitgebracht.

## G. Administratieve procedure en bestreden besluit

- 64 Op 24 november 2008 heeft de Commissie onaangekondigde inspecties in de bedrijfsruimten van onder meer Servier verricht. In januari 2009 heeft de Commissie meerdere ondernemingen, waaronder Servier, verzoeken om inlichtingen toegezonden. Op 2 juli 2009 heeft de Commissie besloten de procedure in te leiden.
- 65 In augustus 2009, en daarna in de periode tussen december 2009 en mei 2012, heeft de Commissie opnieuw verzoeken om inlichtingen gericht aan Servier. Nadat Servier had geweigerd om te antwoorden op bepaalde onderdelen betreffende de Biogaran-overeenkomst, die waren opgenomen in de verzoeken om inlichtingen van 7 februari en 11 april 2011, heeft de Commissie een besluit op grond van artikel 18, lid 3, van verordening nr. 1/2003 vastgesteld. Servier heeft de gevraagde inlichtingen op 7 november 2011 verstrekt.
- 66 Tussen 2009 en 2012 is Servier uitgenodigd om meerdere evaluatievergaderingen bij te wonen.
- 67 Op 27 juli 2012 heeft de Commissie aan meerdere ondernemingen, waaronder Servier, een mededeling van punten van bezwaar gericht, waarop Servier op 14 januari 2013 heeft geantwoord.
- 68 Nadat de betrokken ondernemingen op 15, 16, 17 en 18 april 2013 waren gehoord, zijn nieuwe evaluatievergaderingen gehouden en zijn opnieuw verzoeken om inlichtingen aan Servier gericht.
- 69 Op 18 december 2013 heeft de Commissie Servier toegang verleend tot het bewijs dat was vergaard of ruimer openbaar was gemaakt na de mededeling van punten van bezwaar en heeft zij haar een letter of facts toegezonden, waarop Servier op 31 januari 2014 heeft geantwoord. De raadadviseur-auditeur heeft zijn eindverslag op 7 juli 2014 gepresenteerd.
- 70 Op 9 juli 2014 heeft de Commissie besluit C(2014) 4955 final inzake een procedure op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU [zaak AT.39612 – Perindopril (Servier)] (hierna: „bestreden besluit”) vastgesteld, dat op 11 juli 2014 aan verzoeksters is medegedeeld.
- 71 De Commissie heeft vastgesteld dat verzoeksters inbreuk hadden gemaakt, ten eerste, op artikel 101 VWEU, door in ruil voor een betaling in omgekeerde richting deel te nemen aan vijf schikkingsovereenkomsten op octrooigebied (artikelen 1 tot en met 5 van het bestreden besluit) en, ten tweede, op artikel 102 VWEU, door via de aanschaf van technologie en die vijf schikkingsovereenkomsten een uitsluitingsstrategie uit te werken en te implementeren die zich uitstrekke tot de markt voor samenstellingen van perindopril in Frankrijk, Nederland, Polen en het Verenigd Koninkrijk en tot de markt voor de technologie van het WFB van perindopril (artikel 6 van het bestreden besluit).
- 72 Voor de inbreuken op artikel 101 VWEU heeft de Commissie verzoeksters de volgende geldboeten opgelegd, met een totaalbedrag van 289 727 200 EUR (artikel 7, leden 1 tot en met 5, van het bestreden besluit):
- voor de Niche-overeenkomst: 131 532 600 EUR, hoofdelijk met Biogaran;
  - voor de Matrix-overeenkomst: 79 121 700 EUR;
  - voor de Teva-overeenkomst: 4 309 000 EUR;
  - voor de overeenkomsten met Krka: 37 661 800 EUR;
  - voor de Lupin-overeenkomst: 37 102 100 EUR.

73 Voor de inbreuk op artikel 102 VWEU heeft de Commissie verzoeksters een geldboete opgelegd van 41 270 000 EUR (artikel 7, lid 6, van het bestreden besluit).

## II. Procedure en conclusies van partijen

74 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 september 2014 hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

75 Verzoeksters verzoeken het Gerecht:

- de artikelen 1 tot en met 8 van het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren, voor zover zij hen betreffen;
- subsidiair, de aan hen opgelegde geldboeten nietig te verklaren, dan wel het bedrag ervan zeer substantieel te verlagen;
- de gevolgen van de eventuele gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van het bestreden besluit in het kader van de door Biogaran en andere adressaten van dat besluit ingestelde beroepen tot hen uit te breiden;
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

76 De Commissie verzoekt het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters in de kosten te verwijzen.

77 Bij akte neergelegd op 2 februari 2015 heeft de European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (hierna: „EFPIA” of „interveniënte”) verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige zaak ter ondersteuning van de conclusies van verzoeksters.

78 Verzoeksters en de Commissie hebben verzocht om vertrouwelijke behandeling, ten aanzien van de EFPIA van bepaalde informatie in het verzoekschrift, in het verweerschrift, in de repliek, in de dupliek, in het antwoord op bepaalde maatregelen tot organisatie van de procesgang, in de opmerkingen over die antwoorden en in de opmerkingen van verzoeksters over de memorie in interventie.

79 Bij beschikking van 14 oktober 2015 heeft de president van de Tweede kamer van het Gerecht de EFPIA toegelaten tot interventie in de onderhavige procedure ter ondersteuning van de conclusies van verzoeksters. Daar de EFPIA de verzoeken om vertrouwelijke behandeling niet heeft betwist, heeft het Gerecht zich niet over de gegrondheid ervan uitgesproken.

80 Interveniënte verzoekt het Gerecht:

- het bestreden besluit nietig te verklaren, voor zover het verzoeksters betreft;
- de Commissie in de kosten van interveniënte te verwijzen.

81 In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 89, lid 3, onder a) en d), van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is de Commissie verzocht om schriftelijk vragen te beantwoorden en documenten over te leggen betreffende met name de raadpleging van het adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities, de



berekening van het bedrag van de geldboete en de in het bestreden besluit vertrouwelijk gemaakte informatie over de met Krka gesloten overeenkomsten. Zij heeft haar antwoorden binnen de gestelde termijnen ingediend.

- 82 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Negende kamer, aan welke kamer de onderhavige zaak dan ook is toegewezen.
- 83 Op voorstel van de Negende kamer heeft het Gerecht overeenkomstig artikel 28 van het Reglement voor de procesvoering besloten om de zaak naar een uitgebreide kamer te verwijzen.
- 84 Het Gerecht heeft op voorstel van de rechter-rapporteur besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft in het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 89, lid 3, onder a), van het Reglement voor de procesvoering de partijen schriftelijk vragen gesteld en hun verzocht hierop ter terechtzitting te antwoorden.
- 85 Op 24 februari 2017 zijn partijen ingevolge artikel 89, lid 3), onder e), van het Reglement voor de procesvoering door het Gerecht uitgenodigd voor een informele vergadering voor de president van de Negende uitgebreide kamer van het Gerecht en de rechter-rapporteur teneinde het verloop van de terechtzitting en de vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie te bespreken. Die vergadering heeft op 3 mei 2017 bij het Gerecht plaatsgevonden en is door verzoeksters en de Commissie bijgewoond.
- 86 Ter terechtzitting, die heeft plaatsgevonden van 6 tot en met 9 juni 2017, zijn partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de schriftelijke en mondelinge vragen van het Gerecht.

### III. In rechte

#### A. Ontvankelijkheid

##### 1. *Ontvankelijkheid van de derde vordering*

###### *a) Argumenten van partijen*

[omissis]

###### *b) Beoordeling door het Gerecht*

- 89 Volgens vaste rechtspraak zijn de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep niet-ontvankelijkheidsgronden van openbare orde die de Unierechter ambtshalve kan en in voorkomend geval moet opwerpen (arresten van 21 maart 2002, Joynson/Commissie, T-231/99, EU:T:2002:84, punt 154, en 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, EU:T:2005:455, punt 53). Bijgevolg staat het aan het Gerecht om ambtshalve de ontvankelijkheid van de derde vordering te onderzoeken, ook al heeft de Commissie de ontvankelijkheid ervan niet in haar memories, maar enkel ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht betwist.
- 90 Krachtens artikel 21, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat volgens artikel 53, eerste alinea, van datzelfde Statuut van toepassing is op de procedure voor het Gerecht, alsook krachtens artikel 44, lid 1, onder c) en d), van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991, dat ten tijde van de instelling van het beroep van kracht was, moet elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil, de conclusies en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. De bedoeling van dit vereiste is dat die uiteenzetting zo duidelijk en

precies is dat de verweerder zijn verweer kan voorbereiden en de Unierechter zijn rechterlijk toezicht kan uitoefenen, in voorkomend geval zonder daarvoor verdere informatie nodig te hebben (arresten van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-37/91, EU:T:1995:119, punt 42; 24 februari 2000, ADT Projekt/Commissie, T-145/98, EU:T:2000:54, punt 66, en 16 maart 2004, Danske Busvognmænd/Commissie, T-157/01, EU:T:2004:76, punt 45). Een algemene verwijzing in een verzoekschrift naar de middelen en argumenten die zijn aangevoerd ter ondersteuning van een beroep dat in een verwante zaak is ingesteld, voldoet dan ook niet aan dit vereiste (arrest van 24 maart 2011, Legris Industries/Commissie, T-376/06, niet gepubliceerd, EU:T:2011:107, punt 32), zoals de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd.

- 91 Niettemin zij opgemerkt dat de Unierechter heeft kunnen aanvaarden dat niet uitdrukkelijk in het verzoekschrift opgenomen middelen op grond van een verwijzing naar de in een andere zaak aangevoerde middelen moesten worden geacht geldig te zijn aangevoerd in het geval waarin de verzoekende partij had verwezen naar haar eigen geschriften in een andere zaak (zie arrest van 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, EU:T:2005:455, punten 61 en 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Die zaken betroffen situaties waarin de partijen, evenals de gemachtigden en de advocaten die hen vertegenwoordigden, dezelfde waren. Daarentegen zouden volgens het Gerecht de dwingende voorwaarden van artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991 worden omzeild, wanneer de ontvankelijkheid van niet uitdrukkelijk in het verzoekschrift opgenomen middelen zou worden aanvaard op grond dat zij door een derde waren opgeworpen in een andere zaak, waarnaar in het verzoekschrift wordt verwezen (zie in die zin arresten van 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, EU:T:2005:455, punten 63 en 64; 27 september 2012, Dura Vermeer Infra/Commissie, T-352/06, niet gepubliceerd, EU:T:2012:483, punten 25 en 26; 27 september 2012, Koninklijke BAM Groep/Commissie, T-355/06, niet gepubliceerd, EU:T:2012:486, punten 26 en 27, en 27 september 2012, Heijmans/Commissie, T-360/06, niet gepubliceerd, EU:T:2012:490, punten 25 en 26). Tot slot zij eraan herinnerd dat iedere partij zelf verantwoordelijk is voor de inhoud van processtukken die zij indient, welke regel met name is neergelegd in artikel 43, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 (zie in die zin arresten van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-37/91, EU:T:1995:119, punt 46, en 14 december 2005, Honeywell/Commissie, T-209/01, EU:T:2005:455, punt 66). In casu staat vast dat verzoeksters een eventuele door derden verkregen nietigverklaring wilden aanvoeren, en er dus geen sprake is van dezelfde partijen, noch van dezelfde vertegenwoordigers.
- 92 Bovendien zij eraan herinnerd dat een besluit op het gebied van de mededinging dat jegens meerdere ondernemingen is gegeven weliswaar wordt opgesteld en bekendgemaakt als één besluit, maar moet worden gezien als een bundel individuele besluiten waarbij met betrekking tot elk van de adressaten de haar verweten inbreuk of inbreuken geconstateerd worden en eventueel een boete wordt opgelegd (zie in die zin arresten van 14 september 1999, Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a., C-310/97 P, EU:C:1999:407, punt 49, en 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582, punt 100). Het Hof heeft geoordeeld dat wanneer een adressaat van een besluit beroep tot nietigverklaring instelde, de Unierechter enkel kon oordelen over de onderdelen van het besluit die die adressaat betroffen. De onderdelen betreffende andere adressaten behoorden daarentegen niet tot het voorwerp van het door de Unierechter te beslechten geding (arresten van 14 september 1999, Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a., C-310/97 P, EU:C:1999:407, punt 53; 29 maart 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P en C-216/09 P, EU:C:2011:190, punt 142, en 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 66). Het Hof overweegt dan ook dat het gezag van een rechtsoverweging van een nietigverklaringsarrest in beginsel niet kan gelden ten aanzien van personen die geen partij waren bij het geding en te wier aanzien het arrest dus geen enkele beslissing kan bevatten (arrest van 14 september 1999, Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a., C-310/97 P, EU:C:1999:407, punt 55). Aldus werkt de nietigverklaring van een individueel besluit erga omnes en is zij voor eenieder bindend, maar strekt zij niet tot voordeel van eenieder, in tegenstelling

tot de nietigverklaring van een handeling van algemene strekking (zie arrest van 15 juli 2015, Emesa-Trefilería en Industrias Galycas/Commissie, T-406/10, EU:T:2015:499, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 93 Het Hof heeft dit beginsel evenwel genuanceerd in het arrest van 22 januari 2013, Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29, punten 43-49), waarin het heeft overwogen dat, voor zover de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uitsluitend van die van haar dochteronderneming was afgeleid en de moedermaatschappij en haar dochteronderneming parallelle beroepen met hetzelfde voorwerp hadden ingesteld, het Gerecht niet ultra petita had beslist door rekening te houden met de uitkomst van het door de dochteronderneming ingestelde beroep teneinde het litigieuze besluit ook wat betreft de moedermaatschappij voor de betrokken periode nietig te verklaren, ook al had zij niet het bestaan van de inbreuk bestreden voor de gehele periode waartegen haar dochter was opgekomen. Teneinde een dergelijke oplossing te kunnen toepassen op de geldboete die is opgelegd aan een moedermaatschappij waarvan de aansprakelijkheid uitsluitend van die van haar dochteronderneming is afgeleid, heeft het Hof niettemin overwogen dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden en, met name, dat beide ondernemingen middelen „met hetzelfde voorwerp” moeten hebben opgeworpen en de verzoekende moedermaatschappij dergelijke omstandigheden moet aanvoeren (zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Team Relocation/Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 66).
- 94 Het Hof heeft dit begrip „hetzelfde voorwerp” evenwel niet gedefinieerd en heeft de vraag of bijzondere omstandigheden als bedoeld in het arrest van 22 januari 2013, Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), van openbare orde waren en ambtshalve door de rechter moesten worden opgeworpen, op verschillende wijzen benaderd. Zo heeft het die oplossing allereerst toegepast in een geval waarin beide ondernemingen de duur van de inbreuk hadden betwist en ten minste een deel van de betwiste periode identiek was (arrest van 22 januari 2013, Commissie/Tomkins, C-286/11 P, EU:C:2013:29, punten 43 en 44). Niettemin heeft het ook een arrest bevestigd, waarbij het Gerecht die redenering had gevolgd in een geval waarin het de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete had verlaagd omdat haar samenwerking met het oog op clementie onvoldoende in aanmerking was genomen, waarbij het Hof heeft overwogen dat de moedermaatschappij in casu subsidiair een verlaging van de hoofdelijk aan haar dochteronderneming en aan haarzelf opgelegde geldboete had gevorderd, en bepaalde middelen van die moedermaatschappij „met name ter rechtvaardiging van het toekennen van een dergelijke verlaging waren aangevoerd” (arrest van 26 september 2013, Alliance One International/Commissie, C-679/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:606, punten 103 tot en met 107). Tot slot heeft het Hof in zijn arrest van 17 september 2015, Total/Commissie (C-597/13 P, EU:C:2015:613, punten 31 tot en met 42) een arrest van het Gerecht vernietigd, omdat het in het arrest betreffende de moedermaatschappij geen rekening had gehouden met een op diezelfde dag gewezen arrest waarbij aan haar dochteronderneming een verlaging van de opgelegde geldboete was toegekend vanwege de methode die de Commissie tijdens het berekenen van de geldboete had gebruikt om de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter weerspiegeling van de duur van de inbreuk vast te stellen. De moedermaatschappij had evenwel noch een dergelijk middel opgeworpen (zij had daarentegen de duur van de inbreuk bestreden), noch het Gerecht verzocht om de aan haar opgelegde geldboete te verlagen indien haar dochteronderneming een dergelijke verlaging zou verkrijgen.
- 95 In casu is ook door Biogaran, dochteronderneming van Servier, beroep ingesteld tegen de artikelen 1, 7 en 8 van het bestreden besluit [zaak die heeft geleid tot het arrest van vandaag, Biogaran/Commissie (T-677/14)]. Zoals de Commissie ter terechtzitting in herinnering heeft gebracht, verschillen de omstandigheden van de onderhavige zaak evenwel van die in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 januari 2013, Commissie/Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), en van die in de latere rechtspraak, met name voor zover de aansprakelijkheid van verzoeksters niet uitsluitend is afgeleid van die van hun dochteronderneming Biogaran (overwegingen 3006 tot en met 3013 van het bestreden besluit). Bovendien kan het verzoek van verzoeksters om de voordelen van een ten gunste van Biogaran

uitgesproken nietigverklaring tot hen uit te breiden hoe dan ook niet worden toegewezen, aangezien het door Biogaran ingestelde beroep in de zaak die heeft geleid tot het arrest van vandaag, Biogaran/Commissie (T-677/14), bij dit arrest is verworpen.

- 96 Verzoeksters stellen bovendien dat de gevolgen van een eventueel door een andere adressaat van het bestreden besluit verkregen nietigverklaring tot hen zouden moeten worden uitgebreid „teneinde een ongelijke behandeling te voorkomen van situaties die rechtens en feitelijk gelijk zijn”. Zowel het beginsel van gelijke behandeling als een „algemene verplichting tot coherentie” zou die benadering gebieden.
- 97 In dat verband zij eraan herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling een algemeen rechtsbeginsel van de Unie is dat in de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is vastgelegd en dat vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie arrest van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a., C-550/07 P, EU:C:2010:512, punten 54 en 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Niettemin moet een besluit op het gebied van de mededinging jegens meerdere ondernemingen, dat weliswaar wordt opgesteld en bekendgemaakt als één besluit, worden gezien als een bundel individuele besluiten waarbij met betrekking tot elk van de adressaten de haar verweten inbreuk of inbreuken geconstateerd worden en eventueel een boete wordt opgelegd (zie punt 92 hierboven). Die ondernemingen bevinden zich dus per definitie en zonder uitzondering in verschillende situaties. Bijgevolg kan de Unierechter uit hoofde van het beginsel van gelijke behandeling geen uitzondering maken op de procesregels betreffende de ontvankelijkheid van vorderingen, door te overwegen dat een onderneming die adressaat is van een mededingingsbesluit voordeel kan trekken uit een nietigverklaring die door een andere adressaat van dat besluit is verkregen op grond van enkel door haar opgeworpen middelen.
- 98 Bovendien kan de op het Gerecht rustende verplichting om zijn arresten te motiveren niet zover reiken dat het de in een zaak gekozen oplossing moet rechtvaardigen in het licht van de in een andere aan hem voorgelegde zaak gekozen oplossing, zelfs niet als die zaak hetzelfde besluit zou betreffen (zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Team Relocation/Commissie, C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 66).
- 99 Uit een en ander volgt dat de derde vordering van verzoeksters betreffende het tot hen uitbreiden van de gevolgen van een eventuele nietigverklaring die door andere adressaten van het bestreden besluit op grond van door hen aangevoerde middelen is verkregen, niet-ontvankelijk is. Bovendien moet die vordering, zelfs al zou zij ontvankelijk zijn, ongegrond worden verklaard, aangezien verzoeksters, zoals blijkt uit de punten 92 tot en met 98 hierboven, niet op goede gronden een oplossing in hun voordeel kunnen aanvoeren die ten gunste van de andere adressaten van het bestreden besluit is vastgesteld.

## **2. Ontvankelijkheid van bepaalde bijlagen bij het verzoekschrift**

### **a) Argumenten van partijen**

[omissis]

### **b) Beoordeling door het Gerecht**

- 102 De Commissie stelt primair dat de bijlagen A2 en A3 bij het verzoekschrift op grond van het beginsel *iura novit curia* niet-ontvankelijk zijn. Bijlagen hebben immers slechts een dienende functie als bewijsmiddel en kunnen niet worden gebruikt om een punt van Unierecht aan te voeren of uit te werken, hetgeen uitsluitend de taak van het Gerecht is. Zij beroept zich op de arresten van 5 juli



2011, Edwin/BHIM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, punt 53), en 20 maart 2013, El Corte Inglés/BHIM – Chez Gerard (CLUB GOURMET) (T-571/11, EU:T:2013:145, punt 35), waarin is geoordeeld dat het beginsel *iura novit curia* uitsluitend van toepassing is op het Unierecht en niet op het nationale recht. Er zij aan herinnerd dat dit beginsel betekent dat het uitleggen van de wet uitsluitend de taak van de rechter is en niet die van de partijen. Dit beginsel is in de rechtspraak toegepast teneinde te onderstrepen dat de rechter, hoewel hij enkel uitspraak hoeft te doen over de vordering van partijen, die de grenzen van het geding dienen af te bakenen, zich niet hoeft te beperken tot de argumenten die de partijen tot staving van hun aanspraken hebben aangevoerd. Anders zou hij zich in voorkomend geval gedwongen zien zijn beslissing op onjuiste overwegingen rechtens te baseren (beschikkingen van 27 september 2004, UER/M6 e.a., C-470/02 P, niet gepubliceerd, EU:C:2004:565, punt 69, en 13 juni 2006, Mancini/Commissie, C-172/05 P, EU:C:2006:393, punt 41; arresten van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie, C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, EU:C:2010:541, punt 65, en 8 juli 2010, Commissie/Putterie-De-Beukelaer, T-160/08 P, EU:T:2010:294, punt 65). Evenzo valt krachtens dit beginsel het uitleggen van de wet niet binnen de werkingssfeer van het beginsel dat partijen vrij zijn in het bepalen van het voorwerp van het geschil en is de Unierechter dus niet verplicht om partijen de uitlegging die hij wil toepassen voor te leggen, zodat zij op dit punt stelling kunnen nemen (zie arrest van 5 oktober 2009, Commissie/Roodhuijzen, T-58/08 P, EU:T:2009:385, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak), wat niet afdoet aan de eerbiediging door de rechter van de op hem rustende verplichting om ervoor te zorgen dat partijen kennis hebben van, en op tegenspraak hun standpunt kenbaar kunnen maken over, zowel de feitelijke als de juridische aspecten die beslissend zijn voor de uitkomst van de procedure (arrest van 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a., C-89/08 P, EU:C:2009:742, punt 56). Dit beginsel kan evenwel niet betekenen dat bijlagen bij het verzoekschrift die betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht niet-ontvankelijk zijn.

- 103 De door de Commissie aangevoerde niet-ontvankelijkheid lijkt bovendien te worden ingegeven door het feit dat de twee betrokken bijlagen adviezen bevatten die aan verzoeksters zijn uitgebracht door Sir Francis Geoffrey Jacobs en Fidelma O'Kelly Macken, die handelen in de hoedanigheid van advocaat, maar van wie algemeen bekend is dat zij voormalige leden van het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn, en door het feit dat verzoeksters zich op die laatstgenoemde hoedanigheid beroepen. Op de vraag ter terechtzitting of de Commissie met de betwisting van de ontvankelijkheid van de aldus uitgebrachte juridische adviezen wilde aanvoeren dat die voormalige leden van het Hof de op hen rustende verplichtingen niet nakwamen die voortvloeien uit de gedragscode voor de leden van het Hof van Justitie van de Europese Unie (PB 2007, C 223, blz. 1) en met name uit artikel 6 van die gedragscode betreffende de verbintenis van de leden na neerlegging van hun ambt, heeft de Commissie geantwoord dat dit niet haar intentie was. Het Gerecht heeft hiervan akte genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting.
- 104 De Commissie stelt subsidiair dat volgens de rechtspraak een juridisch advies in de bijlage bij het verzoekschrift slechts ontvankelijk is indien het is opgenomen tot staving en aanvulling van de wezenlijke elementen die het verzoekschrift moet bevatten, mits de relevante passages van de stukken in de bijlagen zijn genummerd en het verzoekschrift hiernaar verwijst. In casu zouden de teksten en argumenten die ten aanzien van bepaalde middelen zijn opgenomen in de bijlagen A2 en A3 bij het verzoekschrift evenwel de wezenlijke elementen van het betoog van verzoeksters of zelfs het volledige betoog bevatten.
- 105 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de in punt 90 hierboven aangehaalde rechtspraak op grond van artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van artikel 44, lid 1, onder c), van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991, dat ten tijde van de instelling van het beroep van kracht was, elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten, en het voor de ontvankelijkheid van een beroep noodzakelijk is dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken.



- 106 De tekst van het verzoekschrift mag weliswaar op specifieke punten worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, maar een algemene verwijzing naar andere stukken, ook al zijn die als bijlage bij het verzoekschrift gevoegd, kan het ontbreken van de wezenlijke elementen van het juridische betoog, die volgens bovengenoemde bepalingen in het verzoekschrift moeten worden vermeld, niet goedmaken. Bovendien is het niet de taak van het Gerecht om in de bijlagen de middelen en argumenten te zoeken en te ontdekken die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen, aangezien de bijlagen slechts als bewijsmiddel dienen (zie arrest van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, EU:T:2007:289, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu kan het Gerecht de bijlagen A2 en A3 bij het verzoekschrift dan ook slechts in overweging nemen voor zover zij de door verzoeksters in de tekst van het verzoekschrift uitdrukkelijk aangevoerde middelen of argumenten staven of aanvullen en voor zover het voor het Gerecht mogelijk is om precies vast te stellen welke elementen zij bevatten die deze middelen of argumenten staven of aanvullen (arrest van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, EU:T:2007:289, punt 99).
- 107 Wat meer in het bijzonder bijlage A2 bij het verzoekschrift betreft, moet worden vastgesteld dat de wezenlijke elementen van het betoog van verzoeksters, anders dan de Commissie stelt, wel degelijk in de tekst van het verzoekschrift zijn opgenomen, en de elementen die in die bijlage zijn uiteengezet enkel de in de tekst van het verzoekschrift vervatte middelen en argumenten op specifieke punten staven en aanvullen en eenvoudig door het Gerecht kunnen worden herkend.
- 108 Zo hebben verzoeksters in die bijlage ten aanzien van punt 103 van het verzoekschrift opgemerkt dat het bestreden besluit erkende dat schikkingen van octrooigeschillen tussen concurrenten doorgaans een legitiem doel hadden en sommige lidstaten het treffen van schikkingen aanmoedigden. Evenzo wordt in punt 24 van bijlage A2 bij het verzoekschrift, waarnaar punt 103 van het verzoekschrift verwijst, aangegeven dat het schikken van geschillen een belangrijk algemeen belang dient, dat veel nationale rechtsstelsels schikkingspogingen stimuleren of zelfs verplicht stellen voordat een gerechtelijke procedure kan worden ingesteld en dat het bestreden besluit, voor zover het een beperking vormt van het recht op een minnelijke geschilregeling, tegen dit beleid indruist en tot gevolg heeft dat de partijen en de gerechten met onnodige kosten worden opgezadeld. Aangezien verzoeksters in punt 24 van bijlage A2 bij het verzoekschrift aldus argumenten hebben aangevoerd die slechts dienen tot staving en aanvulling van de uitdrukkelijk in de tekst van het verzoekschrift aangevoerde elementen, zijn die argumenten ontvankelijk.
- 109 Wat de punten 29 en 818 van het verzoekschrift betreft, waarin verzoeksters volgens de Commissie volstaan met een verwijzing naar het advies van Sir Jacobs, moet worden opgemerkt dat verzoeksters in de punten 816 tot en met 822 van het verzoekschrift uitvoerig hun stelling hebben onderbouwd dat de Commissie geen geldboete kon opleggen omdat haar standpunt volkomen nieuw en onvoorzienbaar was, en de punten 70 en 76 van bijlage A2 bij het verzoekschrift dienaangaande geen nieuwe argumenten en uiteenzettingen bevatten.
- 110 Aangaande punt 147 van het verzoekschrift, waarin verzoeksters aangeven dat de door hen voorgestelde benadering ter bepaling of schikkingsovereenkomsten in strijd zijn met artikel 101 VWEU overeenstemt met het standpunt dat de Supreme Court of the United States heeft ingenomen in zijn arrest van 17 juni 2013, Federal Trade Commission tegen Actavis [570 U. S. (2013); hierna: „Actavis-arrest”], moet worden vastgesteld dat in voetnoot 153 bij dit punt wordt verwezen naar de punten 32 en 33 van bijlage A2. In punt 32 van die bijlage geven verzoeksters slechts een nadere onderbouwing van dit argument en in punt 33 van die bijlage voeren zij slechts aan dat het toepassingsgebied van het Actavis-arrest zich niet kan beperken tot een nationale context waarin het Unierecht niet van toepassing is en dat het standpunt van de Supreme Court of the United States (hoogste rechterlijke instantie, Verenigde Staten) bijzonder respect verdient, gelet op zijn reputatie en zijn ervaring met het mededingingsrecht. Die argumenten zijn dan ook ontvankelijk.

- 111 Wat betreft bijlage A3 bij het verzoekschrift moet, zoals de Commissie stelt, worden vastgesteld dat verzoeksters in punt 11 van het verzoekschrift weliswaar aanvoeren dat de Commissie geen neutraal standpunt inneemt ten aanzien van intellectuele-eigendomsrechten, maar zij niettemin volstaan met een verwijzing naar de punten 8, 15, 31, 34 en 41 van bijlage A3 bij het verzoekschrift, waarin Macken de argumenten uiteenzet met betrekking tot de noodzaak om onderscheid te maken tussen de verschillende terreinen van de intellectuele eigendom, het feit dat het verlenen van een monopolie op octrooien de tegenprestatie is van een publicatie van de uitvinding, het onjuiste gebruik van het begrip „marktexclusiviteit” door de Commissie in het bestreden besluit, en) een onjuiste uitlegging door de Commissie van het EOV. Bijgevolg zijn die argumenten niet-ontvankelijk, behalve het argument betreffende het feit dat het verlenen van een monopolie op octrooien de tegenprestatie is van een publicatie van de uitvinding. In punt 67 van het verzoekschrift hebben verzoeksters immers opgemerkt dat de Commissie „een wezenlijk aspect van octrooien volledig over het hoofd [heeft] gezien, namelijk de publicatie ervan ten behoeve van de verspreiding van uitvindingen”.
- 112 Evenzo stellen verzoeksters in punt 68 van het verzoekschrift dat de Commissie op vooringenomen wijze heeft verwezen naar de overwegingen in het arrest van 9 mei 2008 van de Court of Appeal (England and Wales) (Civil division), waarbij het door Servier ingestelde beroep tegen het vonnis van de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), is verworpen, en verwijten zij de Commissie geen rekening te hebben gehouden met het rapport van professor S., dat is opgenomen in de bijlagen bij hun antwoord dienaangaande op de mededeling van punten van bezwaar. Zij verwijzen voorts naar de punten 113 tot en met 117 van bijlage A3 bij het verzoekschrift. In die punten beperkt Macken zich evenwel niet tot het aanvullen of uitwerken van dat betoog, maar voert zij argumenten aan betreffende het vermeende onjuiste gebruik door de Commissie van het bewijs op basis waarvan zij heeft geconcludeerd dat het 947-octrooi ongeldig was. Aldus zet zij argumenten uiteen ter betwisting van de door de Commissie gegeven uitlegging van de verklaring van de directrice octrooien van verzoekster – waarnaar wordt verwezen in de overwegingen 127 en 185 van het bestreden besluit –, de in overweging 883 van dat besluit bedoelde verklaring van de juridisch adviseur van Krka en de verklaring van de directeur verkoop voor West-Europa van Krka, die in punt 895 van datzelfde besluit wordt aangehaald. Bijgevolg zijn die argumenten niet-ontvankelijk.
- 113 Aangaande punt 76 van het verzoekschrift moet bovendien worden vastgesteld dat verzoeksters, zoals de Commissie benadrukt, in voetnoot 79 van het verzoekschrift weliswaar hebben aangegeven dat het verzenden van waarschuwingsbrieven legitiem was, maar niettemin hebben volstaan met een verwijzing naar de punten 58 tot en met 67 van bijlage A3 bij het verzoekschrift om te motiveren waarom dergelijke verzendingen legitiem zouden zijn. Daarom zijn de argumenten die ten aanzien van dit punt in bijlage A3 bij het verzoekschrift zijn uiteengezet, niet-ontvankelijk.
- 114 In punt 103 van het verzoekschrift hebben verzoeksters zich beperkt tot de vaststelling dat het bestreden besluit erkende dat schikkingen van octrooigeschillen tussen concurrenten doorgaans een legitiem doel hadden en sommige lidstaten het treffen van schikkingen aanmoedigden. Daarentegen wordt de Commissie in de punten 50 tot en met 54 van bijlage A3 bij het verzoekschrift, waarnaar punt 103 van het verzoekschrift verwijst (voetnoot 113), verweten de mondiale schikkingspraktijken, die in detail worden uiteengezet, onvoldoende te hebben onderzocht.
- 115 In punt 46 van de repliek stellen verzoeksters dat het idee dat het beter zou zijn dat ieder geschil door de rechter wordt beslecht „niet strookt met de heersende opvattingen over de gerechtelijke procedure”, waarbij zij verwijzen naar punt 112 van bijlage A3 bij het verzoekschrift, waarin wordt aangegeven dat de benadering van de Commissie in strijd is met richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PB 2008, L 136, blz. 3). Aangezien die argumenten zich niet beperken tot het staven of aanvullen van de uitdrukkelijk in de tekst van het verzoekschrift opgenomen elementen, zijn zij niet-ontvankelijk.

116 Tot slot hebben verzoeksters in punt 262 van het verzoekschrift onder verwijzing naar punt 90 van bijlage A3 bij het verzoekschrift aangegeven dat het voor Teva van essentieel belang was om als één van de eerste generieke ondernemingen tot de markt in het Verenigd Koninkrijk toe te treden. Anders dan de Commissie stelt, hebben verzoeksters die bewering enkel gestaafd en aangevuld in dat punt van bijlage A3 bij het verzoekschrift door te aan te geven waarom een generieke onderneming enkel belang heeft bij een markttoetreding indien zij als één van de eerste ondernemingen tot die markt zou toetreden. Bijgevolg zijn de argumenten die ten aanzien van dit punt in bijlage A3 bij het verzoekschrift zijn uiteengezet ontvankelijk.

## **B. Ten gronde**

### ***1. Schending van het beginsel van onpartijdigheid en van het recht op behoorlijk bestuur***

#### ***a) Argumenten van partijen***

[omissis]

#### ***b) Beoordeling door het Gerecht***

119 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat tot de door het Unierecht in administratieve procedures geboden waarborgen met name het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten neergelegde beginsel van behoorlijk bestuur behoort, waarmee voor de bevoegde instelling de verplichting samenhangt alle relevante gegevens van de zaak zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken (arresten van 30 september 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, T-191/98 en T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245, punt 404, en 27 september 2012, *Shell Petroleum e.a./Commissie*, T-343/06, EU:T:2012:478, punt 170). Dit vereiste van onpartijdigheid omvat enerzijds de subjectieve onpartijdigheid, in die zin dat geen lid van de betrokken instelling die belast is met de zaak, blijk mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid, en anderzijds de objectieve onpartijdigheid in de zin dat de instelling voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel dienaangaande uit te sluiten (zie arrest van 11 juli 2013, *Ziegler/Commissie*, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 155 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Voorts dient eraan te worden herinnerd dat de Commissie niet kan worden aangemerkt als een „gerecht” in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM”), en aldus artikel 41 en niet artikel 47 van het Handvest van de grondrechten de administratieve procedure inzake mededingingsregelingen voor de Commissie regelt (zie arrest van 11 juli 2013, *Ziegler/Commissie*, C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 154 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

120 Verzoeksters beroepen zich op twee arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”). In de eerste plaats voeren verzoeksters het arrest van het EHRM van 25 maart 2008, *Vitan tegen Roemenië* (CE:ECHR:2008:0325JUD 004208402), aan, dat betrekking heeft op het in artikel 6, lid 2, EVRM neergelegde vermoeden van onschuld en waarbij het EHRM schending van die bepaling heeft vastgesteld, omdat de aanklager belast met het strafrechtelijk onderzoek naar verzoeker tijdens een persconferentie had beweerd dat verzoeker schuldig was aan het aannemen van steekpenningen, terwijl zijn schuld nog niet in rechte was komen vast te staan, en de aanklager „zijn uitlatingen niet had genuanceerd en had nagelaten om ze in de context van de tegen verzoeker aanhangige procedure te plaatsen” (punten 70 en 71). In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het EHRM het vermoeden van onschuld niet alleen door een rechter of gerecht kan worden geschonden, maar ook door andere gezagsdragers, dat het belang moet worden onderstreept van de woordkeuze van een gezagsdrager die zich uitlaat over een persoon die nog niet schuldig is bevonden, en dat voor de toepassing van artikel 6, lid 2, EVRM de werkelijke betekenis

van de betrokken uitlatingen van belang is en niet de letterlijke tekst ervan (zie EHRM, 15 maart 2011, *Begu tegen Roemenië*, CE:ECHR:2011:0315JUD 002044802, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Niettemin erkent het EHRM dat artikel 6, lid 2, EVRM, gelet op de door artikel 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting, de autoriteiten niet kan beletten het publiek in te lichten over lopende strafzaken, zij het dat dit wel moet gebeuren met alle discretie en terughoudendheid die nodig zijn om het vermoeden van onschuld te eerbiedigen (EHRM, 10 februari 1995, *Allenet de Ribemont tegen Frankrijk*, CE:ECHR:1995:0210JUD 001517589, punt 38).

- 121 In de tweede plaats beroepen verzoeksters zich op het arrest van het EHRM van 16 september 1999, *Buscemi tegen Italië* (CE:ECHR:1999:0916JUD 002956995), waarbij het EHRM schending van artikel 6, lid 1, EVRM en van het recht van eenieder op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht heeft vastgesteld, omdat de president van het gerecht publiekelijk had gezinspeeld op een negatieve beoordeling van de zaak van verzoeker alvorens het gerecht voor te zitten dat zich over zijn zaak moest uitspreken (punten 68 en 69). In dat arrest heeft het EHRM er overigens aan herinnerd dat de rechterlijke autoriteiten, teneinde het beeld van een onpartijdige rechterlijke macht intact te laten, de grootst mogelijke discretie moesten betrachten wanneer zij een geding moesten beslechten, en dat die discretie hun gebod om contacten met de pers te vermijden, zelfs om te reageren op provocaties (punt 67). Er zij evenwel aan herinnerd dat de Commissie volgens de rechtspraak van de Unie niet kan worden aangemerkt als „gerecht” in de zin van artikel 6 EVRM (zie punt 119 hierboven).
- 122 Verzoeksters beroepen zich voorts op het arrest van 8 juli 2008, *Franchet en Byk/Commissie* (T-48/05, EU:T:2008:257, punten 210-219), waarbij het Gerecht in het kader van een beroep tot schadevergoeding heeft vastgesteld dat het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF) de beginselen van het vermoeden van onschuld en van behoorlijk bestuur had geschonden en zijn verplichting tot vertrouwelijke behandeling niet was nagekomen, voor zover het erop had aangestuurd dat gevoelig onderzoeksmateriaal in de pers werd verspreid en had gezegd dat verzoekers zich mogelijk schuldig hadden gemaakt aan een „grootschalige plundering van [Uniemiddelen]” (punt 216).
- 123 Overigens heeft het Gerecht reeds verduidelijkingen geformuleerd ten aanzien van de op de Commissie in mededingingszaken rustende verplichting tot onpartijdigheid en tot eerbiediging van het beginsel van behoorlijk bestuur. Aldus heeft het Gerecht in het arrest van 20 maart 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Commissie* (T-31/99, EU:T:2002:77, punten 99 tot en met 107), een middel inzake schending van het beginsel van behoorlijk bestuur verworpen in een zaak waarin een ambtenaar van de Commissie die belast was met de zaak die tot het bestreden besluit had geleid zich tijdens de hoorzitting ten overstaan van de Commissie negatief had uitgelaten over de reputatie van verzoekster en haar een aantal tendentieuze vragen had gesteld over feiten die zij niet meer betwistte, en dezelfde ambtenaar tijdens een conferentie over het mededingingsrecht, die plaatsvond op het moment dat het Commissiebesluit nog niet was vastgesteld, de activiteiten van verzoekster via een bepaald citaat in een kwaad daglicht had gesteld. Hoewel het Gerecht erkende dat die opmerkingen getuigden van weinig kiesheid in het gedrag en de woordkeuze van een lid van het team dat met de zaak was belast en eraan herinnerde dat de directeur-generaal van het directoraat-generaal (DG) „Concurrentie” van de Commissie zich bij verzoekster had verontschuldigd voor de op de conferentie gemaakte opmerking, heeft het namelijk evenwel overwogen dat die opmerkingen geen twijfel konden doen rijzen over de mate van zorgvuldigheid en onpartijdigheid waarmee de Commissie de betrokken inbreuk had onderzocht, en dat de betreurenswaardige handelwijze van een lid van het team dat met een zaak is belast op zich de wettigheid van het door de Commissie als college vastgestelde besluit niet aantastte.
- 124 Wat betreft de dubbele taak van de Commissie om in het kader van inbreuken op de mededingingsregels zowel onderzoek te verrichten als sancties op te leggen, heeft het Hof geoordeeld dat die op zichzelf niet onverenigbaar was met artikel 6 EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM (zie in die zin arrest van 18 juli 2013, *Schindler Holding e.a./Commissie*, C-501/11 P, EU:C:2013:522, punten 33 en 34), en heeft het Gerecht overwogen dat die geen schending van het vereiste van onpartijdigheid vormde (zie in die zin arrest van 27 juni 2012, *Bolloré/Commissie*, T-372/10,



EU:T:2012:325, punten 65-67). Het ontbreken van een scheiding tussen de onderzoeks- en sanctiebevoegdheden binnen de diensten van de Commissie brengt evenwel een bijzondere verantwoordelijkheid mee voor de leden van die instelling en met name voor het lid van de Commissie dat is belast met mededinging, namelijk dat zij zich tijdens de onderzoeksfase en de uitvoeringsfase van inbreukprocedures van elke vorm van vooringenomenheid onthouden, aangezien zij bevoegd zijn om de betrokken ondernemingen na afloop van die procedures een sanctie op te leggen.

- 125 Het Gerecht heeft bovendien geoordeeld dat de door de Commissie geuite vastberadenheid dat deelnemers van mededingingsversturende kartels niet om procedurerechten aan de Unierechtelijke sancties ontkomen, geen schending van het beginsel van onpartijdigheid vormde, maar enkel wees op een duidelijke wil die volledig beantwoordt aan de taak van de Commissie om per geval vastgestelde procedurefouten te corrigeren teneinde de doeltreffende werking van het mededingingsrecht van de Unie niet af te zwakken (arrest van 27 juni 2012, *Bolloré/Commissie*, T-372/10, EU:T:2012:325, punten 73 en 74).
- 126 Voorts zij eraan herinnerd dat de Unierechter, om een middel te verwerpen inzake schending van het recht op een eerlijk proces of van het beginsel van behoorlijk bestuur wegens publiekelijke stellingnamen door de Commissie of een van haar ambtenaren tijdens de administratieve procedure, reeds de redenering heeft gevolgd dat het dossier nergens grond gaf aan het vermoeden dat het bestreden besluit niet zou zijn gegeven of anders zou zijn uitgevallen indien de gewraakte uitlatingen niet waren gedaan (zie in die zin arresten van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 91, en 7 juli 1994, *Dunlop Slazenger/Commissie*, T-43/92, EU:T:1994:79, punt 29). Overeenkomstig de rechtspraak dient de verzoeker aldus minstens aanwijzingen ter onderbouwing van een dergelijke conclusie aan te dragen (arrest van 15 maart 2006, *BASF/Commissie*, T-15/02, EU:T:2006:74, punt 606).
- 127 Tevens moet in herinnering worden gebracht dat het functioneren van de Commissie wordt beheerst door het in artikel 250 VWEU geformuleerde collegialiteitsbeginsel, dat berust op de gedachte dat de leden van de Commissie als gelijken aan de besluitvorming deelnemen, en met name inhoudt dat de besluiten in gemeen overleg worden genomen en dat alle leden van het college collectief politiek verantwoordelijk zijn voor alle genomen besluiten. Dit geldt in het bijzonder voor de uitdrukkelijk als besluit aangemerkte handelingen die de Commissie ten aanzien van ondernemingen geeft met het oog op de naleving van de mededingingsregels en die tot doel hebben een inbreuk op die regels vast te stellen, deze ondernemingen bevelen te geven en hun geldboeten op te leggen. Daar het dispositief en de motivering van een besluit dus een ondeelbaar geheel vormen, brengt het collegialiteitsbeginsel mee dat uitsluitend het college bevoegd is om die beide onderdelen vast te stellen (arrest van 27 september 2012, *Heijmans Infrastructuur/Commissie*, T-359/06, niet gepubliceerd, EU:T:2012:489, punten 126 en 127). Het Gerecht heeft inzake staatssteun overigens geoordeeld dat het formuleren van een standpunt door het inzake mededinging bevoegde lid van de Commissie over een lopende procedure, voor zover dit standpunt strikt persoonlijk is en onder voorbehoud wordt gegeven, alleen aan het betrokken lid kan worden toegerekend en niet vooruitloopt op de standpuntbepaling waarmee het college van Commissieleden deze procedure zal afsluiten (arrest van 8 juli 1999, *Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie*, T-266/97, EU:T:1999:144, punten 49 en 54). Bovendien mag niet worden aangenomen dat de leden van de Commissie in hun beoordelingsvrijheid zijn beïnvloed door een verkeerd begrepen solidariteitsgevoel jegens hun collega die met mededingingszaken is belast (arrest van 15 maart 2006, *BASF/Commissie*, T-15/02, EU:T:2006:74, punt 610).
- 128 Wat de objectieve onpartijdigheid betreft, die inhoudt dat de instelling voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel uit te sluiten, moet worden opgemerkt dat de Commissie, zoals zij ter terechtzitting in antwoord op een vraag van het Gerecht heeft gepreciseerd, meerdere interne teksten heeft vastgesteld op grond waarvan zij zich bij uitlatingen in het openbaar aan bepaalde regels moet houden. Meer in het bijzonder is in artikel 1.7 van de in 2011 vastgestelde gedragscode voor commissarissen [C(2011) 2904] bepaald dat de leden van de Commissie op grond



van het collegialiteitsbeginsel afzien van ieder commentaar dat een door de Commissie genomen besluit in gevaar zou brengen, en tevens afzien van het onthullen van de inhoud van de beraadslagingen van de Commissie. Bovendien is in de bijlage „Bestuurlijke gedragscode voor het personeel van de Europese Commissie bij de contacten met het publiek” bij besluit 2000/633/EG, EGKS, Euratom van de Commissie van 17 oktober 2000 tot wijziging van haar reglement van orde (PB 2000, L 267, blz. 63) vermeld dat „[o]m een goede dienstverlening te garanderen [...] de Commissie en haar personeel hoffelijk, objectief en onpartijdig [moeten] zijn” en is in punt 2 van die bijlage aangaande objectiviteit en onpartijdigheid gepreciseerd dat „[h]et personeel van de Commissie [zich] altijd objectief en onpartijdig [opstelt], zowel in het belang van de [Unie] als in het algemeen belang” en dat „[h]et personeel [...] onafhankelijk [handelt] in het kader van het beleid van de Commissie en [...] zich nooit [zal] laten leiden door persoonlijke of nationale belangen of door politieke druk”. Evenzo adviseert de op 28 juni 2010 vastgestelde gedragscode van het DG Concurrentie zijn personeel ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting om iedere discussie te vermijden over zaken waarin de Commissie geen officieel standpunt heeft ingenomen, en om zich bij contacten met de pers niet uit te laten over zaken waarin het onderzoek nog loopt en waarin de Commissie geen officieel standpunt heeft ingenomen.

- 129 Verzoeksters voeren aan dat de Ombudsman reeds heeft vastgesteld dat sprake was van onbehoorlijk bestuur in een geval waarin het lid van de Commissie belast met mededinging, dat ook betrokken was bij de vaststelling van het bestreden besluit, net als in de onderhavige zaak in het openbaar zou hebben laten doorschemeren dat hij reeds vóór de afsluiting van het onderzoek tot een conclusie zou zijn gekomen.
- 130 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de conclusies van de Ombudsman waarbij een „geval van onbehoorlijk bestuur” wordt vastgesteld de Unierechter niet binden en niet meer dan een aanwijzing kunnen zijn dat de betrokken instelling het beginsel van behoorlijk bestuur heeft geschonden. De procedure voor de Ombudsman, die niet bevoegd is om dwingende beslissingen te nemen, biedt de burgers van de Unie immers een buitengerechtelijk alternatief voor het beroep bij de Unierechter, dat beantwoordt aan specifieke criteria, en heeft niet noodzakelijkerwijze hetzelfde doel als een beroep in rechte (arrest van 25 oktober 2007, Komninou e.a./Commissie, C-167/06 P, niet gepubliceerd, EU:C:2007:633, punt 44). Uitleggingen van het Unierecht door de Ombudsman kunnen de Unierechter dus nog minder binden.
- 131 Wat betreft de subjectieve onpartijdigheid, die inhoudt dat geen lid van de betrokken instelling die belast is met de zaak blijk mag geven van partijdigheid of persoonlijke vooringenomenheid, verwijten verzoeksters de twee achtereenvolgende Commissieleden voor mededinging, te weten Neelie Kroes en Joaquín Almunia, in casu dat zij zich tijdens de administratieve procedure tot driemaal toe in het openbaar hebben uitgelaten over de uitkomst van het onderzoek dat verzoeksters betreft. Zoals verzoeksters ter terechtzitting hebben benadrukt, waren die twee leden ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit nog in functie bij de Commissie, waren zij bij die vaststelling betrokken en waren zij gedurende verschillende perioden rechtstreeks belast met het onderzoek naar de zaak. Overigens is het bestreden besluit ondertekend door Almunia.
- 132 Ten eerste blijkt uit het dossier dat Kroes tijdens de persconferentie waarop de conclusies van het onderzoeksrapport over de farmaceutische sector werden gepresenteerd, heeft aangegeven dat „[h]et rapport [helaas bevestigde] dat er mededingingsproblemen [waren] in de farmaceutische sector”, dat „de praktijken van de ondernemingen [...] in dat verband een belangrijke factor [waren]” en dat „[h]et rapport [...] in het bijzonder [concludeerde] dat de fabrikanten van de oorspronkelijke geneesmiddelen [...] actief [probeerden] de toetreding van generieke geneesmiddelen tot hun markten te vertragen” (toespraak gepubliceerd op de website van het DG Concurrentie). Volgens verzoeksters zou Kroes hieraan bovendien hebben toegevoegd dat „[o]verall it is indeed a conclusion that there is something rotten in the state” („Iets is er rot in 't rijk”, fragment van de website van het online dagblad *EU Observer*). De Commissie stelt in de dupliek dat het hier enkel om door een journalist opgetekende uitlatingen gaat en het artikel bevestigt dat de term „rotten” betrekking had op het sectorale

onderzoek en niet op verzoeksters. Tijdens dezelfde persconferentie heeft hetzelfde Commissielid voor mededinging in een afzonderlijk onderdeel, met de titel „Mededingingszaken en toezicht”, gezegd dat een procedure tegen verzoeksters en bepaalde generieke ondernemingen zou worden ingeleid, waarbij zij heeft gepreciseerd dat „[het] [...] vermeende schendingen [betrof] van de regels van het [VWEU] inzake zowel handelsbeperkende praktijken [artikel (101 VWEU)] als misbruik van machtspositie [artikel (102 VWEU)]”, dat „[i]n het kader van die zaak [...] de tussen Servier en bepaalde generieke ondernemingen gesloten overeenkomsten [zouden] worden onderzocht” en dat „[d]ie overeenkomsten [...] negatieve gevolgen [hadden] gehad voor de toetreding van generieke concurrenten van perindopril, een veelgebruikt geneesmiddel tegen hartaandoeningen en hypertensie”. Het Commissielid voor mededinging heeft dus wel degelijk onderscheid gemaakt tussen de resultaten van het sectorale onderzoek en het besluit om een procedure tegen verzoeksters in te leiden. Wat dat laatste betreft, heeft het de Commissielid voor mededinging erop gewezen dat het om mogelijke schendingen van de mededingingsregels ging. Uit haar enkele uitlating in de volgende zin dat de betrokken overeenkomsten negatieve gevolgen hadden gehad voor de markttoetreding van generieke geneesmiddelen, kan niet zonder meer worden afgeleid dat zij meende dat sprake was van een inbreuk op de mededingingsregels, gelet op de context waaraan zij in de vorige zin had herinnerd. Aldus heeft het Commissielid voor mededinging tijdens die persconferentie het publiek enkel ingelicht over een lopend onderzoek, met de discretie en terughoudendheid die nodig zijn om het vermoeden van onschuld te eerbiedigen.

- 133 Ten tweede heeft Almunia op 8 oktober 2012 tijdens een toespraak voor het Europees Parlement, waarbij het activiteitenprogramma van de Commissie op het gebied van mededinging voor 2013-2014 werd gepresenteerd, onder meer verwezen naar de procedure inzake de litigieuze overeenkomsten en aangegeven dat „[i]n de farmaceutische sector [...] vóór de zomer aan [...] en Servier de punten van bezwaar [van de Commissie waren] meegedeeld”, dat hij „[vreesde] dat die ondernemingen misbruik [hadden] gemaakt van hun octrooien teneinde de markttoetreding van goedkopere generieke geneesmiddelen te belemmeren”, en dat hij „[hoopte] dat de besluiten die – idealiter in 2013 – [zouden] worden vastgesteld, [zouden] leiden tot een wijziging van de bestaande praktijken van sommige marktdeelnemers in de sector, die veel te wensen over [lieten]” (toespraak gepubliceerd op de website van het DG Concurrentie). Met zijn uitlating dat de Commissie een mededeling van punten van bezwaar had verzonden aan verzoeksters, alsook aan andere ondernemingen in de onderhavige zaak en in een andere zaak, en dat in 2013 besluiten zouden worden vastgesteld, heeft het Commissielid evenwel niet zijn verplichting tot onpartijdigheid verzaakt en heeft hij het Parlement enkel ingelicht over een lopend onderzoek, met de discretie en terughoudendheid die nodig zijn om het vermoeden van onschuld te eerbiedigen. Er zij immers aan herinnerd dat de mededeling van punten van bezwaar een preliminair karakter heeft, aangezien de functie ervan, zoals die in de Unieverordeningen is omschreven, erin bestaat de ondernemingen alle informatie te verschaffen die zij nodig hebben om op zinvolle wijze verweer te voeren alvorens de Commissie een definitief besluit geeft (zie arrest van 27 september 2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commissie, T-357/06, EU:T:2012:488, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hoewel het definitieve besluit van de Commissie overeenkomstig artikel 27, lid 1, van verordening nr. 1/2003 dus slechts mag steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken, is zij evenwel niet verplicht om alle in de mededeling van punten van bezwaar opgenomen informatie over te nemen, vooral niet indien die informatie ontoereikend zou blijken te zijn. Het is dus eigen aan de mededeling van punten van bezwaar dat zij voorlopig is en door de Commissie bij haar latere beoordeling op basis van de door de partijen in hun antwoorden gemaakte opmerkingen en andere feitelijke vaststellingen kan worden gewijzigd (arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 63). Bovendien is het Commissielid voor mededinging na de mededeling van punten van bezwaar, wanneer de Commissie tot het voorlopige oordeel is gekomen dat een inbreuk is gepleegd, niet langer noodzakelijkerwijs verplicht tot een dermate verreikende terughoudendheid en kan hij of zij in het openbaar, met inachtneming van de vereiste voorzichtigheid aangezien het om een voorlopige beoordeling gaat, de verwijten die een onderneming in dat stadium van de procedure worden gemaakt, bekendmaken.

- 134 Ten derde en tot slot blijkt uit het dossier dat Almunia op 12 april 2013 in een toespraak voor de Amerikaanse balie in Washington, waarvan de tekst in de pers is gepubliceerd, zou hebben gezegd dat „de Commissie [...] zich in de komende maanden [zou] uitspreken over de rechtmatigheid van de overeenkomsten die tussen de farmaceutische ondernemingen [waren] gesloten om de markttoetreding van goedkopere generieke geneesmiddelen te vertragen” en dat „de resultaten van het sectorale onderzoek [zouden] worden vertaald in besluiten in de zaken [...] en Servier” (fragment van de website MLex). Het is belangrijk om te onderstrepen dat dit artikel slechts op indirecte wijze de woorden van het Commissielid weergeeft. Bovendien kunnen die uitlatingen, gesteld al dat het Commissielid voor mededinging deze daadwerkelijk heeft gedaan, niet aldus worden uitgelegd dat de mogelijkheid bestond dat een besluit in de betrokken zaak zou worden vastgesteld (zie in die zin en naar analogie arrest van 8 juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie, T-266/97, EU:T:1999:144, punt 53). Bijgevolg heeft het Commissielid voor mededinging het publiek enkel ingelicht over een lopend onderzoek, met de discretie en terughoudendheid die nodig zijn om het vermoeden van onschuld te eerbiedigen. Er zij aan herinnerd dat die uitlatingen hoe dan ook enkel het door het inzake mededinging bevoegde Commissielid geformuleerde standpunt over een lopende procedure vormden, die alleen aan het betrokken lid konden worden toegerekend en niet vooruitliepen op de standpuntbepaling waarmee het college van Commissieleden deze procedure heeft afgesloten (zie punt 127 hierboven).
- 135 De argumenten van verzoeksters dat het bestreden besluit anders zou zijn uitgevallen indien de Commissieleden die uitlatingen niet hadden gedaan, hoeven dan ook niet te worden onderzocht.
- 136 Ter ondersteuning van dit middel verwijten verzoeksters het Commissielid voort mededinging en zijn kabinet bovendien dat zij het overgrote deel van de hoorzitting niet hebben bijgewoond. Het enkele feit dat Almunia niet bij de hoorzitting van verzoeksters ten overstaan van de Commissie aanwezig was en zich heeft laten vertegenwoordigen door een stafmedewerker, zoals verzoeksters ter terechtzitting hebben benadrukt, bewijst evenwel niet dat het sanctiebesluit reeds vóór de hoorzitting in grote lijnen was vastgesteld. Bovendien legt geen enkele bepaling het lid van de Commissie of een medewerker van zijn kabinet de verplichting op om bij de hoorzitting aanwezig te zijn. En de Unierechter is van oordeel dat het beginsel van behoorlijk bestuur niet in een verplichting kan omzetten wat de wetgever niet als een verplichting heeft beschouwd (zie in die zin arrest van 27 september 2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commissie, T-357/06, EU:T:2012:488, punt 242).
- 137 Verwijzend naar meerdere overwegingen in het bestreden besluit die zij in andere middelen van hun verzoekschrift betwisten, verwijten verzoeksters de Commissie bovendien de toepasselijke regels en standaarden inzake bewijs te hebben geschonden (onjuiste opvatting van de feiten, onjuiste toepassing van het juridisch criterium voor de kwalificatie van een inbreuk met een mededingingsbeperkende strekking, te ruime uitlegging van het begrip „potentiële mededinging”, enz.). In de repliek voeren zij aan dat die voorbeelden zijn bedoeld om de vooringenomenheid van het onderzoek aan te tonen. Zoals de Commissie stelt, kan dat betoog van verzoeksters evenwel niet worden onderscheiden van de vraag of de in het bestreden besluit vastgestelde feiten afdoende worden gestaafd door het door de instelling ingebrachte bewijsmateriaal, en of de Commissie in haar onderzoek heeft blijk gegeven van onjuiste rechtsopvattingen (zie in die zin arrest van 24 oktober 1991, Atochem/Commissie, T-3/89, EU:T:1991:58, punt 39). Die argumenten zullen dan ook verderop worden onderzocht, bij de middelen ten gronde. Opgemerkt moet worden dat die argumenten hoe dan ook niets anders dan loutere beweringen zijn, die niet het bewijs vormen dat de Commissie werkelijk vooruit zou zijn gelopen op de uitkomst van de administratieve procedure dan wel het onderzoek met vooringenomenheid zou hebben gevoerd (zie in die zin arrest van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, EU:T:2000:180, punt 272).
- 138 Tot slot stellen verzoeksters dat het ontbreken van een door een intern panel van het DG Concurrentie uitgevoerd tegenonderzoek in de zaak een teken is dat het bestreden besluit partijdig is en een grond oplevert voor de nietigverklaring ervan wegens schending van het beginsel van het vermoeden van onschuld en van artikel 41 van het Handvest van de grondrechten. Niettemin zij opgemerkt dat geen

enkele regelgevende bepaling en geen enkele interne regel van de Commissie haar de verplichting oplegt om in alle zaken een tegenonderzoek door een intern panel te laten uitvoeren, en moet in herinnering worden gebracht dat het beginsel van behoorlijk bestuur niet in een verplichting kan omzetten wat de wetgever niet als een verplichting heeft beschouwd (zie punt 136 hierboven). Het klopt dat in 2004 binnen het DG Concurrentie een systeem van peer review is ingevoerd. Uit een in september 2011 door de Commissie gepubliceerd document met de titel „Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU: Key actors and checks and balances” blijkt evenwel dat de directeur-generaal van het DG Concurrentie in samenspraak met het Commissielid voor mededinging beslist in welke zaken dat interne panel wordt ingezet, dat de beslissing om een dergelijk panel in te zetten en de samenstelling van dat panel niet openbaar worden gemaakt en dat in geen geval de partijen tegen wie de procedure is ingeleid, noch derden worden betrokken bij het peer review in een zaak. Het DG Concurrentie is dus niet verplicht om in alle zaken een dergelijk tegenonderzoek te laten uitvoeren en het kan de Commissie dan ook niet worden verweten dat zij dat tegenonderzoek in casu achterwege heeft gelaten.

139 Het middel dient derhalve te worden afgewezen.

## ***2. Geen daadwerkelijke raadpleging van het adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities***

### ***a) Argumenten van partijen***

[omissis]

### ***b) Beoordeling door het Gerecht***

142 In artikel 14, lid 1, van verordening nr. 1/2003, dat deel uitmaakt van hoofdstuk IV aangaande de samenwerking tussen de Commissie enerzijds en de mededingingsautoriteiten en de gerechten van de lidstaten anderzijds, is bepaald dat „[d]e Commissie [...] een adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities [raadpleegt] alvorens [besluiten] als bedoeld in de artikelen 7, 8, 9, 10 en 23, artikel 24, lid 2, en artikel 29, lid 1, [van diezelfde verordening] te geven”. Artikel 14, lid 2, van verordening nr. 1/2003 preciseert dat „[v]oor de bespreking van individuele zaken [...] het adviescomité uit vertegenwoordigers van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten [bestaat]”. Ingevolge artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 brengt het adviescomité over het voorontwerp van [besluit] van de Commissie schriftelijk advies uit en op grond van artikel 14, lid 5, van diezelfde verordening „[houdt de] Commissie [...] zo veel mogelijk rekening met het door het adviescomité uitgebrachte advies” en „brengt [zij] het comité op de hoogte van de wijze waarop zij rekening heeft gehouden met zijn advies”. Bovendien „[worden op] verzoek van één of meer leden [...] de standpunten in het advies gemotiveerd” (artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003). In punt 58 van de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PB 2004, C 101, blz. 43; hierna: „mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten”) is bovendien gepreciseerd dat „[h]et adviescomité [...] het forum [is] waar deskundigen van de verschillende mededingingsautoriteiten individuele zaken en algemene vraagstukken van het [...] mededingingsrecht [van de Unie] bespreken”.

143 Wat de procedure betreft, preciseert artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 dat het raadplegen van het adviescomité „kan plaatsvinden tijdens een vergadering die op uitnodiging en onder het voorzitterschap van de Commissie plaatsvindt, ten vroegste 14 dagen na de verzending van de convocaties en van een samenvatting van de zaak, een opgave van de belangrijkste stukken en een voorontwerp van [besluit]. [...] Indien de Commissie [niettemin] een convocatie zendt met een kortere termijn dan de hierboven genoemde termijnen, kan de vergadering op de voorgestelde datum plaatsvinden indien geen lidstaat daartegen bezwaar maakt.” Evenzo preciseert punt 66 van de



mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten dat „[d]e verordening van de Raad [...] in de mogelijkheid voor de lidstaten [voorziet] om in te stemmen met een kortere termijn tussen de verzending van de uitnodiging en de vergadering”. Bovendien kan het adviescomité ingevolge artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 „[...] ook een advies uitbrengen wanneer niet alle leden aanwezig of vertegenwoordigd zijn”. Tot slot is in artikel 14, lid 4, van verordening nr. 1/2003 bepaald dat „[d]e raadpleging [...] ook [kan] plaatsvinden via een schriftelijke procedure”, maar dat „[d]e Commissie [...] evenwel een vergadering [belegt] indien een lidstaat daarom verzoekt”. Die bepaling preciseert dat „[i]n geval van een schriftelijke procedure [...] de Commissie een termijn [vaststelt] van niet minder dan 14 dagen [...] waarbinnen de lidstaten hun opmerkingen moeten maken, die aan de overige lidstaten worden toegezonden”.

- 144 Het document „Working Arrangements for the Antitrust Advisory Committee” (hierna: „bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité”) van 19 december 2008, dat op 6 november 2015 door de Commissie is overgelegd in het kader van een maatregel tot organisatie van de procesgang, preciseert de verschillende fasen die voorafgaan aan de raadpleging van het adviescomité, en in het bijzonder die fasen gedurende welke de nationale mededingingsautoriteiten naarmate het onderzoek in de zaak vordert, kennis kunnen nemen van het dossier.
- 145 Ten eerste zij er dienaangaande aan herinnerd dat in artikel 11, lid 2, van verordening nr. 1/2003 is bepaald dat „[d]e Commissie [...] de mededingingsautoriteiten van de lidstaten een afschrift [toezendt] van de belangrijkste documenten [...] die zij met het oog op de toepassing van de artikelen 7, 8, 9, 10 en 29, lid 1, [van die verordening heeft verzameld]” en „[de Commissie op] verzoek van de mededingingsautoriteit van een lidstaat [...] afschriften van andere documenten die voor de beoordeling van de zaak noodzakelijk zijn, ter beschikking van die autoriteit [stelt]”. Bovendien preciseert artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 dat „[w]anneer de Commissie een procedure begint die tot het geven van een [besluit] op grond van hoofdstuk III moet leiden, [...] dit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid [ontneemt] tot toepassing van de artikelen [101 en 102 VWEU]” en „[i]ndien een mededingingsautoriteit van een lidstaat een zaak reeds in behandeling heeft genomen, [...] de Commissie alleen een procedure [begint] na overleg met deze autoriteit”. Ingevolge die bepalingen worden het besluit tot inleiding van de procedure, de aan de betrokken onderneming gerichte mededeling van punten van bezwaar, het antwoord van die onderneming op dat document en de overige belangrijkste stukken in de zaak onverwijld na kennisgeving ervan aan de betrokken onderneming, dan wel onverwijld na ontvangst ervan, door de Commissie aan de nationale mededingingsautoriteiten toegezonden (zie de punten 6 en 7 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité).
- 146 Ten tweede preciseren de punten 33 tot en met 36 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité, dat voor iedere zaak waarin de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan een onderneming heeft gericht, de Commissie binnen 45 dagen na de verzending aan de betrokken partijen van die mededeling één van de nationale mededingingsautoriteiten als rapporteur in de zaak (hierna: „NMA-rapporteur”) aanwijst. Die aanwijzing geschiedt bij toerbeurt volgens het roulerend voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie, tenzij omwille van de objectiviteit een andere nationale mededingingsautoriteit moet worden aangewezen, in welk geval de Commissie de volgende autoriteit in de lijst van roulerende voorzitters kan kiezen, mits de eerste nationale mededingingsautoriteit daarmee instemt (punten 28, 33 en 34). De NMA-rapporteur, die de zaak inzichtelijk moet maken voor de andere nationale mededingingsautoriteiten en hen op de hoogte moet houden van de belangrijkste onderzoeksfasen ervan, werkt hiertoe nauw samen met de Commissie (punten 40 en 42). De bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité adviseren de NMA-rapporteur bovendien om uiterlijk vijf dagen voor aanvang van de vergadering van het adviescomité een lijst met de belangrijkste vraagstukken in de zaak te laten circuleren [punt 44, onder i)] en de zaak en de belangen ervan bij aanvang van die vergadering te presenteren [punt 44, onder ii)].



- 147 Ten derde bepaalt artikel 11, lid 1, van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 2004, L 123, blz. 18) dat „[d]e Commissie [...] de partijen aan wie zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, de mogelijkheid [biedt] om te worden gehoord alvorens zij het in artikel 14, lid 1, van verordening [...] nr. 1/2003 bedoelde adviescomité raadpleegt”. Artikel 14, lid 3, van verordening nr. 773/2004 bepaalt bovendien dat „[d]e Commissie [...] de mededingingsautoriteiten van de lidstaten [uitnodigt] om aan de hoorzitting deel te nemen” en dat „[z]ij [...] ook functionarissen en ambtenaren van andere autoriteiten van de lidstaten [kan] uitnodigen”. Punt 12 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité preciseert dat de deelname van de nationale mededingingsautoriteiten aan de hoorzitting zinnig is voor het adequaat functioneren van het adviescomité. Geen enkele bepaling voorziet evenwel in een bijzondere rol voor de NMA-rapporteur tijdens de hoorzitting.
- 148 Volgens de rechtspraak betreffende de overeenkomstige bepalingen van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 1962, 13, blz. 204), die is vervangen door verordening nr. 1/2003, is de raadpleging van het adviescomité een wezenlijk vormvoorschrift waarvan de schending de wettigheid van het eindbesluit van de Commissie aantast, indien is komen vast te staan dat het adviescomité vanwege de niet-naleving van de raadplegingsregels zijn advies niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen uitbrengen. De inhoud van de verplichtingen die voortvloeien uit de regels inzake de raadpleging van het adviescomité en de vraag of die verplichtingen wezenlijke vormvoorschriften zijn, moeten aldus in elk afzonderlijk geval worden beoordeeld in het licht van dat doel, namelijk het comité in staat stellen zijn adviserende taak met volledige kennis van zaken te vervullen (zie in die zin arresten van 10 juli 1991, RTE/Commissie, T-69/89, EU:T:1991:39, punten 21 en 23, en 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, EU:T:2000:77, punt 742).
- 149 Dienaangaande is ten aanzien van de documenten die ter inzage aan het adviescomité moeten worden gegeven overwogen dat, hoewel de raadpleging plaatsvindt in het kader van de samenwerking tussen de Commissie en de lidstaten en niet bedoeld is als een procedure op tegenspraak tegen de betrokken ondernemingen, het adviescomité volstrekt objectief dient te worden ingelicht, in het bijzonder over het standpunt en de voornaamste argumenten die de betrokken ondernemingen kenbaar hebben gemaakt in hun opmerkingen over alle door de Commissie na afloop van het onderzoek tegen hen aangevoerde punten van bezwaar. Met name het proces-verbaal van de hoorzitting behoort dus in beginsel tot de voornaamste stukken van het dossier in de zin van artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 en moet daarom bij de convocatie aan het comité worden toegezonden. Toezending van het proces-verbaal van de hoorzitting aan het adviescomité is evenwel slechts als een wezenlijke vorm te beschouwen indien die toezending in een bepaald geval noodzakelijk blijkt om het comité in staat te stellen zijn advies met volledige kennis van zaken uit te brengen, dat wil zeggen zonder op een essentieel punt te dwalen wegens onjuistheden of lacunes. Deze dwaling zou zich enkel kunnen voordoen wanneer het proces-verbaal van de hoorzitting belangrijke nieuwe informatie bevat, die nog niet was vervat in de bij de convocatie van het adviescomité gevoegde schriftelijke antwoorden van de betrokken onderneming op de mededeling van punten van bezwaar. Wanneer dat niet het geval is, maakt het feit dat de Commissie het proces-verbaal van de hoorzitting niet tegelijk met de convocatie aan het adviescomité heeft toegezonden, geen inbreuk op het recht van verweer van de betrokken onderneming en heeft het geen enkele invloed op de afloop van de raadplegingsprocedure. Een dergelijk verzuim kan dan niet de gehele administratieve procedure ongeldig maken en kan de wettigheid van het eindbesluit niet aantasten (arrest van 10 juli 1991, RTE/Commissie, T-69/89, EU:T:1991:39, punten 21 tot en met 23).
- 150 Bovendien is geoordeeld dat het feit dat de Commissie het adviescomité niet in kennis had gesteld van het precieze bedrag van de voorgestelde geldboete geen schending van het wezenlijke vormvoorschrift betreffende de raadpleging van het adviescomité vormde, voor zover het adviescomité alle wezenlijke

informatie had ontvangen die het nodig had om een advies uit te brengen over de geldboeten. Het adviescomité hoeft enkel in kennis te worden gesteld van de criteria die worden overwogen voor het opleggen van de geldboete (zie in die zin arrest van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, EU:T:2000:77, punten 747 en 748). Zo herinnert punt 23 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité aan de noodzaak van geheimhouding van de interne communicatie van het comité, met name wat de hoogte van de geldboete betreft. In punt 24 van diezelfde bepalingen is ten aanzien van de vaststelling van het bedrag van de geldboete bepaald dat de Commissie tijdens de vergadering van het adviescomité een document overhandigt waarin de gekozen berekeningsmethode wordt uitgelegd, waarbij zij nauwkeurig verwijst naar de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren voor de berekening van geldboeten”), de leden van het adviescomité om extra tijd kunnen vragen om dit document te bestuderen, en dit document na afloop van de vergadering aan de Commissie wordt teruggegeven.

- 151 Ten eerste stellen verzoeksters in casu dat de Commissie het adviescomité niet daadwerkelijk heeft geraadpleegd aangezien zij noch het onderdeel van het voorontwerp van besluit betreffende de geldboeten, noch de antwoorden van de ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt, het voorontwerp van het bestreden besluit met een korte termijn aan de comitéleden is toegezonden, de aan de nationale mededingingsautoriteiten toegezonden samenvatting van het voorontwerp van besluit onvolledig was, en het advies van het adviescomité onvoldoende gemotiveerd was. Al die argumenten moeten worden onderzocht in het licht van de stukken van het dossier, en met name ten aanzien van de feitelijke verduidelijkingen die de Commissie op 6 november 2015 in antwoord op de hierboven genoemde maatregel tot organisatie van de procesgang heeft verstrekt en ter terechtzitting heeft overgelegd.
- 152 Het argument van verzoeksters aangaande het niet verstrekken van het onderdeel van het voorontwerp van besluit betreffende de geldboeten is ter terechtzitting door verzoeksters ingetrokken, waarvan akte is genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting. Hoewel verzoeksters ter terechtzitting hebben aangevoerd dat de methode voor de berekening van het geldboetebedrag niet tijdens de vergaderingen van het adviescomité aan de nationale mededingingsautoriteiten was overhandigd, mist die kritiek feitelijke grondslag, aangezien uit het dossier blijkt dat de Commissie de nationale mededingingsautoriteiten op 3 juli 2014 hoofdstuk 10 betreffende de geldboeten heeft toegezonden, waarin de belangrijkste elementen van die methode worden uitgelegd, samen met een herinnering aan de convocatie voor de tweede vergadering van het adviescomité op 7 juli 2017. Dienaangaande moet worden onderstreept dat de nationale mededingingsautoriteiten reeds op 23 juli 2013 de antwoorden van de ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar hadden ontvangen, op 19 december 2013 een letter of facts en op 13 februari 2014 de antwoorden hierop van de ondernemingen. Tot slot had de Commissie hun op 20 mei 2014 een letter of facts over de toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuken toegezonden, alsook de antwoorden van Mylan, Niche en Unichem hierop.
- 153 Aangaande de termijn waarmee het voorontwerp van besluit is toegezonden, blijkt uit het dossier dat de Commissie het voorontwerp in drie delen aan de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten heeft gezonden: de hoofdstukken 1 tot en met 4 zijn hun op 12 juni 2014 toegezonden, samen met de convocatie voor de eerste vergadering van het adviescomité op 30 juni 2014, de hoofdstukken 5 tot en met 9 zijn hun op 20 juni 2014 toegezonden, samen met een samenvatting van het voorontwerp van besluit, en hoofdstuk 10 over de geldboeten (dat alleen niet de precieze boetebedragen vermeldt) is hun op 3 juli 2014 toegezonden, samen met een herinnering aan de op 30 juni 2014 verzonden convocatie voor de tweede vergadering van het adviescomité op 7 juli 2014, waarop het voorontwerp van besluit in zijn geheel zou worden besproken. In dat verband dient te worden benadrukt dat, zoals verzoeksters stellen, in punt 10 op bladzijde 109 van de Antitrust Manual of Procedures van het DG Concurrentie weliswaar is bepaald dat in de regel twee vergaderingen van

dat comité worden gehouden – één over de inhoud van de zaak en één over de hoogte van de geldboeten –, maar die bepalingen niet voorschrijven dat die planning te allen tijde wordt geëerbiedigd. Bovendien blijkt uit het dossier dat de Commissie in casu in de op 30 juni 2014 verstuurd convocaties voor de tweede vergadering, alsook in een e-mail van 3 juli 2014, uitdrukkelijk heeft aangegeven dat de bespreking van de volledige zaak op de agenda van de vergadering van 7 juli 2014 stond.

- 154 Een dergelijke gespreide verzending van documenten, waarbij in sommige gevallen de termijn van veertien dagen niet in acht is genomen, getuigde inderdaad van een bepaalde gehaastheid, die waarschijnlijk te maken had met het feit dat de Commissie de nationale mededingingsautoriteiten al bij het versturen van de convocaties voor de vergadering van 30 juni 2014 had laten weten dat zij voornemens was om op 9 juli 2014 haar besluit te nemen, en heeft voor de leden van het comité niet de optimale omstandigheden gecreëerd om een standpunt in te nemen. Niettemin moet worden vastgesteld dat geen van de nationale mededingingsautoriteiten bezwaar heeft gemaakt tegen de data van die vergaderingen, terwijl dergelijke bezwaren op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 evenwel zouden hebben verhinderd dat de betrokken vergaderingen hadden plaatsgevonden. Bovendien blijkt uit het dossier dat de Commissie de nationale mededingingsautoriteiten op 6 juli 2009 het besluit tot inleiding van de procedure, op 31 juli 2012 de aan de betrokken ondernemingen gerichte mededeling van punten van bezwaar, op 23 juli 2013 de antwoorden van de ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar, op 19 december 2013 een letter of facts, op 13 februari 2014 de antwoorden van de ondernemingen hierop en op 20 mei 2015 een letter of facts over de toerekening van de aansprakelijkheid voor de inbreuken, alsook de antwoorden van Mylan, Niche en Unichem hierop heeft toegezonden. Daarnaast heeft de Commissie hun op 25 juni 2014 het voorontwerp van het door de raadadviseur-auditeur opgestelde proces-verbaal van de hoorzitting toegezonden.
- 155 Gelet op alle in de punten 153 en 154 hierboven genoemde elementen moet derhalve worden vastgesteld dat de leden van het adviescomité voldoende op de hoogte waren van de inhoud van het dossier en van de strekking van het voorontwerp van besluit, en het comité zijn advies dus met volledige kennis van zaken heeft kunnen uitbrengen, ook al kan het gelet op de omvang (bijna 600 bladzijden) en de ingewikkeldheid van de hoofdstukken 5 tot en met 9 van het voorontwerp van besluit met name betreurenswaardig worden geacht dat de Commissie die hoofdstukken pas tien dagen vóór de eerste vergadering van het adviescomité aan de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten heeft toegezonden.
- 156 Bovendien moet worden gepreciseerd dat de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, noch op grond van de bepalingen van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003, noch op grond van punt 66 van de mededeling betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten verplicht is om de mededingingsautoriteiten van de lidstaten vooraf om uitdrukkelijke toestemming te vragen om af te wijken van de voorgeschreven termijn van veertien dagen tussen de verzending van de convocaties aan de leden van het adviescomité en de vergadering van dat comité. Artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 bepaalt immers dat indien de Commissie een convocaties met een kortere termijn dan de hierboven genoemde termijn verstuurt, het aan de lidstaten staat om daartegen eventueel bezwaar te maken, en dat bij het uitblijven van bezwaar de vergadering op de door de Commissie vastgestelde datum plaatsvindt. Ten aanzien van de aangevoerde schending van het beginsel van behoorlijk bestuur zij er bovendien aan herinnerd dat dat beginsel niet in een verplichting kan omzetten wat de wetgever niet als een verplichting heeft beschouwd (zie punt 136 hierboven).
- 157 Wat het door het adviescomité uitgebrachte advies betreft, dient in herinnering te worden gebracht, ten eerste, dat dat advies ingevolge artikel 14, lid 6, van verordening nr. 1/2003 niet in alle gevallen wordt bekendgemaakt, en in de rechtspraak zelfs is overwogen dat het niet toezenden ervan aan de betrokken ondernemingen niet in strijd is met het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging (zie in die zin arrest van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80

tot en met 103/80, EU:C:1983:158, punten 35 en 36), en, ten tweede, dat de standpunten in dit advies op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 enkel op verzoek van ten minste één lid van dat comité worden gemotiveerd en in casu van een dergelijk verzoek geen sprake is geweest. Bovendien bepaalt artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 dat de partijen tegen wie de Commissie een procedure krachtens artikel 101 VWEU heeft ingeleid geen recht op inzage hebben in de briefwisseling tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of tussen die autoriteiten, waaronder documenten opgesteld uit hoofde van de artikelen 11 en 14 van die verordening. Voorts mogen de functionarissen en personeelsleden van de Commissie en van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten op grond van artikel 28, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geen inlichtingen openbaar maken die zij uit hoofde van die verordening hebben verkregen of uitgewisseld en die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen. Deze plicht geldt ook voor alle vertegenwoordigers en deskundigen van lidstaten die uit hoofde van artikel 14 van verordening nr. 1/2003 vergaderingen van het adviescomité bijwonen. Verzoeksters kunnen zich dan ook niet op het standpunt stellen dat het door het adviescomité uitgebrachte advies onvoldoende gemotiveerd was. Bovendien kan, gelet op de toepasselijke bepalingen, uit de beknopte en weinig gedetailleerde aard van het advies niet worden afgeleid dat het adviescomité niet over alle informatie beschikte om een weloverwogen besluit te kunnen nemen, noch dat dat comité zijn advies niet met volledige kennis van zaken heeft uitgebracht, ook al heeft het zich summier uitgesproken.

- 158 Tot slot stellen verzoeksters dat het adviescomité zijn advies niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen uitbrengen, omdat de door de Commissie aan de leden van het adviescomité toegezonden samenvatting van het voorontwerp van besluit vooringenomen en onvolledig was. Niettemin zij eraan herinnerd dat die samenvatting, zoals de Commissie aanvoert, niet tot doel heeft om de verweerargumenten van de betrokken onderneming te inventariseren, maar is bedoeld om de inhoudelijke bespreking van het voorontwerp van besluit binnen het adviescomité te bevorderen. Hoe dan ook blijkt in casu uit het antwoord van de Commissie op de maatregel tot organisatie van de procesgang dat zij in haar samenvatting bij het voorontwerp van besluit de belangrijkste punten van dat besluit heeft gepresenteerd en de meest netelige aspecten van haar onderzoek heeft uitgelicht (criteria voor de vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking, afbakening van de markt, toepassing van artikel 102 VWEU). Het enkele feit dat zij in die samenvatting niets heeft vermeld over de stand van zaken van alle geschillen inzake het 947-octrooi, de uitlegging van de strekking van sommige bepalingen van de schikkingsovereenkomsten, de feiten die zich hebben voorgedaan na de ongeldigverklaring van het 947-octrooi door het EOB of de verschillen tussen de aanschaf van technologie van Rolabo en die van een andere onderneming, kan niet tot de overweging leiden dat het adviescomité – dat overigens over een aanzienlijk aantal documenten aangaande de zaak beschikte, en met name over de door verzoeksters uiteengezette argumenten in hun opmerkingen over de mededeling van punten van bezwaar en over de letter of facts (zie de punten 152 en 154 hierboven), – zijn advies niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen uitbrengen.
- 159 Ten tweede stellen verzoeksters dat het adviescomité op onregelmatige wijze is geraadpleegd, voor zover slechts een klein aantal van zijn leden zijn vergaderingen had bijgewoond en de NMA-rapporteur in de zaak, die niet tijdig is aangewezen, niet aanwezig was bij de hoorzitting van partijen, noch bij de tweede vergadering van het adviescomité.
- 160 Verzoeksters verwijten de Commissie de NMA-rapporteur niet binnen een termijn van 45 dagen na de toezending van de mededeling van punten van bezwaar te hebben aangewezen en bewust een nationale mededingingsautoriteit te hebben gekozen die de hoorzitting niet had bijgewoond.
- 161 Vast staat dat de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité preciseren dat de NMA-rapporteur in beginsel binnen 45 dagen na de verzending aan de ondernemingen van de mededeling van punten van bezwaar en volgens een objectief criterium wordt aangewezen, namelijk in beginsel bij toerbeurt volgens het roulerend voorzitterschap van de Raad (zie punt 146 hierboven). In casu blijkt uit het dossier dat de procedure voor het aanwijzen van de NMA-rapporteur op 7 mei



2014 in gang is gezet en dat op 3 juni 2014, dus na de hoorzitting, maar ruim voor de vergaderingen van het adviescomité, de Bundeswettbewerbsbehörde (mededingingsautoriteit, Oostenrijk, hierna: „BWB”) als NMA-rapporteur is aangewezen en die aanwijzing volgens een objectief criterium heeft plaatsgevonden, namelijk volgens de volgorde van het roulerend voorzitterschap van de Raad. Het enkele feit dat de termijn van 45 dagen voor de aanwijzing van de NMA-rapporteur niet is nageleefd, welke niet-naleving de Commissie ter terechtzitting heeft beaamd, kan in casu evenwel niet tot de overweging leiden dat het adviescomité hierdoor zijn taak niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen vervullen. De rol die de NMA-rapporteur heeft bij het inzichtelijk maken van de zaak voor de nationale mededingingsautoriteiten en het op de hoogte houden van die autoriteiten is immers pas met name van belang in het stadium van de voorbereiding van de vergaderingen van het adviescomité (zie punt 164 hierna) en in casu was de NMA-rapporteur in dat stadium van de procedure aangewezen. Wat daarenboven de aanwijzing van de BWB als NMA-rapporteur betreft, moet worden benadrukt dat verzoeksters geen enkele informatie hebben verstrekt waaruit blijkt dat er een verband zou zijn tussen die aanwijzing en de afwezigheid van die nationale mededingingsautoriteit tijdens de hoorzittingen van 15, 16, 17 en 18 april 2013, en die autoriteit hoe dan ook volgens een zuiver objectief criterium, namelijk de volgorde van het roulerend voorzitterschap van de Raad, is aangewezen.

- 162 Voorts stellen verzoeksters dat het adviescomité zijn advies niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen uitbrengen omdat de NMA-rapporteur noch de hoorzittingen van partijen op 15, 16, 17 en 18 april 2013, noch de vergadering van het adviescomité van 7 juli 2014 heeft bijgewoond. De Commissie voert aan dat geen enkele tekst de NMA-rapporteur verplicht om bij de hoorzitting aanwezig te zijn en herinnert eraan dat tijdens de hoorzitting acht lidstaten aanwezig waren.
- 163 Opgemerkt moet worden dat punt 12 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité weliswaar preciseert dat de deelname van de nationale mededingingsautoriteiten aan de hoorzitting zinvol is voor het adequaat functioneren van het adviescomité, maar daarentegen geen enkele bepaling de NMA-rapporteur verplicht om de hoorzitting bij te wonen – artikel 14, lid 3, van verordening nr. 773/2004 bepaalt enkel dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten worden uitgenodigd om de hoorzitting bij te wonen – en alle nationale mededingingsautoriteiten bovendien een afschrift van het proces-verbaal van de hoorzitting ontvangen. Zoals de Commissie aanvoert, kan overigens worden vastgesteld dat de nationale mededingingsautoriteiten naar behoren zijn uitgenodigd om bij de hoorzitting aanwezig te zijn, en acht autoriteiten daadwerkelijk op die hoorzitting waren vertegenwoordigd (zie voor een geval waarin de nationale mededingingsautoriteiten niet voor de hoorzitting waren uitgenodigd arrest van 21 september 2017, Feralpi/Commissie, C-85/15 P, EU:C:2017:709, punten 38-44). Bovendien zij eraan herinnerd dat de rol van de NMA-rapporteur bij het inzichtelijk maken van de zaak voor de NMA's en het op de hoogte houden van die autoriteiten met name van belang is ten overstaan van het adviescomité en niet in het stadium van de hoorzitting. Zo adviseren de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité de NMA-rapporteur, om uiterlijk vijf dagen voor aanvang van de eerste vergadering van het adviescomité een lijst met de belangrijkste vraagstukken in de zaak rond te sturen, met name om na te gaan of alle NMA's globaal genomen akkoord kunnen gaan met het voorontwerp van besluit, of zij opmerkingen hebben over bepaalde aspecten, en of zij wensen dat het advies wordt openbaar gemaakt [punt 44, onder i)], en verder om de zaak en de belangen ervan bij aanvang van de eerste vergadering van het adviescomité te presenteren [punt 44, onder ii)]. Uit het dossier blijkt dat de BWB wel degelijk met de Commissie heeft overlegd over het opstellen van de lijst met vraagstukken die de Commissie ter bestudering aan de leden van het adviescomité had toegezonden, en zij bij de eerste vergadering van het adviescomité, waarop zij haar rapport heeft gepresenteerd, aanwezig was, en verzoeksters betwisten niet dat de BWB bij die gelegenheid haar rol van NMA-rapporteur ten volle heeft vervuld. Bovendien kan het enkele feit dat de Commissie de lijst met de belangrijkste vraagstukken in de zaak in de ochtend van 26 juni 2014, dus vier dagen vóór de eerste vergadering van het adviescomité, aan de andere nationale mededingingsautoriteiten heeft toegezonden, terwijl de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité een termijn van vijf dagen aanbevelen, niet tot de conclusie leiden dat het adviescomité zijn advies niet met volledige kennis van zaken heeft kunnen uitbrengen. Anders dan verzoeksters stellen, was de Commissie bovendien niet verplicht om een andere NMA-rapporteur aan te wijzen,

aangezien punt 38 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité enkel in een mogelijkheid voorziet om indien nodig de natuurlijke persoon die de nationale mededingingsautoriteit vertegenwoordigt door een andere natuurlijke persoon van diezelfde autoriteit te vervangen. Bijgevolg zijn in casu de afwezigheid van de BWB bij de hoorzitting van partijen op 15, 16, 17 en 18 april 2013, alsook het te betreuren feit dat zij niet aanwezig was bij de tweede vergadering van het adviescomité op 7 juli 2015, voor dat comité geen beletsel geweest om zich met volledige kennis van zaken uit te spreken.

- 164 Aangaande de grief betreffende het beperkte aantal bij de vergaderingen van het adviescomité aanwezige lidstaten blijkt uit het dossier dat tijdens de vergadering van 30 juni 2014 slechts vijf nationale mededingingsautoriteiten vertegenwoordigd waren (die van het Koninkrijk Spanje, de Italiaanse Republiek, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden) en dat tijdens de vergadering van 7 juli 2014 slechts twee nationale mededingingsautoriteiten vertegenwoordigd waren (die van de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Finland). Daaruit volgt inderdaad dat een beperkt aantal vertegenwoordigers van lidstaten betrokken is geweest bij het in casu uitgebrachte advies van het adviescomité, aangezien het door het adviescomité uitgebrachte advies ingevolge de punten 20 en 21 van de bepalingen inzake de werkwijze van het adviescomité enkel rekening houdt met het commentaar en de opmerkingen die door de bij de vergadering aanwezige leden zijn geformuleerd. In antwoord op de vraag ter terechtzitting wat de redenen van een dermate lage opkomst waren en of er misschien notulen van de vergaderingen van het adviescomité waren gemaakt, heeft de Commissie geantwoord dat zij had vernomen dat er treinstakingen waren en dat zij de leden van het comité had gevraagd of zij specifieke opmerkingen hadden, maar dat zij de vergaderingen niet had laten notuleren.
- 165 Hoewel het in dergelijke omstandigheden weliswaar gepast zou zijn geweest dat de Commissie notulen van de vergaderingen van het adviescomité had laten maken, kan uit het geringe aantal bij de vergaderingen aanwezige vertegenwoordigers van de lidstaten evenwel niet worden afgeleid dat de Commissie in casu het wezenlijke vormvoorschrift betreffende de raadpleging van het adviescomité heeft geschonden.
- 166 Allereerst moet namelijk worden opgemerkt dat, hoewel dit ongebruikelijk en weinig verenigbaar kan lijken met een bepaalde opvatting van behoorlijk bestuur, geen enkele bepaling voorziet in een quorum voor de vaststelling van de adviezen van het adviescomité. Bovendien bepaalt artikel 14, lid 3, van verordening nr. 1/2003 uitdrukkelijk dat het adviescomité „ook een advies [kan] uitbrengen wanneer niet alle leden aanwezig of vertegenwoordigd zijn”. Voorts zij eraan herinnerd dat de Commissie verplicht is om de mededingingsautoriteiten van de lidstaten in staat te stellen om aan het adviescomité deel te nemen, en zij daartoe in casu alle noodzakelijke stappen heeft ondernomen, aangezien zij hun de convocaties voor de vergaderingen van het adviescomité van 30 juni en 7 juli 2014 heeft toegezonden en hun bovendien vanaf het moment dat zij de procedure heeft ingeleid alle noodzakelijk documenten heeft toegestuurd (zie de punten 153 en 154 hierboven), en tegen de data van die vergaderingen geen enkel bezwaar is gemaakt (zie punt 154 hierboven). Tot slot moet worden benadrukt dat het adviescomité enkel een forum kan zijn dat bijdraagt tot de samenhangende toepassing van de mededingingsregels van de Unie – zoals overweging 19 van verordening nr. 1/2003 preciseert – indien de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bereid zijn om constructief met dit comité samen te werken, aangezien de Commissie dienaangaande geen enkele dwingende bevoegdheid heeft.
- 167 Het middel dient derhalve te worden afgewezen.

### **3. Schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, van de rechten van de verdediging en van het beginsel van „equality of arms”**

#### **a) Argumenten van partijen**

[omissis]

#### **b) Beoordeling door het Gerecht**

- 170 Er zij eraan herinnerd dat het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van Unierecht vormt, dat thans is neergelegd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten (zie arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 52). Dat beginsel bestaat uit diverse onderdelen, met name de rechten van de verdediging, het beginsel van „equality of arms”, het recht op toegang tot de rechter en het recht om zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen (arrest van 6 november 2012, Otis e.a., C-199/11, EU:C:2012:684, punt 48). Het beginsel van „equality of arms”, dat een logisch uitvloeisel is van het begrip eerlijk proces, houdt in dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om haar zaak, daaronder begrepen haar bewijsmiddelen, onder zodanige omstandigheden voor te dragen dat zij tegenover de tegenpartij niet wezenlijk wordt benadeeld (arresten van 6 november 2012, Otis e.a., C-199/11, EU:C:2012:684, punt 71, en 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 31).
- 171 Verzoeksters stellen dat zij als gevolg van de beperkingen waaraan zij voor het indienen van hun verzoekschrift onderworpen waren, wezenlijk werden benadeeld ten opzichte van de Commissie, die aan geen enkele tijds- of lengtebeperking was onderworpen voor het opstellen van het bestreden besluit. Niettemin zij eraan herinnerd dat uit de rechtspraak van het EHRM over de uitlegging van artikel 6, lid 1, EVRM, waar overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest van de grondrechten naar moet worden verwezen, volgt dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is. De uitoefening van dat recht is onderworpen aan beperkingen, met name wat de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep betreft (arrest van 28 februari 2013, heroverweging Arango Jaramillo e.a./EIB, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, punt 43). De betrokkenen moeten weliswaar ervan uitgaan dat de regels betreffende de ontvankelijkheid van beroepen worden toegepast, maar de toepassing ervan mag de justitiabelen niet beletten een ter beschikking staand rechtsmiddel aan te wenden (arrest van 28 februari 2013, heroverweging Arango Jaramillo e.a./EIB, C-334/12 RX-II, EU:C:2013:134, punt 43). Aldus overweegt het EHRM dat die beperkingen de vrije toegang van een justitiabele niet zodanig mogen beperken dat zijn recht op toegang tot een rechter in zijn wezen zelf wordt aangetast, en zij enkel verenigbaar zijn met artikel 6, lid 1, EVRM indien daarmee een legitiem doel wordt nagestreefd en er een redelijke verhouding bestaat tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel (zie EHRM, 6 december 2011, Anastasakis tegen Griekenland, CE:ECHR:2011:1206JUD 004195908, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 172 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de strikte toepassing van de Unieregels inzake de procestermijnen vereist ter wille van de rechtszekerheid en de noodzaak om elke discriminatie of willekeurige behandeling bij de rechtsbedeling te vermijden (zie arrest van 15 januari 1987, Misset/Raad, 152/85, EU:C:1987:10, punt 11 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en beschikking van 8 november 2007, België/Commissie, C-242/07 P, EU:C:2007:672, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en wordt hierdoor geenszins het recht op daadwerkelijke rechtsbescherming aangetast (zie in die zin beschikking van 17 mei 2002, Duitsland/Parlement en Raad, C-406/01, EU:C:2002:304, punt 20). Zoals de Commissie stelt, vereist het beginsel van „equality of arms” niet dat de administratieve procedure en de termijn van het beroep tot nietigverklaring van gelijke duur zijn. Het doel van de administratieve procedure is immers om de Commissie in staat te stellen onderzoek te verrichten, teneinde te bepalen of een besluit tot vaststelling van een inbreuk op de artikelen 101 en 102 VWEU moet worden genomen, en om de ondernemingen in staat te stellen hun verweer te

voeren. In dat verband zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging verlangt dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het Verdrag heeft gestaafd (arresten van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80 tot en met 103/80, EU:C:1983:158, punt 10, en 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 66). In die zin bepaalt verordening nr. 1/2003 dat aan partijen een mededeling van punten van bezwaar wordt toegezonden die duidelijk de belangrijkste feiten moet vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert. Dit kan evenwel beknopt geschieden en het besluit hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijklopend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, daar die mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens. Om die reden kan de Commissie – en moet zij zelfs – rekening houden met hetgeen tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen om onder meer ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen (arrest van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 67).

<sup>173</sup> In casu moet worden vastgesteld dat verzoeksters overeenkomstig de bepalingen van artikel 263, zesde alinea, VWEU en van artikel 102, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991 vanaf de kennisgeving van het bestreden besluit weliswaar over een termijn van twee maanden en tien dagen beschikten om hiertegen beroep in te stellen en die termijn het opstellen van het verzoekschrift aanzienlijk bemoeilijkte, aangezien het bestreden besluit uitzonderlijk lang was en daarenboven in de zomerperiode aan hen was medegedeeld, maar zij tijdens de administratieve procedure evenwel de gelegenheid hebben gehad om veelvuldig met de Commissie over de zaak te communiceren. Zo heeft de Commissie in januari 2009, in augustus 2009 en vervolgens tussen december 2009 en mei 2012 verzoeken om inlichtingen aan verzoeksters gericht. Bovendien zijn verzoeksters tussen 2009 en 2012 uitgenodigd voor meerdere evaluatievergaderingen. Op 27 juli 2012 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld, waarop verzoeksters op 14 januari 2013 hebben geantwoord. Vervolgens zijn verzoeksters op 15, 16, 17 en 18 april 2013 gehoord, zijn er nieuwe evaluatievergaderingen gehouden en zijn er opnieuw verzoeken om inlichtingen aan verzoeksters gericht. Op 18 december 2013 heeft de Commissie verzoeksters inzage gegeven in het bewijs dat na de mededeling van punten van bezwaar was vergaard of ruimer openbaar was gemaakt en heeft zij hun een letter of facts toegezonden, waarop zij op 31 januari 2014 hebben geantwoord. Bovendien zij eraan herinnerd dat tijdens de schriftelijke behandeling voor het Gerecht alle verzoeken van verzoeksters om verlenging van termijnen zijn toegewezen, en verzoeksters in de onderhavige procedure dus over het geheel genomen niet wezenlijk zijn benadeeld ten opzichte van de Commissie, ondanks de bijzondere beperkingen waaraan zij voor het indienen van het verzoekschrift waren onderworpen.

<sup>174</sup> Wat de lengte van het verzoekschrift betreft, zij eraan herinnerd dat, volgens de rechtspraak van het EHRM, de regelgeving inzake de vormvereisten waaraan de instelling van een beroep moet voldoen, is bedoeld om een goede rechtsbedeling te waarborgen, en de betrokkenen ervan moeten uitgaan dat die regels worden toegepast (EHRM, 6 december 2011, *Anastasakis tegen Griekenland*, CE:ECHR:2011:1206JUD 004195908, punt 24). Aangaande de procedure voor het Gerecht moet worden opgemerkt dat op grond van punt 15 van de Praktische aanwijzingen voor de partijen voor het Gerecht van 24 januari 2012 (PB 2012, L 68, blz. 23), die van kracht waren op de datum waarop het beroep is ingesteld, de lengte van het verzoekschrift in beginsel is beperkt tot 50 bladzijden, maar te allen tijde wordt vastgesteld naargelang van de ingewikkeldheid, rechtens en feitelijk, van de betrokken zaak (zie in die zin beschikking van 10 april 2014, *Langguth Erben/BHIM*, C-412/13 P, niet gepubliceerd, EU:C:2014:269, punt 63). In casu hebben verzoeksters de ingewikkeldheid rechtens van de betrokken zaak aangevoerd en van het Gerecht toestemming gekregen om een verzoekschrift van 186 bladzijden met een kleinere regelafstand in te dienen, met 10 158 bladzijden aan bijlagen. Het klopt dat het bestreden besluit bijzonder lijk is en op bepaalde punten in herhaling valt, maar dit is,



zoals de Commissie stelt, evenwel het gevolg van het aantal aan verzoeksters verweten inbreuken, die bepaalde kenmerken met elkaar gemeen hebben, alsook van de bewijsstandaarden die gelden op grond van de rechtspraak van de Unie betreffende inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU. Bovendien zijn verzoeksters, zoals de Commissie in herinnering brengt, in de gelegenheid geweest om met een document van meer dan 600 bladzijden te antwoorden op de 755 bladzijden tellende mededeling van punten van bezwaar. Uit de lengte van het verzoekschrift en het aantal aangevoerde middelen blijkt daarenboven dat verzoeksters, zij het inderdaad ten koste van ongetwijfeld aanzienlijke inspanningen, de tijd hebben gehad om hun betoog voor te bereiden. Zij kunnen dan ook niet stellen dat zij bij de toegang tot het Gerecht met onoverkomelijke moeilijkheden werden geconfronteerd, en ten opzichte van de Commissie wezenlijk zijn benadeeld.

- 175 Wat betreft het argument inzake de herhalingen en verwijzingen die de Commissie in het bestreden besluit zou hebben gebezigd, zij eraan herinnerd dat de Commissie krachtens de bepalingen van artikel 296 VWEU haar redenering duidelijk en ondubbelzinnig moet uiteenzetten zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een toelichting kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens, feitelijk of rechtens, in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest van 27 september 2012, Heijmans Infrastructuur/Commissie, T-359/06, niet gepubliceerd, EU:T:2012:489, punt 133 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Anders dan verzoeksters stellen, kan het enkele feit dat de Commissie in het bestreden besluit herhaaldelijk dezelfde interne documenten heeft genoemd en veelvuldig naar andere onderdelen van het bestreden besluit heeft verwezen, niet leiden tot de vaststelling dat het bestreden besluit hen niet in staat zou hebben gesteld om de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel te kennen of de bevoegde rechter zou verhinderen om toezicht uit te oefenen.
- 176 Verzoeksters hebben aangegeven dat het argument inzake het ontbreken van een duidelijk juridisch criterium betrekking had op andere middelen van hun verzoekschrift. Dit argument zal dan ook bij de desbetreffende middelen worden onderzocht.
- 177 Tot slot kunnen de argumenten die verzoeksters ontlenen aan de arresten van het EHRM van 27 oktober 1993, *Dombo Beheer B. V. tegen Nederland* (CE:ECHR:1993:1027JUD 001444888), 15 juli 2003, *Ernst e.a. tegen België* (CE:ECHR:2003:0715JUD 003340096), en 18 april 2006, *Vezon tegen Frankrijk* (CE:ECHR:2006:0418JUD 006601801), evenmin slagen. De elementen rechtens en feitelijk van die zaken verschilden namelijk aanzienlijk van de onderhavige zaak. Zo was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het EHRM van 27 oktober 1993, *Dombo Beheer B.V. tegen Nederland* (CE:ECHR:1993:1027JUD 001444888), waarbij het EHRM een schending van artikel 6 EVRM heeft vastgesteld, een geschil aan de orde tussen twee particulieren, waarbij één van beide partijen wezenlijk werd benadeeld ten opzichte van de andere partij, die als enige een getuige had kunnen oproepen. In de zaak waarin het arrest van 15 juli 2003, *Ernst e.a. tegen België* (CE:ECHR:2003:0715JUD 003340096), is geweest, waarbij het EHRM heeft overwogen dat geen sprake was van een schending van artikel 6 EVRM, ging het om de vraag of een staat de toegang van een verzoeker tot de rechter kon beperken tot een preliminaire vraag over de ontvankelijkheid, op grond dat de door de verzoeker ingestelde vervolging een magistraat betrof, die het voorrecht van rechtsmacht genoot. Tot slot was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het EHRM van 18 april 2006, *Vezon tegen Frankrijk* (CE:ECHR:2006:0418JUD 006601801), sprake van een schending van het recht op een eerlijk proces wegens de wijziging van een wettelijke regeling die, zonder rechtvaardiging door een voldoende reden van algemeen belang, definitief en met terugwerkende kracht materieel van toepassing was op de zaken die bij de nationale gerechten aanhangig waren.

178 Gelet op het voorgaande is het middel hoe dan ook niet gegrond, zelfs al zou het ter zake dienend zijn ter ondersteuning van kritiek op de wettigheid van het bestreden besluit.

#### **4. Onjuiste opvatting van de feiten**

##### **a) Argumenten van partijen**

[omissis]

##### **b) Beoordeling door het Gerecht**

184 De Commissie betwist de ontvankelijkheid van dit middel op grond van de bepalingen van artikel 44, lid 1, onder c), van het in de onderhavige zaak toepasselijke Reglement voor de procesvoering van 2 mei 1991, die preciseren dat het verzoekschrift het voorwerp van het geding en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten. Deze gegevens dienen zo duidelijk en precies te zijn, dat de verweerder zijn verweer kan voorbereiden en het Gerecht uitspraak kan doen op het beroep, in voorkomend geval zonder bijkomende informatie. Teneinde de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, is het, gelet op de hierboven genoemde bepalingen, voor de ontvankelijkheid van een beroep noodzakelijk dat de essentiële feitelijke en juridische gronden van het beroep althans summier, maar coherent en begrijpelijk uit het verzoekschrift zelf blijken (beschikking van 28 april 1993, De Hoe/Commissie, T-85/92, EU:T:1993:39, punt 20). Meer in het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat kan worden toegegeven dat partijen bij het voordragen van de middelen waarop een beroep is gebaseerd niet zijn gebonden aan de woorden en de opsomming van artikel 263, tweede alinea, VWEU en zij de middelen niet behoeven te kwalificeren, maar kunnen volstaan met het aanvoeren van feitelijke of rechtsgronden, evenwel op voorwaarde dat uit het verzoekschrift voldoende duidelijk blijkt welke van de in het Verdrag bedoelde middelen wordt aangevoerd (arrest van 15 december 1961, Fives Lille Cail e.a./Hoge Autoriteit, 19/60, 21/60, 2/61 en 3/61, EU:C:1961:30, blz. 622).

185 In casu verwijten verzoeksters de Commissie in wezen dat zij bepaalde feiten niet op objectieve wijze heeft gepresenteerd en feiten heeft vermeld die irrelevant zijn voor de vaststelling van een inbreuk. Hoewel verzoeksters dit middel kwalificeren als „onjuiste opvatting van de feitelijke context van de praktijken die het voorwerp zijn van het besluit”, hebben zij niet de rechtsregel gepreciseerd waarvan de schending door de Commissie een grond voor het beroep zou kunnen opleveren en zijn de gegevens in hun verzoekschrift niet zo duidelijk en precies dat de Commissie op de aangevoerde argumenten kan ingaan en het Gerecht zijn rechterlijk toezicht kan uitoefenen. De door hen uiteengezette argumenten zouden namelijk betrekking kunnen hebben op een middel betreffende een dwaling omtrent feiten, een onjuiste juridische kwalificatie van de feiten, een schending van het beginsel van onpartijdigheid, de niet-nakoming van de zorgvuldigheidsplicht, misbruik van bevoegdheid of een schending van de reputatie, die het instellen van een beroep tot schadevergoeding kan rechtvaardigen.

186 Op die grond moet dat middel dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard.

187 De Commissie stelt subsidiair dat dit middel tevens niet-ontvankelijk is omdat enkel de gedragingen van verzoeksters die in het dispositief van het bestreden besluit als inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU zijn aangemerkt, bezwarend voor hen zijn en in het kader van een beroep in rechte kunnen worden betwist.

188 Volgens de rechtspraak kan alleen het dispositief van een besluit rechtsgevolgen hebben en bezwarend zijn, en zijn de in de motivering geformuleerde beoordelingen als zodanig niet vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring. De Unierechter kan de rechtmatigheid van die beoordelingen enkel toetsen

wanneer zij, als motivering van een bezwarende handeling, noodzakelijk zijn ter ondersteuning van het dispositief van die handeling (beschikking van 28 januari 2004, Nederland/Commissie, C-164/02, EU:C:2004:54, punt 21, en arrest van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie, T-138/89, EU:T:1992:95, punt 31) en, meer in het bijzonder, wanneer deze overwegingen de kern van hetgeen in het dispositief van de betrokken handeling is beslist, kunnen wijzigen (zie arrest van 12 oktober 2007, Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse/Commissie, T-474/04, EU:T:2007:306, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de motivering van een handeling in aanmerking moet worden genomen om te bepalen wat precies in het dispositief is vastgesteld (arresten van 15 mei 1997, TWD/Commissie, C-355/95 P, EU:C:1997:241, punt 21, en 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie, T-251/00, EU:T:2002:278, punt 67).

- 189 In casu moet derhalve worden nagegaan of de elementen die door verzoeksters worden bekritiseerd en die in punt 4 van het bestreden besluit worden genoemd, noodzakelijk zijn ter ondersteuning van het dispositief van dat besluit en of die overwegingen de kern van hetgeen in het dispositief is beslist, kunnen wijzigen.
- 190 Opgemerkt moet worden dat de Commissie in de overwegingen 85 en 110 van het bestreden besluit, waarin zij de verschillende elementen van de antigenerieke strategie van verzoeksters presenteert (waaronder het samenstellen van een „octrooicluster” met „papieren” octrooien en de geleidelijke overstap op argininezout), heeft vermeld dat de beschrijving van de praktijken die niet worden onderzocht in de punten 5 (onderzoek van de schikkingsovereenkomsten in het licht van artikel 101 VWEU) en 8 (onderzoek van de technologie-aanschaf en van de schikkingsovereenkomsten in het licht van artikel 102 VWEU) van het bestreden besluit, niet vooruitliep op de wettigheid van die praktijken ten aanzien van het mededingingsrecht. Evenzo heeft de Commissie in overweging 2764 van het bestreden besluit gepreciseerd dat geen van de elementen van de algemene strategie van verzoeksters „als zodanig als problematisch ten aanzien van het mededingingsrecht van de Unie [kan] worden aangemerkt”. Voorts heeft de Commissie in de overwegingen 2917 en 2960 in herinnering gebracht dat „[a]angaande misbruik van machtspositie [...] het voorwerp van dit besluit de algemene inbreuk op artikel 102 VWEU [is], die bestaat in de combinatie van een reeks schikkingsovereenkomsten op octrooigebied en de aanschaf van de technologie van Azad”. Bovendien hebben verzoeksters zelf aan het Gerecht gevraagd een groot aantal fragmenten in het bestreden besluit betreffende hun antigenerieke strategie geheim te houden voor interveniënte, omdat die feitelijke elementen en de uitlegging ervan niet binnen het bereik van de door de Commissie jegens hen geformuleerde grieven vielen en de eventuele openbaarmaking ervan hun ernstige schade zou berokkenen, omdat daarmee het vermoeden van onschuld en hun reputatie in gevaar zou worden gebracht. De niet door de Commissie als inbreuk aangemerkte elementen van de antigenerieke strategie van verzoeksters zijn dus niet in aanmerking genomen voor de vaststelling en de sanctionering van de in het dispositief van het bestreden besluit bedoelde inbreuken.
- 191 Verzoeksters voeren niettemin aan dat de Commissie in overweging 2766 onder punt 8 van het bestreden besluit heeft aangegeven dat bij het onderzoek van de krachtens artikel 102 VWEU gesanctioneerde praktijken „rekening [zal worden gehouden] met de volledige feitelijke context, met inbegrip van de andere uit die strategie voortvloeiende praktijken waarvan in het onderhavige besluit niet is vast komen te staan dat zij hebben bijgedragen tot de afscherpende werking”. Voorts heeft de Commissie in overweging 2772 van het bestreden besluit aangegeven dat de in punt 4 van dat besluit beschreven antigenerieke strategie van verzoeksters, en met name de samenstelling van een octrooicluster, „belangrijke feitelijke elementen [waren] die bijvoorbeeld bij het onderzoek naar de gevolgen van het mededingingsversturende uitsluitingsgedrag van Servier konden verklaren waarom de omvang van de (potentiële) mededinging voor de toelevering van generiek perindopril zo gering was”.
- 192 De Commissie stelt in haar verweerschrift dat het noodzakelijk was om de praktijken die uit de antigenerieke strategie van verzoeksters voortvloeiden, maar niet als inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU waren gekwalificeerd, in het bestreden besluit uiteen te zetten, teneinde de inbreuken in hun juridische, economische en feitelijke context te kunnen onderzoeken. Ter terechtzitting heeft

de Commissie benadrukt dat het genoemde punt 4 van het bestreden besluit van belang is om inzicht te krijgen in de door Servier jegens de generieke ondernemingen gevoerde algemene strategie en in de reikwijdte van haar praktijken op de markt, waarbij zij onderscheid heeft gemaakt tussen de onder meer in punt 4 uiteengezette feitelijke context van die praktijken en het inbreukmakende karakter ervan. Dit onderscheid zou duidelijk zijn gemaakt in overweging 2766 van het bestreden besluit.

- <sup>193</sup> Het is juist dat volgens vaste rechtspraak onder meer op de economische en juridische context moet worden gelet bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te hebben (zie arrest van 16 juli 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De betrokken overeenkomst kan slechts worden beoordeeld indien men deze ziet in verband met de economische en juridische overwegingen welke partijen tot het sluiten van de overeenkomst hebben geleid en een zodanige beoordeling mag niet worden beschouwd als een inmenging in rechtshandelingen en rechtsbetrekkingen welke buiten het bereik van de administratieve procedure voor de Commissie vallen (arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, EU:C:1966:41, blz. 517). Bij die beoordeling van de juridische en economische context moet rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn (zie arresten van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 117 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- <sup>194</sup> Evenzo moet de Commissie bij haar beoordeling van het gedrag van een onderneming met een machtspositie en bij de vaststelling van misbruik van die positie alle relevante feitelijke omstandigheden van dat gedrag in aanmerking nemen (zie in die zin arresten van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 67, en 27 maart 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punt 26). Bovendien zij dienaangaande opgemerkt dat wanneer de Commissie het gedrag van een onderneming met een machtspositie onderzoekt, zonder welk onderzoek zij niet kan vaststellen dat er sprake is van misbruik van die positie, zij in elk geval de commerciële strategie van deze onderneming moet beoordelen. In dat verband is het niet onlogisch dat de Commissie naar subjectieve factoren verwijst, zoals de redenen waarop die commerciële strategie berust (arrest van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 19).
- <sup>195</sup> Uit de punten 193 en 194 hierboven blijkt weliswaar dat de Commissie de context van het gedrag van een onderneming in aanmerking moet nemen teneinde de verenigbaarheid van dat gedrag met de artikelen 101 en 102 VWEU te beoordelen, maar die inaanmerkingneming betekent evenwel niet dat zij de vaststelling van een inbreuk mag afleiden uit of staven met een andere gedraging die als strijdig of in geringe mate verenigbaar met het mededingingsrecht is beoordeeld, maar zelf niet als inbreuk is gekwalificeerd.
- <sup>196</sup> In casu blijkt uit het bestreden besluit (zie punt 190 hierboven) dat de in punt 4 van dat besluit genoemde elementen van de antigenerieke strategie van verzoeksters, die de handelingen van Servier in een kwaad daglicht stellen, niet door de Commissie als inbreuk zijn aangemerkt en niet in aanmerking zijn genomen om de praktijken die zij met een geldboete heeft bestraft als inbreuk te kwalificeren. Indien de Commissie die elementen daadwerkelijk in aanmerking zou hebben genomen om de gesanctioneerde praktijken als inbreuk te kwalificeren, zou men haar hebben verweten dat zij inbreuken deels vaststelt op basis van vermoedens of beweringen die zouden zijn ingegeven door andere gedragingen dan enkel de praktijken waarvoor zij een geldboete heeft opgelegd. Een dergelijke benadering zou ertoe kunnen leiden dat de vermeende, louter op aantijgingen of vage feiten berustende slechte reputatie van een onderneming wordt gebruikt als een parameter bij de beoordeling van de mededingingsversturende praktijken die haar worden verweten. De onpartijdigheid en objectiviteit die van de Commissie worden verlangd bij de kwalificatie en bestraffing van inbreuken,



alsook het recht op eerbiediging van het vermoeden van onschuld sluiten dat soort aannames in beginsel evenwel uit. De tweeslachtige houding van de Commissie ten aanzien van de strekking van die in punt 4 van het bestreden besluit uiteengezette uiterst kritieke elementen van de opstelling van Servier, waarvan zij enerzijds beweert dat zij van belang zijn voor haar onderzoek en anderzijds dat zij niet voor de rechter kunnen worden betwist, is tekenend voor de twijfel die die motivering van het bestreden besluit kan oproepen.

- 197 Tot slot moet worden gepreciseerd dat, gesteld al dat de verschillende aspecten van de algemene antigenerieke strategie van verzoeksters deel uitmaken van de context van de in het bestreden besluit vastgestelde inbreuken, die overwegingen evenwel blijkbaar niet de kern van het dispositief van het bestreden besluit hebben kunnen wijzigen. Er zij immers aan herinnerd dat het in aanmerking nemen van de context bij het vaststellen van de mededingingsversturende strekking niet kan compenseren dat in feite geen mededingingsversturende strekking is vastgesteld (conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 44). Evenzo dient de Commissie voor de vaststelling van misbruik van machtspositie in het kader van artikel 102 VWEU weliswaar alle relevante feitelijke omstandigheden van het betrokken gedrag in aanmerking te nemen, maar dat er mogelijk een beperking van de mededinging gerichte bedoeling is, is slechts één van de feitelijke omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaststelling van misbruik van een dergelijke positie (zie in die zin arrest van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punten 18 tot en met 20).
- 198 Dit middel moet daarom hoe dan ook als niet ter zake dienend worden afgewezen, aangezien het is gericht tegen de motivering van het bestreden besluit, die geen betrekking heeft op de in dat besluit gesanctioneerde gedragingen en praktijken van verzoeksters die een inbreuk vormen op het mededingingsrecht. Niettemin zij opgemerkt dat, zoals de Commissie in haar verweerschrift stelt, vele van de feitelijke elementen die verzoeksters in dit middel hebben bekritiseerd (met name de aanschaf van alternatieve technologieën en de schikkingsovereenkomsten inzake octrooien) rechtstreeks verband houden met de door de Commissie als inbreuk aangemerkte praktijken, en ook in andere middelen worden vermeld. Aangezien die elementen dus relevant kunnen zijn, zullen zij tijdens de analyse van die middelen worden onderzocht.

### **5. Onjuiste rechtsopvattingen aangaande de definitie van het begrip „mededingingsbeperking naar strekking”**

[omissis]

- 211 Met dit middel stellen verzoeksters en interveniënte dat de Commissie, door de schikkingsovereenkomsten inzake de octrooigeschillen te kwalificeren als mededingingsbeperkingen naar strekking, het recht onjuist heeft toegepast, en dat zij de omvang van de intellectuele-eigendomsrechten, die octrooien zijn, heeft miskend. Bijgevolg staat het aan het Gerecht om vast te stellen of en onder welke voorwaarden dergelijke schikkingsovereenkomsten mededingingsbeperkingen naar strekking kunnen zijn, en te onderzoeken of de Commissie bij haar onderzoek de omvang van de octrooien onjuist heeft opgevat.
- 212 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit de manier heeft onderzocht waarop schikkingsovereenkomsten op octrooigebied haars inziens zouden moeten worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van artikel 101, lid 1, VWEU, en in het bijzonder de mogelijkheid heeft onderzocht om dergelijke overeenkomsten te kwalificeren als beperkingen naar strekking (overwegingen 1102 tot en met 1155 van het bestreden besluit).

- 213 Hoewel de Commissie erkent dat ondernemingen in de regel het recht hebben om een geschil, ook als dat octrooien betreft, in der minne te regelen (overweging 1118 van het bestreden besluit), heeft zij in wezen overwogen dat de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied verenigbaar moesten zijn met het mededingingsrecht van de Unie, en meer in het bijzonder met de bepalingen van artikel 101, lid 1, VWEU (zie met name de overwegingen 1119, 1122 en 1123 van het bestreden besluit).
- 214 De Commissie heeft bovendien de bijzondere context in aanmerking genomen waarin originator-ondernemingen en generieke ondernemingen in de farmaceutische sector met elkaar concurreren. In het bijzonder heeft zij op het belang van de betwisting van octrooien in die sector gewezen (overwegingen 1125 tot en met 1132 van het bestreden besluit).
- 215 Rekening houdend met die elementen heeft de Commissie overwogen dat het sluiten van een schikkingsovereenkomst waarmee een einde wordt gemaakt aan een geschil en zelfs het in die overeenkomst opnemen van een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding in beginsel gerechtvaardigd konden zijn voor de partijen (overwegingen 1133 en 1136 van het bestreden besluit).
- 216 Niettemin heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat een schikkingsovereenkomst op octrooigebied waarbij een generieke onderneming ermee instemt dat zowel haar capaciteit als haar prikkels om met haar concurrenten te rivaliseren worden beperkt in ruil voor een waardeoverdracht in de vorm van de betaling van een aanzienlijke geldsom of een andere aanzienlijke prikkel, naargelang van de bijzondere omstandigheden van de zaak een mededingingsbeperking naar strekking kon zijn die in strijd is met artikel 101 VWEU (overweging 1134 van het bestreden besluit). In een dergelijk geval zou het door de generieke onderneming opgeven van haar autonome inspanningen om tot de markt toe te treden immers niet berusten op de erkenning door de partijen van de gegrondheid van het octrooi, maar op de waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming (overweging 1137 van het bestreden besluit) en aldus op een uitsluitingsbetaling die een afkoop van mededinging is (overweging 1140 van het bestreden besluit).
- 217 De Commissie heeft dan ook aangekondigd dat zij voor de beoordeling of de betrokken schikkingsovereenkomsten al dan niet mededingingsbeperkingen naar strekking waren, per geval de feiten met betrekking tot de afzonderlijke overeenkomsten zou onderzoeken. Zij heeft gepreciseerd dat zij zich daartoe meer in het bijzonder zou toelagen op de vaststelling, ten eerste, of „de generieke onderneming en de originator-onderneming op zijn minst potentiële concurrenten waren”, ten tweede, of „de generieke onderneming in de overeenkomst [had] ingestemd met de beperking, gedurende de looptijd van de overeenkomst, van haar autonome inspanningen om met een generiek product tot één of meerdere markten van de [Unie] toe te treden” en, ten derde, of „de overeenkomst was gekoppeld aan een waardeoverdracht door de originator-onderneming die voor de generieke onderneming een sterke prikkel vormde die leidde tot een aanzienlijke afname van de inzet om zich onafhankelijk te blijven inspannen om met een generiek product tot één of meerdere markten van de [Unie] toe te treden” (overweging 1154 van het bestreden besluit).
- 218 De Commissie heeft de in punt 217 hierboven genoemde drie criteria vervolgens op elk van de betrokken schikkingsovereenkomsten toegepast en geconcludeerd dat alle overeenkomsten aan de drie criteria voldeden en derhalve met name moesten worden gekwalificeerd als mededingingsbeperkingen naar strekking.

***a) Mededingingsbeperkende strekking van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied***

***1) Mededingingsbeperkingen naar strekking***

- 219 Ingevolge artikel 101, lid 1, VWEU zijn onverenigbaar met de interne markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die „ertoe strekken of ten gevolge hebben” dat de mededinging

binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Volgens vaste rechtspraak sinds het arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, blz. 414), volgt uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden, hetgeen blijkt uit het gebruik van het voegwoord „of”, dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. Wanneer onderzoek echter aantoonde dat de overeenkomst qua strekking de mededinging niet in voldoende mate ongunstig beïnvloedt, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht. Om de overeenkomst te verbieden, moeten alle elementen aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd dan wel beperkt of vervalst (zie arresten van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 116 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 16 juli 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Wanneer daarentegen de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst vaststaat, behoeven de gevolgen daarvan voor de mededinging niet te worden onderzocht (zie arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Aldus heeft de Commissie in het bestreden besluit terecht in herinnering gebracht, ten eerste, dat de mededingingsbeperkende strekking en het mededingingsbeperkende gevolg van een overeenkomst geen cumulatieve, maar alternatieve voorwaarden waren voor de beoordeling of een overeenkomst krachtens artikel 101, lid 1, VWEU verboden was (overweging 1109) en, ten tweede, dat de concrete mededingingsbeperkende gevolgen van een gedraging niet hoefden te worden aangetoond wanneer de mededingingsbeperkende strekking ervan was komen vast te staan (overweging 1112).

- 220 Het begrip mededingingsbeperkende strekking kan uitsluitend worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen die de goede werking van de normale mededinging naar hun aard in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht (zie in die zin arresten van 30 juni 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, blz. 414; 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49, 50 en 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 16 juli 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punt 31, en 26 november 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punt 20).
- 221 Volgens de rechtspraak van het Hof moet bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te zijn, met name worden gelet op de bewoordingen en doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context (zie arrest van 16 juli 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bij de beoordeling van de juridische en economische context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn (zie arrest van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 117 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Niettemin zij eraan herinnerd dat het Gerecht bij het onderzoek naar de wijze waarop de betrokken markt daadwerkelijk functioneert en gestructureerd is, niet de gevolgen van de betrokken coördinatie mag beoordelen (zie in die zin arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 72-82), omdat het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde onderscheid anders zijn nuttig effect zou verliezen.
- 222 Voorts hoeven weliswaar de bedoelingen van de partijen niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen een beperkende werking heeft, maar belet niets de mededingingsautoriteiten of de nationale rechter en de Unierechter om daarmee rekening te houden (zie arrest van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 118 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De loutere omstandigheid dat een overeenkomst ook legitieme doelstellingen nastreeft, kan er echter niet aan in de weg staan dat deze overeenkomst als mededingingsbeperkend naar strekking worden aangemerkt (arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643,

punt 21; zie in die zin ook arresten van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, EU:C:1983:310, punt 25, en 6 april 2006, General Motors/Commissie, C-551/03 P, EU:C:2006:229, punt 64).

- 223 Verzoeksters stellen dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat het enkele feit dat een overeenkomst nadelige gevolgen voor de mededinging kan hebben, volstond om die overeenkomst als mededingingsbeperkend naar strekking te kwalificeren. Het is juist dat de Commissie in overweging 1111 van het bestreden besluit onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof (arresten van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, EU:C:2009:343, punt 31, en 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, punten 35 tot en met 38) heeft opgemerkt dat „[v]an een mededingingsbeperking naar strekking [...] reeds sprake [is] wanneer een overeenkomst nadelige gevolgen voor de mededinging kan hebben” en dat het „[m]et andere woorden volstaat [...] dat de overeenkomst in een concreet geval, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de interne markt kan verhinderen, beperken of vervalsen”.
- 224 Dienaangaande dient allereerst te worden opgemerkt dat de Commissie de in de punten 219 tot en met 222 hierboven besproken rechtspraak over de definitie van mededingingsbeperkingen naar strekking op juiste wijze in herinnering heeft gebracht in het bestreden besluit. Uit de overwegingen 1109 en 1110, 1112 tot en met 1117 en 1211 van het bestreden besluit blijkt immers dat de Commissie die rechtspraak in herinnering heeft gebracht zonder het recht onjuist toe te passen en heeft toegepast op het onderzoek van iedere overeenkomst (zie met name de overwegingen 1369-1375, 1475-1481, 1622-1627, 1763, 1804-810 en 1994-2000 van het bestreden besluit). Het maakt geen verschil dat de Commissie in het bestreden besluit niet de bewoordingen „[die de mededinging] in voldoende mate ongunstig beïnvloedt” heeft gebruikt, aangezien uit dat besluit blijkt dat zij het begrip „mededingingsbeperking naar strekking” juist heeft opgevat. In het bijzonder heeft zij in de overwegingen 1110 en 1113 van dat besluit aangegeven dat het beperkingen betrof die „naar hun aard schadelijk kunnen zijn voor de goede werking van de normale mededinging”, dat „[v]oor de beoordeling of een overeenkomst een mededingingsbeperking naar strekking is, [...] onder meer de bewoordingen en doelstellingen ervan, alsook de economische en juridische context in aanmerking [moeten] worden genomen” en dat “[t]er vaststelling van die context [...] ook rekening [moet] worden gehouden met de aard van de betrokken goederen en diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn”. Tevens heeft zij terecht in herinnering gebracht dat „[...] weliswaar de bedoelingen van de partijen niet in aanmerking [hoeven] te worden genomen voor de vaststelling van de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst, maar [...] niets de Commissie of de Unierechter [belette] om daarmee rekening te houden” (overweging 1113 van het bestreden besluit).
- 225 Voorts dient te worden benadrukt dat het Hof in punt 31 van het arrest van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343), dat is aangehaald in punt 38 van het arrest van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160), niet heeft willen bevestigen dat een overeenkomst die in geringe mate schadelijk was en dientengevolge de mededinging eventueel nadelig kon beïnvloeden, een mededingingsbeperking naar strekking kon zijn, maar uitsluitend, ten eerste, dat de vaststelling van de concrete gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging niet relevant was voor het onderzoek van de mededingingsbeperking naar strekking en dat, ten tweede, het enkele feit dat een overeenkomst niet is uitgevoerd, niet kan verhinderen dat die overeenkomst wordt aangemerkt als mededingingsbeperking naar strekking. Uit de lezing van punt 31 van het arrest van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343), in het licht van meer bepaald de punten 29 en 30 ervan en punt 46 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in die zaak, waarnaar het arrest uitdrukkelijk verwijst, en punt 47 van die conclusie, blijkt namelijk dat punt 31 in de context kan worden geplaatst van het onderscheid tussen de mededingingsbeperkende gevolgen en de mededingingsbeperkingen naar strekking.



- 226 Bijgevolg moet het betoog van verzoeksters dat de Commissie in overweging 1111 van het bestreden besluit het recht onjuist zou hebben toegepast, worden verworpen.
- 227 Onder verwijzing naar het arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204) stellen verzoeksters en interveniënte voorts dat het begrip „inbreuk met een mededingingsbeperkend doel” restrictief moet worden uitgelegd, in tegenstelling tot de benadering die de Commissie in het bestreden besluit voorstond.
- 228 In dat verband dient allereerst in herinnering te worden gebracht dat het Hof in het arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 58) heeft bevestigd dat het begrip „mededingingsbeperking naar strekking” uitsluitend kon worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet behoeven te worden onderzocht, en niet op overeenkomsten waarvan niet is bewezen dat zij naar hun aard zelf schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat het Gerecht, door te overwegen dat het begrip „inbreuk met een mededingingsbeperkend doel” geen restrictieve uitlegging behoefde, had blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof heeft evenwel niet de rechtspraak ter discussie gesteld waarin is overwogen dat de in artikel 101, lid 1, onder a) tot en met e), VWEU bedoelde soorten overeenkomsten geen exhaustieve lijst van verboden gedragingen vormen (arresten van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punt 23; zie in die zin ook arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 58), welke vaststelling voortvloeit uit het gebruik van „met name” in artikel 101, lid 1, VWEU (conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:467, punt 46).
- 229 Voorts zij opgemerkt dat de Commissie in casu een benadering heeft gekozen die overeenstemt met het arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), daar zij de litigieuze overeenkomsten heeft onderzocht in het licht van de in de punten 219 tot en met 222 hierboven in herinnering gebrachte criteria (zie punt 224 hierboven), die naar hun aard restrictief zijn, aangezien zij vereisen dat een voldoende mate van nadeligheid wordt vastgesteld. Anders dan verzoeksters en interveniënte aanvoeren, hoefde bij het onderzoek van de Commissie in principe geen restrictievere benadering te worden gehanteerd dan die welke uit de criteria van het begrip „mededingingsbeperking naar strekking” voortvloeit, maar werd verondersteld dat bij dat onderzoek een voldoende nadelige mededingingsbeperking werd vastgesteld of, bij gebreke daarvan, een analyse werd gemaakt van de concrete mededingingsbeperkende gevolgen van de litigieuze overeenkomsten.
- 230 Verzoeksters voeren bovendien aan dat vanwege het ontbreken van een precedent de kwalificatie van beperking naar strekking in het geheel niet mogelijk is en stellen dat het met de zaak belaste voormalige hoofd van de eenheid in het openbaar zou hebben verklaard dat de zaak volkomen nieuw was, wat de Commissie zelf in het bestreden besluit zou hebben erkend. Niettemin zij eraan herinnerd dat de in artikel 101, lid 1, onder a) tot en met e), VWEU bedoelde praktijken geen exhaustieve lijst van verboden gedragingen vormen (arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punt 23) en dat, hoewel de ervaring zonder meer kan leren dat bepaalde vormen van samenwerking naar hun aard negatieve gevolgen voor de mededinging hebben (arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 51), het feit dat de Commissie in het verleden niet heeft gemeend dat een bepaald soort overeenkomst naar haar aard de mededinging beperkte, er niet aan in de weg staat dat zij dat in de toekomst doet, na een individueel en omstandig onderzoek van de litigieuze maatregel (zie arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 438 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 231 Evenzo staat de loutere omstandigheid dat per geval moet worden beoordeeld of sprake is van een mededingingsbeperking naar strekking, anders dan verzoeksters stellen, niet aan een dergelijke kwalificatie in de weg. Volgens de rechtspraak is immers niet vereist dat een overeenkomst prima

facie of zonder twijfel als voldoende nadelig voor de mededinging wordt aangemerkt, om die zonder individueel en concreet onderzoek door de Commissie of de Unierechter naar haar inhoud, doelstelling en economische en juridische context als mededingingsbeperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te kunnen kwalificeren (zie in die zin arresten van 14 maart 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C-32/11, EU:C:2013:160, punt 51, en 8 september 2016, *Lundbeck/Commissie*, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 775).

- 232 Verzoeksters en interveniënte stellen voorts dat het bestreden besluit tegenstrijdig gemotiveerd is, aangezien in overweging 2764 is aangegeven dat schikkingen op octrooigebied op zich geen mededingingsbeperkingen op grond van artikel 102 VWEU zijn. Uit de betwiste zin van overweging 2764 van het bestreden besluit blijkt evenwel duidelijk dat de Commissie enkel naar de in het bestreden besluit beschreven praktijken verwees die deel uitmaakten van de algemene antigenerieke strategie van verzoeksters, maar die in het bestreden besluit niet als inbreuken op het mededingingsrecht waren aangemerkt. Die zin doelde dus niet op de door verzoeksters getroffen schikkingen. Bovendien blijkt uit het bestreden besluit, en met name uit punt 8.3 ervan, dat de Commissie de door verzoeksters overeengekomen schikkingen heeft aangemerkt als een misbruikmakende gedraging die bijdroeg aan de unieke en voortgezette algemene uitsluitingsstrategie die een inbreuk vormde op de bepalingen van artikel 102 VWEU. Bijgevolg is de motivering van het bestreden besluit niet tegenstrijdig.
- 233 Nu de voorwaarden voor de toepassing van het begrip „mededingingsbeperking naar strekking” in herinnering zijn gebracht en de grieven van verzoeksters betreffende de uitlegging van dat begrip zijn onderzocht, moet worden opgemerkt dat de litigieuze overeenkomsten in casu volgens verzoeksters tot doel hadden om de geschillen tussen de contractpartijen in der minne te regelen en zijn gesloten in de bijzondere context van het octrooirecht, aangezien de betrokken geschillen betrekking hadden op de octrooien van verzoeksters. Aangezien voor de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking de bewoordingen van de betrokken overeenkomst, alsook de doelstellingen en de economische en juridische context ervan moeten worden onderzocht (zie punt 221 hierboven), moeten in casu de bedingen betreffende het niet-betwisten van de octrooien en het niet-verhandelen van de met die octrooien strijdige producten worden onderzocht, die deel uitmaken van schikkingsovereenkomsten in het algemeen en van de litigieuze overeenkomsten in het bijzonder. Dit onderzoek dient te worden verricht in het licht van de met die overeenkomsten beoogde minnelijke regeling van octrooigeschillen en van de specifieke context die door octrooien wordt gevormd, teneinde na te gaan of de Commissie die overeenkomsten terecht en volgens de juiste juridische criteria heeft aangemerkt als mededingingsbeperkingen naar strekking.

## *2) Intellectuele-eigendomsrechten en octrooien in het bijzonder*

- 234 De verlening van een octrooi heeft tot specifiek voorwerp de octrooihouder, ter beloning van de creatieve inspanning van de uitvinder, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten (arrest van 31 oktober 1974, *Centrafarm en De Peijper*, 15/74, EU:C:1974:114, punt 9). Een door een openbare autoriteit verleend octrooi wordt normalerwijs verondersteld geldig te zijn en wettig toe te behoren aan de onderneming die hiervan houdster is. Het loutere feit dat een onderneming houdster is van een dergelijk exclusief recht heeft normalerwijs tot gevolg dat de concurrenten worden geweerd, aangezien deze krachtens de publieke regelgeving verplicht zijn dit exclusieve recht te eerbiedigen (arrest van 1 juli 2010, *AstraZeneca/Commissie*, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 362).
- 235 De uitoefening van rechten verbonden aan een overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat verleend octrooi vormt niettemin op zichzelf geen inbreuk op de door het Verdrag vastgestelde mededingingsregels (arrest van 29 februari 1968, *Parke, Davis and Co.*, 24/67, EU:C:1968:11, blz. 106).

De intellectuele-eigendomsregels zijn zelfs essentieel voor het behoud van onvervalste mededinging op de interne markt (arrest van 16 april 2013, Spanje en Italië/Raad, C-274/11 en C-295/11, EU:C:2013:240, punt 22). Ten eerste draagt het octrooirecht immers bij aan een gunstig klimaat voor innovatie en investeringen, door de uitvinder te belonen voor zijn creatieve inspanningen, en ten tweede stimuleert het de creativiteit van andere uitvinders dankzij de openbaarmaking van de werkwijzen van uitvindingen. Punt 7 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, dat in zijn geheel is overgenomen in punt 7 van de gelijknamige richtsnoeren van 2014, preciseert het volgende:

„[er is niet noodzakelijkerwijs een conflict] tussen intellectuele-eigendomsrechten en de [mededingingsregels van de Unie]. Beide groepen rechtsregels hebben [volgens die bepalingen] immers hetzelfde fundamentele doel, namelijk de bescherming van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Innovatie is een wezenlijk en dynamisch bestanddeel van een open en concurrerende markteconomie. Intellectuele-eigendomsrechten bevorderen een dynamische mededinging doordat zij ondernemingen aanmoedigen om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen. Dat doet ook een vrije mededinging, omdat zij ondernemingen onder druk zet om te innoveren. Zowel intellectuele-eigendomsrechten als vrije mededinging zijn derhalve noodzakelijk om innovatie te bevorderen en een concurrerende exploitatie daarvan te waarborgen.”

- 236 Volgens vaste rechtspraak vormt het eigendomsrecht, waarvan de intellectuele-eigendomsrechten deel uitmaken, een algemeen beginsel van Unierecht (arrest van 29 januari 2008, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, punt 62; zie in die zin ook arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a., C-154/04 en C-155/04, EU:C:2005:449, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 237 Het intellectuele-eigendomsrecht, en met name het octrooirecht, heeft echter geen absolute gelding, maar moet in relatie tot zijn functie in de maatschappij worden beschouwd en worden verenigd met andere fundamentele rechten, en kan aan beperkingen worden onderworpen teneinde te beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Unie nastreeft, evenwel zonder dat die beperkingen, ten aanzien van het nagestreefde doel, zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep, waardoor de aldus gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast (zie arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a., C-154/04 en C-155/04, EU:C:2005:449, punt 126 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zo heeft het Hof in gedingen inzake de uitlegging van verordening (EG) nr. 469/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 betreffende het aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen (PB 2009, L 152, blz. 1) overwogen dat een afweging moest worden gemaakt tussen de belangen van de farmaceutische industrie als houdster van octrooien en die van de volksgezondheid (zie in die zin arrest van 12 maart 2015, Actavis Group PTC en Actavis UK, C-577/13, EU:C:2015:165, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 238 Bovendien zij eraan herinnerd dat de Unie ingevolge artikel 3, lid 3, VEU, een interne markt tot stand brengt, die volgens het als bijlage aan het Verdrag van Lissabon gehechte Protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging (PB 2010, C 83, blz. 309), dat op grond van artikel 51 VEU dezelfde waarde als de Verdragen heeft, een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst. De artikelen 101 en 102 VWEU behoren tot de mededingingsregels die, zoals die bedoeld in artikel 3, lid 1, onder b), VWEU nodig zijn voor de werking van de interne markt. Dergelijke voorschriften beogen immers juist te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en dragen aldus bij tot het welzijn in de Unie (arrest van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punten 20 tot en met 22).
- 239 Hoewel in de verdragen nooit uitdrukkelijk is bepaald hoe de intellectuele-eigendomsrechten en het mededingingsrecht zich tot elkaar verhouden, heeft artikel 36 EG, waarvan de bepalingen zijn overgenomen in artikel 36 VWEU, evenwel voorzien in een vereniging tussen de intellectuele-eigendomsrechten en het beginsel van vrij verkeer van goederen, door te bepalen dat de

verdragsbepalingen die kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten verbieden geen beletsel vormen voor beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van onder meer de bescherming van de industriële en commerciële eigendom, evenwel met de precisering dat die beperkingen geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten mochten vormen. Het Hof overweegt dat artikel 36 EG aldus een onderscheid heeft willen instellen tussen het bestaan van een door de wettelijke regeling van een lidstaat inzake de bescherming van de artistieke en intellectuele eigendom erkend recht, waaraan door de bepalingen van het Verdrag niet kan worden afgedaan, en de uitoefening ervan, die een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten zou kunnen vormen (zie in die zin arrest van 6 oktober 1982, Coditel e.a., 262/81, EU:C:1982:334, punt 13).

- 240 De Uniewetgever heeft overigens de gelegenheid gehad om aan de noodzaak van een dergelijke vereniging te herinneren. Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB 2004, L 157, blz. 45), die tot doel heeft de nationale wetgevingen onderling aan te passen teneinde een hoog, gelijkwaardig en homogeen niveau van bescherming van de intellectuele eigendom op de interne markt te waarborgen (overweging 10) en „beoogt [...] te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig artikel 17, lid 2, van het [Handvest van de grondrechten]” (overweging 32), preciseert aldus dat zij „geen afbreuk [doet] aan de toepassing van de mededingingsregels, met name niet aan de artikelen [101 en 102 VWEU]” en dat „[d]e bepalingen van deze richtlijn [...] niet [mogen] worden gebruikt voor onrechtmatige, met het Verdrag strijdige concurrentiebeperking” (overweging 12).
- 241 Het Hof heeft ten aanzien van de verschillende soorten intellectuele-eigendomsrechten rechtspraak ontwikkeld, die beoogt de uitoefening van die rechten te verenigen met de mededingingsregels, zonder afbreuk te doen aan de wezenlijke inhoud van die rechten, en die berust op dezelfde redenering als die waarmee die rechten kunnen worden verenigd met het vrije verkeer van goederen. Aldus moet volgens het Hof het abnormale gebruik van intellectuele-eigendomsrechten en niet de wettige uitoefening ervan worden bestraft, die het Hof definieert op basis van het „specifiek voorwerp” van die rechten, een begrip dat in de rechtspraak van het Hof als synoniem van de begrippen „wezenlijke inhoud” van die rechten of „voornaamste prerogatieven” van de rechthebbende wordt gebruikt. Volgens het Hof betreft de uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van een intellectueel-eigendomsrecht behoren aldus het bestaan van dat recht (zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Gulmann in de zaak RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P, EU:C:1994:210, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Hof overweegt niettemin dat in uitzonderlijke omstandigheden de uitoefening van het exclusieve recht door de rechthebbende ook tot een gedraging kan leiden die in strijd is met de mededingingsregels (arrest van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, EU:C:1995:98, punt 50; zie in die zin ook arrest van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, EU:T:2007:289, punt 691).
- 242 Aangaande octrooien heeft het Hof voor recht verklaard dat het niet uitgesloten was dat de bepalingen van artikel 101 VWEU op het intellectuele-eigendomsrecht konden worden toegepast wanneer het tussen ondernemingen afgesproken gebruik van één of meer octrooien tot een situatie zou leiden die onder de begrippen „overeenkomsten tussen ondernemingen”, „besluiten van ondernemersverenigingen” of „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU kon vallen (arrest van 29 februari 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, blz. 106). In 1974 heeft het Hof nogmaals overwogen dat de in een wettelijke regeling van een lidstaat erkende industriële-eigendomsrechten weliswaar niet in hun bestaan worden geraakt door artikel 101 VWEU, maar de uitoefening ervan niettemin onder de verboden van dit artikel kan vallen, en dat dit het geval kan zijn telkens wanneer de uitoefening van een dergelijk recht als voorwerp, middel of gevolg van een afspraak is te zien (arrest van 31 oktober 1974, Centrafarm en De Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, punten 39 en 40).



- 243 Er zij aan herinnerd dat bij het ontbreken van een harmonisatie op het niveau van de Unie van het in de onderhavige zaak toepasselijke octrooirecht, de beschermingsomvang van een door een nationaal octrooibureau of door het EOB verleend octrooi enkel kan worden bepaald aan de hand van regels die niet onder het Unierecht vallen, maar onder het nationale recht of onder het EOv (zie in die zin arresten van 16 september 1999, *Farmitalia*, C-392/97, EU:C:1999:416, punt 26, en 24 november 2011, *Medeva*, C-322/10, EU:C:2011:773, punten 22 en 23). Wanneer de Unierechter in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een Commissiebesluit wordt verzocht om een schikkingsovereenkomst inzake een octrooigeschil te onderzoeken waarop andere regels dan de regels van Unierecht van toepassing zijn, staat het dus niet aan die rechter om de omvang van het betrokken octrooi te bepalen, noch om zich uit te spreken over de geldigheid ervan. Overigens zij opgemerkt dat de Commissie in casu in de overwegingen 113 tot en met 123 van het bestreden besluit weliswaar heeft gewezen op een strategie van verzoeksters die bestond in de samenstelling van een „octrooicluster” met „papieren octrooien”, maar zich niet over de geldigheid van de litigieuze octrooien ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten heeft uitgesproken.
- 244 Hoewel het noch aan de Commissie, noch aan het Gerecht staat om zich uit te spreken over de geldigheid van een octrooi, moet het bestaan van het octrooi niettemin in aanmerking worden genomen bij het onderzoek dat in het kader van de mededingingsregels van de Unie wordt verricht. Het Hof heeft immers reeds vastgesteld dat de Commissie weliswaar niet bevoegd is om de omvang van een octrooi te bepalen, maar dit niet betekent dat zij lijdelijk mag toezien wanneer de omvang van het octrooi van belang is om uit te maken of er een inbreuk is gepleegd op de artikelen 101 en 102 VWEU, aangezien de Commissie, ook in gevallen waarin de door een octrooi verleende bescherming het voorwerp vormt van een procedure voor de nationale rechterlijke instanties, haar bevoegdheden moet kunnen uitoefenen overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 1/2003. Ook heeft het Hof vastgesteld dat de eventuele bevindingen van de Commissie geenszins vooruitlopen op de latere uitspraken van de nationale rechterlijke instanties in de bij hen aanhangig gemaakte geschillen over octrooirechten, en dat het besluit van de Commissie vatbaar is voor toetsing door de Unierechter (arrest van 25 februari 1986, *Windsurfing International/Commissie*, 193/83, EU:C:1986:75, punten 26 en 27).
- 245 Tot slot moet worden benadrukt dat de intellectuele-eigendomsrechten worden beschermd door het Handvest van de grondrechten. Op grond van artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten, dat volgens het Verdrag van Lissabon dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen (artikel 6, lid 1, VEU), „heeft [eenieder] het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken[, mag niemand] zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed [en kan het] gebruik van de goederen [...] bij wet worden geregeld, voor zover het algemeen belang dit vereist”. Artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten bepaalt bovendien dat „[i]ntellectuele eigendom is beschermd”. Bijgevolg zijn de in artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten neergelegde waarborgen ook van toepassing op de intellectuele eigendom. Het Hof overweegt dat de erkenning van de intellectuele-eigendomsrechten in het Handvest van de grondrechten een hoog niveau van bescherming van die rechten vereist en dat de bescherming van de vrije mededinging, uit hoofde waarvan het primaire recht en met name de artikelen 101 en 102 VWEU mededingingsregelingen en misbruik van machtspositie verbieden, dient te worden afgewogen tegen de noodzakelijke bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten die door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten wordt gewaarborgd (zie in die zin arrest van 16 juli 2015, *Huawei Technologies*, C-170/13, EU:C:2015:477, punten 42 en 58).

### 3) Schikkingen van octrooigeschillen

- 246 Vooraf moet worden gepreciseerd dat de navolgende uiteenzettingen geen betrekking hebben op gevallen van door fraude verkregen octrooien, „fictieve” gedingen en niet voor de rechter gebrachte geschillen. In overweging 1170 van het bestreden besluit heeft de Commissie immers erkend dat verzoeksters en alle generieke ondernemingen ten tijde van de sluiting van de schikkingsovereenkomsten als partij of anderszins betrokken waren bij een procedure voor een nationale rechterlijke instantie of voor het EOB inzake de geldigheid van bepaalde octrooien van verzoeksters dan wel het inbreukmakende karakter van het door de generieke onderneming ontwikkelde product.
- 247 Allereerst moet worden opgemerkt dat het voor de partijen bij een octrooigeschil in beginsel gerechtvaardigd is om, in plaats van een gerechtelijke procedure voort te zetten, een schikkingsovereenkomst te sluiten. Zoals de Commissie in overweging 1102 van het bestreden besluit terecht heeft aangegeven, zijn ondernemingen in de regel gerechtigd om geschillen, waaronder octrooigeschillen, te schikken, aangezien die schikkingen beide partijen bij het geschil vaak tot voordeel strekken en tot een betere besteding van middelen leiden dan wanneer de partijen zouden hebben doorgeprocedeerd tot aan een rechterlijke beslissing. Een verzoekende partij is immers niet verplicht om een uit vrije wil voor de rechter gebracht geschil voort te zetten. Hieraan moet worden toegevoegd dat de gerechtelijke oplossing van geschillen, buiten het feit dat zij kosten voor de gemeenschap meebrengt, niet mag worden beschouwd als de ideale weg naar conflictoplossing die de voorkeur geniet. De toename van het aantal gerechtelijke procedures kan duiden op gebrekkig functioneren of tekortkomingen, waarvoor mogelijk andere oplossingen bestaan of die door middel van gepaste maatregelen kunnen worden voorkomen. Gesteld dat de nationale systemen voor octrooiverlening of het EOB met dergelijke moeilijkheden kampen, bijvoorbeeld doordat zij te makkelijk bescherming verlenen voor procedés die niet op uitvinderswerkzaamheid berusten, dan kunnen die problemen niet rechtvaardigen dat ondernemingen worden verplicht of ook maar worden aangespoord om net zo lang door te procederen in octrooigedingen totdat de rechter uitspraak doet.
- 248 Evenzo erkennen de punten 204 en 209 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, die onder meer van toepassing zijn op overeenkomsten waarbij licenties op technologie worden verleend, de mogelijkheid van schikkingen en overeenkomsten inzake de niet-uitoefening van rechten, waaronder het verlenen van licenties, en preciseren die punten dat niet-aanvechttingsclausules in het kader van een dergelijke schikking of overeenkomst inzake de niet-uitoefening van rechten over het algemeen worden geacht buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU te vallen. Punt 235 van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, die in de plaats zijn gekomen van de richtsnoeren van 2004, preciseert eveneens dat „[s]chikkingen in het kader van technologiegeschillen [...] in beginsel, zoals het geval is bij vele andere soorten handelsconflicten, een legitieme wijze [zijn] om bij een bonafide juridisch geschil een voor beide partijen aanvaardbaar compromis te bereiken”. Dit punt vermeldt bovendien dat „[d]e partijen [...] er de voorkeur aan [kunnen] geven het geschil of het proces stop te zetten vanwege de hoge kosten, de tijdrovendheid en/of de onzekere uitkomst ervan[, en schikkingen] rechtbanken en/of bevoegde administratieve instanties eveneens de moeite [kunnen] besparen om de zaak te behandelen, wat een welvaartsverhogend effect heeft”.
- 249 Overigens maakt de Commissie zelf gebruik van een administratieve procedure inzake mededingingsregelingen die in bepaalde opzichten op een schikking lijkt. De schikkingsprocedure die is ingevoerd bij verordening (EG) nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 tot wijziging van verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken (PB 2008, L 171, blz. 3) strekt immers tot eenvoudigere en snellere administratieve procedures en tot vermindering van het aantal bij de Unierechter ingestelde beroepen, zodat de Commissie meer zaken met dezelfde middelen kan behandelen (arrest van 20 mei 2015, Timab Industries en CFPR/Commissie, T-456/10, EU:T:2015:296, punten 59 en 60).

- 250 Bovendien zijn volgens de rechtspraak de mogelijkheid om zijn rechten voor de rechter te kunnen doen gelden en de rechterlijke controle die zulks meebrengt, de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben en dat is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM. Aangezien de toegang tot de rechter een fundamenteel recht is en een algemeen beginsel dat de naleving van het recht garandeert, mag het aanspannen van een rechtsgeding slechts in hoogst uitzonderlijke gevallen als een inbreuk op het mededingingsrecht worden aangemerkt (arrest van 17 juli 1998, ITT Promedia/Commissie, T-111/96, EU:T:1998:183, punt 60). Zoals het Hof in herinnering heeft gebracht, houdt het vereiste van hoge bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten in dat de houder van die rechten in beginsel niet de mogelijkheid mag worden ontnomen vorderingen in rechte in te stellen om de daadwerkelijke eerbiediging van zijn alleenrechten af te dwingen (arrest van 16 juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, punt 58). Vice versa is ook het besluit van een onderneming om de gerechtelijke procedure te beëindigen omdat zij de voorkeur geeft aan een buitengerechtelijke beslechting van het geschil niets anders dan de uitdrukking van eenzelfde vrijheid om de middelen ter verdediging van haar rechten te kiezen, en kan dat besluit in beginsel geen inbreuk op het mededingingsrecht vormen.
- 251 Hoewel de toegang tot de rechter een fundamenteel recht is, kan die evenwel niet als een verplichting worden aangemerkt, zelfs al zou die de mededinging tussen marktdeelnemers stimuleren. Ten eerste moet immers in herinnering worden gebracht dat, ondanks de ten tijde van de feiten van de onderhavige zaak heersende verscheidenheid aan procedures en systemen voor octrooiverlening in de verschillende lidstaten van de Unie en voor het EOB, een door een openbare autoriteit verleend intellectuele-eigendomsrecht normalerwijs wordt verondersteld geldig te zijn en wettig toe te behoren aan de onderneming die hiervan houdster is (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 362). Ten tweede vereist het algemeen belang weliswaar de opheffing van alle belemmeringen van de economische activiteit die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (zie in die zin arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie, 193/83, EU:C:1986:75, punten 92 en 93) en wordt algemeen aanvaard dat de overheidsbegrotingen, met name die voor de gezondheidszorg, onder grote druk staan en dat de mededinging op doeltreffende wijze tot de beheersing van die begrotingen kan bijdragen – hetgeen in het bijzonder geldt voor de mededinging die voortvloeit uit de door generieke ondernemingen ontwikkelde generieke geneesmiddelen –, maar moet tevens in herinnering worden gebracht dat, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in overweging 1201 van het bestreden besluit, iedere onderneming de keuzevrijheid behoudt om al dan niet een beroep in te stellen tegen de octrooien van originator-ondernemingen op oorspronkelijke geneesmiddelen. Bovendien vormt een dergelijke beslissing om al dan niet een beroep in te stellen of een geschil te schikken in principe geen beletsel voor de beslissing van andere ondernemingen om de betrokken octrooien te betwisten.
- 252 Uit al het voorgaande volgt dat, teneinde het octrooirecht en het mededingingsrecht met elkaar te verenigen in de bijzondere context van schikkingen tussen de partijen bij een octrooigeschil, een evenwicht moet worden gevonden tussen enerzijds de noodzaak om ondernemingen in staat te stellen om schikkingen te treffen, die een gunstige ontwikkeling zijn voor de gemeenschap, en anderzijds de noodzaak om het gevaar van een met het mededingingsrecht strijdig oneigenlijk gebruik van schikkingsovereenkomsten te voorkomen, dat tot de instandhouding van ongeldige octrooien en, in het bijzonder in de geneesmiddelenbranche, tot een ongerechtvaardigde financiële druk op de overheidsbegrotingen leidt.

#### *4) Verenigbaarheid van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied met het mededingingsrecht*

- 253 Er zij aan herinnerd dat het treffen van een schikking in een octrooigeschil de partijen niet vrijstelt van de verplichting om het mededingingsrecht te eerbiedigen (zie in die zin arresten van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, punt 15, en 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 118;

zie naar analogie arrest van 30 januari 1985, BAT Cigaretten-Fabriken/Commissie, 35/83, EU:C:1985:32, punt 33; zie ook punt 204 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht en punt 237 van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht).

- 254 Zo heeft het Hof in het bijzonder geoordeeld dat een beding betreffende de niet-betwisting van een octrooi, ook indien dat voorkwam in een overeenkomst die een einde beoogde te maken aan een voor een rechterlijke instantie aanhangig geding, op grond van de juridische en economische context het karakter van een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU kon hebben (arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, punten 14 tot en met 16).
- 255 Bijgevolg moet worden nagegaan op basis van welke relevante elementen kan worden vastgesteld dat een beding betreffende de niet-betwisting van een octrooi en, in ruimere zin, een schikkingsovereenkomst op octrooigebied mededingingsbeperkingen naar strekking zijn, waarbij in herinnering moet worden gebracht dat voor de vaststelling van een beperking naar strekking de bewoordingen van de betrokken overeenkomst, alsook de doelstellingen en de economische en juridische context ervan moeten worden onderzocht (zie punt 221 hierboven).
- 256 Vooraf zij opgemerkt dat het mogelijk is dat een schikkingsovereenkomst op octrooigebied geen nadelige gevolgen voor de mededinging heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de partijen het erover eens zijn dat het litigieuze octrooi ongeldig is en om die reden de onmiddellijke markttoetreding van de generieke onderneming overeenkomen.
- 257 De overeenkomsten die in casu aan de orde zijn, behoren niet tot die categorie, aangezien zij bedingen inzake het niet-betwisten van octrooien en het niet-verhandelen van producten bevatten, die als zodanig een mededingingsbeperkend karakter hebben. Het niet-betwistingsbeding doet immers afbreuk aan het algemeen belang om alle belemmeringen van de economische activiteit op te heffen die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (zie in die zin arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie, 193/83, EU:C:1986:75, punt 92) en het verhandelingsverbod heeft tot gevolg dat één van de concurrenten van de octrooihouder van de markt wordt uitgesloten.
- 258 Niettemin kan het gebruik van dergelijke bedingen gerechtvaardigd zijn, maar enkel voor zover het gebaseerd is op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het betrokken octrooi (en, bijgevolg, van het inbreukmakende karakter van de betrokken generieke producten).
- 259 Ten eerste zijn verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen immers noodzakelijk voor de minnelijke regeling van bepaalde octrooigeschillen. Indien de partijen bij een geschil niet de mogelijkheid zouden hebben om dergelijke bedingen overeen te komen, zou het volstrekt zinloos zijn om geschillen te schikken waarbij beide partijen het eens zijn over de geldigheid van het octrooi. Dienaangaande zij er overigens aan herinnerd dat de Commissie in punt 209 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht heeft aangegeven dat het „eigen [is] aan [schikkingsovereenkomsten] dat de partijen overeenkomen achteraf niet de intellectuele-eigendomsrechten aan te vechten waarop de overeenkomst betrekking heeft, [want het] is inderdaad het wezenlijke doel van de overeenkomst bestaande geschillen te beslechten en/of toekomstige geschillen te voorkomen”. Teneinde dit doel te verwezenlijken, is het echter evenzo noodzakelijk dat de partijen een verbod op de verhandeling van ieder inbreukmakend product overeenkomen.
- 260 Ten tweede beperkt het gebruik van verhandelingsverboden zich deels tot het veiligstellen van de bestaande rechtsgevolgen van een octrooi waarvan de geldigheid uitdrukkelijk of stilzwijgend door de partijen wordt erkend. Normaal gesproken verhindert het octrooi immers ten gunste van de octrooihouder dat het geoctrooierde product of het middels de geoctrooierde werkwijze verkregen



product door concurrenten wordt verhandeld (zie punt 234 hierboven). Door in te stemmen met een verhandelingsverbod verbindt de generieke onderneming zich ertoe geen producten te verhandelen die een inbreuk op het betrokken octrooi kunnen vormen. Dat beding kan dan, indien het binnen de beschermingsomvang van het litigieuze octrooi valt, als een beding met in wezen dezelfde gevolgen als dat octrooi worden beschouwd, voor zover het op de erkenning van de geldigheid van dat octrooi berust. Wat betreft niet-betwistingsbedingen kan het octrooi niet aldus worden uitgelegd dat het bescherming zou verlenen tegen rechtsoverdrachten tot betwisting van de geldigheid van het octrooi (arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie, 193/83, EU:C:1986:75, punt 92). De gevolgen van die bedingen zijn dus niet dezelfde als die van het octrooi. Wanneer een niet-betwistingsbeding evenwel in het kader van de schikking van een daadwerkelijk geschil wordt overeengekomen, waarbij de concurrent reeds de mogelijkheid heeft gehad om de geldigheid van het betrokken octrooi te betwisten en die geldigheid uiteindelijk erkent, kan een dergelijk beding in een dergelijke context niet worden beschouwd als een beding dat afbreuk doet aan het algemeen belang om alle belemmeringen van de economische activiteit op te heffen die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (zie punt 257 hierboven).

- 261 De Commissie heeft zelf in het bestreden besluit aangegeven dat niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden in de regel inherent waren aan alle schikkingen. Zo heeft zij overwogen dat het „weinig waarschijnlijk [is] dat een schikking die in het kader van een octrooigeschil of octrooigeding is overeengekomen op basis van de beoordeling van dat geschil door alle hierbij betrokken partijen, een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, zelfs al zou de overeenkomst de generieke onderneming verplichten (bijvoorbeeld door middel van een verhandelingsverbod) om gedurende de beschermingsduur van de geoctrooieerde uitvinding af te zien van het gebruik ervan en/of die onderneming verplichten (bijvoorbeeld door middel van een niet-betwistingsbeding) om af te zien van de betwisting in rechte van het betrokken octrooi” (overweging 1136 van het bestreden besluit).
- 262 Hoewel verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen naar hun aard de mededinging beperken (zie punt 257 hierboven), kan aldus niet louter op basis van de aanwezigheid in schikkingsovereenkomsten van dergelijke bedingen die binnen de beschermingsomvang van het betrokken octrooi vallen, worden vastgesteld dat sprake is van een beperking die de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij als een mededingingsbeperking naar strekking kan worden aangemerkt, wanneer die overeenkomsten gebaseerd zijn op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het octrooi (en, bijgevolg, van het inbreukmakende karakter van de betrokken generieke producten).
- 263 De aanwezigheid van verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen die binnen de beschermingsomvang van het betrokken octrooi vallen, is daarentegen problematisch wanneer blijkt dat de instemming van de generieke onderneming met die bedingen niet berust op de erkenning door die onderneming van de geldigheid van het octrooi. Zoals de Commissie terecht opmerkt „[vormen] de in de overeenkomst opgenomen beperkingen [van] de commerciële autonomie van de generieke onderneming [...], ook als die niet verder reiken dan de materiële werkingssfeer van het octrooi, een inbreuk op artikel 101 [VWEU] wanneer die beperkingen niet kunnen worden gerechtvaardigd en niet voortvloeien uit de beoordeling door de partijen van de gegrondheid van het exclusieve recht als zodanig” (overweging 1137 van het bestreden besluit).
- 264 Dienaangaande zij opgemerkt dat het bestaan van een „betaling in omgekeerde richting”, dat wil zeggen een betaling door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming, dubbel zo verdacht is in het kader van een schikkingsovereenkomst. In de eerste plaats zij er immers aan herinnerd dat het octrooi bedoeld is om de uitvinder te belonen voor zijn creatieve inspanningen door hem in staat te stellen een eerlijk rendement uit zijn investering te halen (zie punt 234 hierboven), en een geldig octrooi dus in beginsel een waardeoverdracht ten gunste van de octrooihouder mogelijk moet maken – bijvoorbeeld door middel van een licentieovereenkomst – en niet andersom. In de

tweede plaats roept het bestaan van een betaling in omgekeerde richting bedenkingen op ten aanzien van het feit dat de schikking gebaseerd is op de erkenning van de geldigheid van het betrokken octrooi door de partijen bij de overeenkomst.

- 265 Toch kan niet louter op basis van de aanwezigheid van een betaling in omgekeerde richting worden vastgesteld dat sprake is van een beperking naar strekking. Het is immers niet uitgesloten dat bepaalde betalingen in omgekeerde richting, wanneer zij inherent zijn aan de schikking van het betrokken geschil, gerechtvaardigd zijn (zie de punten 277 tot en met 280 hierna). Indien een betaling in omgekeerde richting in het kader van de schikking daarentegen ongerechtvaardigd is, moet zij worden beschouwd als een prikkel die de generieke onderneming ertoe heeft aanzet om in te stemmen met het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding, en moet worden vastgesteld dat sprake is van een beperking naar strekking. In dat geval houden de uit het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding voortvloeiende mededingingsbeperkingen geen verband meer met het octrooi en de schikking, maar zijn zij het gevolg van de betaling van een voordeel dat de generieke onderneming ertoe aanzet om af te zien van haar concurrentiële inspanningen.
- 266 Opgemerkt moet worden dat weliswaar noch de Commissie, noch de Unierechter bevoegd is om zich uit te spreken over de geldigheid van het octrooi (zie de punten 243 en 244 hierboven), maar die instellingen in het kader van hun respectieve bevoegdheden en zonder zich over de geldigheid van het octrooi als zodanig uit te spreken, desondanks kunnen vaststellen dat sprake is van een abnormaal gebruik ervan dat geen verband houdt met het specifieke voorwerp van het octrooi (zie in die zin arresten van 29 februari 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, blz. 106, en 31 oktober 1974, Centrafarm en De Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, punten 7 en 8; zie naar analogie ook arresten van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, EU:C:1995:98, punt 50, en 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631, punten 104 tot en met 106).
- 267 Een concurrent ertoe aanzetten om in te stemmen met een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding, in de in punt 265 hierboven beschreven zin, of de tegenhanger hiervan, het vanwege een prikkel aanvaarden van dergelijke bedingen, vormt een abnormaal gebruik van het octrooi.
- 268 Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in overweging 1137 van het bestreden besluit „verleent het octrooirecht niet het recht om (potentiële) concurrenten te betalen om buiten de markt te blijven of voorafgaand aan hun markttoetreding af te zien van de betwisting van een octrooi”. Evenzo heeft de Commissie gepreciseerd dat „het [...] octrooihouders niet [is] toegestaan om generieke ondernemingen te betalen om ze buiten de markt te houden en om de risico's te beperken die verband houden met de mededinging, ongeacht of die betaling in het kader van een schikkingsovereenkomst op octrooigebied of op een andere manier plaatsvindt” (overweging 1141 van het bestreden besluit). Tot slot heeft de Commissie hieraan terecht toegevoegd dat „het betalen of anderszins aansporen van potentiële concurrenten om buiten de markt te blijven uit geen enkel recht inzake octrooien [voortvloeiende] en met geen enkel in het octrooirecht neergelegd middel ter handhaving van de naleving van de octrooien [overeenkwam]” (overweging 1194 van het bestreden besluit).
- 269 Wanneer het bestaan van een prikkel is vastgesteld, kunnen de partijen zich niet langer beroepen op hun erkenning van de geldigheid van het octrooi in het kader van de schikking. Het maakt in dat verband geen verschil dat een rechterlijke of bestuurlijke instantie de geldigheid van het octrooi heeft bevestigd.
- 270 Het is dan de prikkel en niet de erkenning van de geldigheid van het octrooi door de partijen bij de schikking die als de werkelijke oorzaak moet worden beschouwd van de mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding (zie punt 257 hierboven), welke bedingen, aangezien zij in dat geval niet langer gerechtvaardigd zijn, de goede werking van de normale mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat een beperking naar strekking kan worden vastgesteld.

- 271 Indien sprake is van een prikkel moeten de betrokken overeenkomsten derhalve worden aangemerkt als overeenkomsten tot marktuitsluiting waarbij de achterblijvers de vertrekkers een schadevergoeding betalen. Dergelijke overeenkomsten bestaan in werkelijkheid in het afkopen van concurrentie en dienen bijgevolg te worden aangemerkt als mededingingsbeperkingen naar strekking, zoals blijkt uit het arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punten 8 en 31 tot en met 34), en uit de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:467, punt 75), die onder meer in de overwegingen 1139 en 1140 van het bestreden besluit zijn aangehaald. Bovendien is de uitsluiting van concurrenten van de markt een extreme vorm van marktverdeling en productiebeperking (arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 435), die in een context als die van de litigieuze overeenkomsten des te schadelijker is, omdat de uitgesloten ondernemingen generieke ondernemingen zijn waarvan de markttoetreding in beginsel bevorderlijk is voor de mededinging en daarenboven bijdraagt aan het algemene belang van het waarborgen van betaalbare gezondheidszorg. Tot slot wordt die uitsluiting in de litigieuze overeenkomsten versterkt door de onmogelijkheid voor de generieke onderneming om het litigieuze octrooi te betwisten.
- 272 Uit al het voorgaande volgt dat de kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking in het kader van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied vereist dat de schikkingsovereenkomst zowel een stimulerend voordeel voor de generieke onderneming bevat als een hiermee samenhangende beperking van haar inspanningen om met de originator-onderneming te rivaliseren. Wanneer aan die twee voorwaarden is voldaan, moet een mededingingsbeperking naar strekking worden vastgesteld, gelet op de mate waarin de goede werking van de normale mededinging door de aldus gesloten overeenkomst nadelig wordt beïnvloed.
- 273 Aldus kan in het kader van een schikkingsovereenkomst op octrooigebied waarin een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding zijn opgenomen waarvan de intrinsiek beperkende aard (zie punt 257 hierboven) niet op goede gronden wordt betwist, het bestaan van een prikkel die de generieke onderneming ertoe aanzet om met die bedingen in te stemmen een grond opleveren voor de vaststelling van een beperking naar strekking, zelfs indien sprake zou zijn van een echt geschil, het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding in de schikkingsovereenkomst onder de beschermingsomvang van het litigieuze octrooi zouden vallen en dat octrooi, met name gelet op de door de bevoegde bestuurlijke of gerechtelijke autoriteiten vastgestelde beslissingen, ten tijde van de sluiting van de overeenkomst terecht door de partijen zou kunnen worden geacht geldig te zijn.
- 274 De Commissie heeft in het bestreden besluit terecht onderzocht of in de betrokken overeenkomsten een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming was overeengekomen, die een „sterke” prikkel vormde – dat wil zeggen dat hij van dien aard was dat hij laatstgenoemde ertoe kon aanzetten om met het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding in te stemmen – teneinde uit de aanwezigheid van een dergelijke prikkel het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking af te leiden.
- 275 Door aldus de prikkel te gebruiken als criterium – welk criterium hierna zal worden aangeduid als „prikkel” of „stimulerend voordeel” – teneinde schikkingsovereenkomsten die beperkingen naar strekking zijn te onderscheiden van overeenkomsten die niet als dergelijke beperkingen kunnen worden aangemerkt, heeft de Commissie, gelet op voorgaande overwegingen, het recht in haar besluit niet onjuist toegepast.
- 276 Een dergelijke onjuiste rechtsopvatting kan evenmin worden afgeleid uit de gestelde niet-inaanmerkingneming van de context van de litigieuze overeenkomsten (zie over het begrip „context” arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53), aangezien uit de voorgaande redenering ook blijkt dat het prikkelcriterium gebaseerd is op een analyse van de inhoud van de litigieuze overeenkomsten, niet alleen ten aanzien van het vermelde voorwerp ervan, namelijk de minnelijke regeling van octrooigeschillen, maar ook ten aanzien van hun specifieke

context, die wordt gekenmerkt door het bestaan, in de farmaceutische sector, van octrooien die exclusieve rechten inhouden, die verondersteld worden geldig te zijn en waarvan het houderschap normalerwijs tot gevolg heeft dat de concurrenten worden geweerd (zie punt 234 hierboven). In casu is de context waarin de litigieuze overeenkomsten zijn gesloten des te meer in aanmerking genomen, aangezien de Commissie zich erop heeft toegelegd om voor elk van die overeenkomsten aan te tonen dat de betrokken generieke onderneming een potentiële concurrent van Servier was, dat wil zeggen dat de reële en concrete mogelijkheid bestond dat zij tot de markt kon toetreden (zie de punten 317 en volgende hierna). Voor een volledig antwoord op het middel betreffende de onjuiste toepassing van het recht door de Commissie door een beperking naar strekking vast te stellen, en teneinde vervolgens te kunnen nagaan of de Commissie voor iedere overeenkomst een beoordelingsfout heeft gemaakt, dient nog te worden gepreciseerd in welke omstandigheden het bestaan van een prikkel kan worden vastgesteld.

### 5) *Prikkel*

- 277 Teneinde vast te stellen of een betaling in omgekeerde richting, dat wil zeggen een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming, al dan niet een prikkel is om in te stemmen met een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod, moet, rekening houdend met de aard en de rechtvaardiging van die betaling, onderzocht worden of zij de kosten dekt die inherent zijn aan de schikking van het geschil. Aldus heeft de Commissie in het bestreden besluit terecht onderzocht of de waardeoverdracht overeenkwam met de door de generieke onderneming gedragen specifieke kosten van de schikking (overwegingen 1333 en volgende, 1461 en volgende, 1592 en volgende en 1969 en volgende van het bestreden besluit).
- 278 Indien de betaling in omgekeerde richting uit hoofde van een schikkingsovereenkomst met mededingingsbeperkende bedingen tot doel zou hebben om de door de generieke onderneming gedragen kosten te vergoeden die inherent zijn aan de schikking, dan mag die betaling in beginsel niet als een prikkel worden beschouwd. Daar die kosten inherent zijn aan de schikking, impliceren zij immers dat zij als zodanig gebaseerd zijn op de erkenning van de geldigheid van de litigieuze octrooien, welke geldigheid die schikking beoogt te bevestigen door aan de betwisting ervan en aan de mogelijke inbreuk op die octrooien een einde te maken. Aldus kan niet worden geoordeeld dat een dergelijke betaling in omgekeerde richting een vermoeden doet rijzen ten aanzien van het feit dat de schikking is gebaseerd op de erkenning van de geldigheid van het betrokken octrooi door de partijen bij de overeenkomst (zie de punten 264 en 265 hierboven). Dat wil niet zeggen dat in dat geval de vaststelling van het bestaan van een prikkel en van een mededingingsbeperking naar strekking is uitgesloten. Zij verlangt evenwel dat de Commissie bewijst dat die aan de schikking inherente kosten buitensporig zijn, ook als zij door de partijen bij die schikking zijn vastgesteld en nauwkeurig zijn berekend (zie in die zin overwegingen 1338, 1465, 1600 en 1973 van het bestreden besluit). Een dergelijke buitensporigheid zou immers het inherente verband tussen de betrokken kosten en de schikking tenietdoen en bijgevolg verhinderen dat uit de vergoeding van die kosten wordt afgeleid dat de betrokken schikkingsovereenkomst gebaseerd is op de erkenning van de geldigheid van de litigieuze octrooien.
- 279 Zoals verzoeksters en de Commissie ter terechtzitting hebben beaamd, kan worden overwogen dat de aan de schikking van het geschil inherente kosten met name de proceskosten omvatten die door de generieke onderneming in het kader van het geschil met de originator-onderneming zijn gedragen. Die kosten zijn immers uitsluitend gemaakt ten behoeve van de gedingen inzake de geldigheid van de inbreuken op de betrokken octrooien, waaraan de schikking juist een einde beoogt te maken door middel van een overeenkomst waarin de geldigheid van de octrooien wordt erkend. De vergoeding ervan houdt dus rechtstreeks verband met een dergelijke schikking. Wanneer de partijen bij de schikking de hoogte van de door de generieke onderneming gedragen proceskosten hebben vastgesteld, kan de Commissie het stimulerende effect ervan dus slechts vaststellen door te bewijzen dat die kosten buitensporig zijn. Dienaangaande dienen als buitensporig te worden beschouwd de



bedragen die zouden overeenkomen met proceskosten waarvan niet op basis van nauwkeurige en gedetailleerde documenten is komen vast te staan dat die objectief gezien onmisbaar zouden zijn voor de litigieuze procedure, met name gelet op de moeilijkheid feitelijk en rechtens van de behandelde vraagstukken en het economische belang van het geschil voor de generieke onderneming.

280 Daarentegen houden bepaalde door de generieke onderneming gedragen kosten per definitie onvoldoende verband met het geschil en de schikking ervan om te kunnen worden beschouwd als inherent aan de schikking van een octrooigeschil. Het gaat hier bijvoorbeeld om de voor de vervaardiging van inbreukmakende producten gemaakte kosten, die overeenkomen met de voorraadwaarde van die producten, en de gemaakte kosten voor onderzoek en ontwikkeling van die producten. Dergelijke kosten worden immers in principe onafhankelijk van het ontstaan van geschillen en de schikking ervan gemaakt en vertalen zich als gevolg van die schikking niet in verliezen, hetgeen in het bijzonder wordt bevestigd door het feit dat de betrokken producten, ondanks het in de schikkingsovereenkomst overeengekomen verbod op de verhandeling ervan, vaak worden verkocht op markten waarop die overeenkomst niet van toepassing is, en het bijbehorende onderzoek kan worden gebruikt voor de ontwikkeling van andere producten. Hetzelfde geldt voor bedragen die door de generieke onderneming aan derden moeten worden betaald uit hoofde van buiten het geschil om overeengekomen contractuele verbintenissen (bijvoorbeeld leveringsovereenkomsten). Dergelijke kosten, die verband houden met de ontbinding van overeenkomsten met derden of met het betalen van schadevergoedingen aan die derden, vloeien immers over het algemeen voort uit de betrokken overeenkomsten of houden rechtstreeks verband met die overeenkomsten, die bovendien onafhankelijk van ieder geschil met de originator-onderneming of de schikking ervan zijn gesloten door de betrokken generieke onderneming. Het staat dan ook aan de partijen bij de overeenkomst om, indien zij wensen dat de betaling van die kosten noch als een prikkel, noch als een aanwijzing voor het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking wordt aangemerkt, te bewijzen dat die kosten inherent zijn aan het geschil of aan de schikking ervan en om vervolgens het bedrag ervan te rechtvaardigen. Te dien einde zouden zij zich ook kunnen baseren op het onbeduidende bedrag van de vergoeding van die kosten die in principe niet inherent zijn aan de schikking van het geschil, welk bedrag aldus ontoereikend is om een aanzienlijke prikkel te zijn om in te stemmen met de in de schikkingsovereenkomst opgenomen mededingingsbeperkende bedingen (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 360).

281 Ter afsluiting van het onderzoek van de onjuiste toepassing van het recht door de Commissie door een mededingingsbeperking naar strekking vast te stellen, dienen nog drie door verzoeksters en interveniënte aangevoerde secundaire argumenten te worden onderzocht, die zijn ontleend aan de toepasselijkheid van de theorie van de nevenrestricties op de betrokken overeenkomsten, aan de gevolgen van het Amerikaanse recht voor de oplossing van het geschil en aan de ambivalente uitwerking die schikkingsovereenkomsten op octrooigebied zouden hebben.

#### *6) Toepasselijkheid van de theorie van de nevenrestricties op de schikkingsovereenkomsten*

282 Verzoeksters en interveniënte stellen dat de Commissie, gelet op het legitieme doel van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied, deze op objectieve noodzakelijkheid had moeten toetsen, op grond van welke toets een overeenkomst buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU kan komen te vallen wanneer het doel ervan legitiem is en de hieruit voortvloeiende mededingingsbeperkingen objectief noodzakelijk en evenredig zijn.

283 Vooraf moet worden vastgesteld dat de toepassing van de theorie van de nevenrestricties niet tijdens de administratieve procedure door verzoeksters was aangevoerd en niet in het bestreden besluit wordt genoemd.

- 284 Uit de rechtspraak blijkt dat wanneer een bepaalde transactie of activiteit niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt omdat zij geen invloed of een positieve invloed heeft op de mededinging, een beperking van de commerciële autonomie van één of meer partijen bij die transactie of die activiteit evenmin onder dit verbod valt indien die beperking objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die transactie of activiteit en evenredig is met de doelstelling ervan (zie arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 89 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Wanneer het bestaan of de doelstellingen van de primaire transactie of activiteit in het gedrang komen bij gebreke van die beperking, die als nevenrestrictie wordt aangemerkt, moet de verenigbaarheid van die beperking met artikel 101 VWEU namelijk samen worden onderzocht met de verenigbaarheid van de primaire transactie of activiteit waarvan zij de nevenrestrictie vormt, ook al kan die restrictie – afzonderlijk beschouwd – op het eerste gezicht onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU lijken te vallen (arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 90).
- 285 De Commissie stelt dat niet is voldaan aan de voorwaarde voor de toetsing van de objectieve noodzakelijkheid, aangezien een schikking van een octrooigeschil per definitie niet kan worden aangemerkt als een transactie die, vanwege het feit dat zij geen invloed of een positieve invloed op de mededinging heeft, geen mededingingsverstoring karakter heeft. Het is juist dat volgens vaste rechtspraak de minnelijke regeling van een octrooigeschil de partijen niet vrijstelt van de verplichting om het mededingingsrecht te eerbiedigen, aangezien artikel 101, lid 1, VWEU geen enkel onderscheid maakt tussen overeenkomsten die de beëindiging van een geschil beogen en overeenkomsten die een ander doel nastreven (zie punt 253 hierboven). Zoals verzoeksters en interveniënte terecht aanvoeren, sluit de rechtspraak evenwel niet uit dat een overeenkomst inzake de schikking van een geschil niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt wanneer die overeenkomst geen invloed of een positieve invloed op de mededinging heeft. De toetsing van de objectieve noodzakelijkheid in een concreet geval vereist immers dat de niet-mededingingsverstoring aard van de primaire transactie of activiteit voortvloeit uit het feit dat zij geen invloed of een positieve invloed op de mededinging heeft, maar verlangt niet dat de primaire transactie of activiteit naar haar aard en onafhankelijk van de concrete omstandigheden van ieder geval niet-mededingingsverstoring is. De rechtspraak heeft bovendien in herinnering gebracht dat het onderzoek van de primaire transactie of activiteit niet in abstracto kan worden uitgevoerd, maar afhankelijk is van de specifieke bedingen of nevenrestricties van ieder concreet geval (zie in die zin arresten van 28 januari 1986, Pronuptia de Paris, 161/84, EU:C:1986:41, punt 14; 15 december 1994, DLG, C-250/92, EU:C:1994:413, punt 31, en 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a., C-399/93, EU:C:1995:434, punten 12-14). Daarnaast zij eraan herinnerd dat een groot aantal bepalingen van Unierecht de minnelijke regeling van geschillen stimuleren (zie de punten 247-250 hierboven).
- 286 Bovendien kan de Commissie zich niet op het arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448) beroepen om iedere mogelijke toepassing van de theorie van de nevenrestricties op de minnelijke regeling van geschillen bij voorbaat van de hand te wijzen. Ofschoon het Hof in dit arrest heeft geweigerd de door de Commissie voorgestelde redenering te volgen dat een in een licentieovereenkomst opgenomen beding inzake de niet-betwisting van een octrooi verenigbaar is met artikel 101, lid 1, VWEU wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, en heeft verduidelijkt dat artikel 101, lid 1, VWEU geen enkel onderscheid maakte tussen overeenkomsten die de beëindiging van een geschil tot doel hebben en overeenkomsten die andere doelen nastreven, heeft het echter niet de mogelijkheid uitgesloten dat een overeenkomst inzake de schikking van een octrooigeschil waarin een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod zijn opgenomen, naargelang de juridische en economische context waarin het voorkomt, niet het karakter heeft van een beperking van de mededinging (arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, punt 21). Dit arrest is overigens niet gewezen in het kader van de minnelijke regeling van een geschil, maar in het kader van een licentieovereenkomst.

- 287 Hoewel een schikkingsovereenkomst op octrooigebied die geen invloed of een positieve invloed heeft op de mededinging in beginsel niet kan worden uitgesloten van de werkingssfeer van de theorie van de nevenrestricties, dient niettemin de omvang van de nevenrestrictie te worden onderzocht, hetgeen een dubbel onderzoek impliceert. Onderzocht moet namelijk worden of de restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie of activiteit, en of zij daaraan evenredig is (arresten van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, EU:T:2001:215, punt 106, en 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 64).
- 288 Aangaande de eerste voorwaarde moet volgens de rechtspraak worden nagegaan of die transactie of activiteit nog zou kunnen worden uitgevoerd zonder de betrokken beperking. Aldus leidt het feit dat die transactie of die activiteit bij gebreke van de beperking in kwestie gewoon moeilijker te realiseren is of minder winstgevend is er niet toe dat die beperking „objectief noodzakelijk” is, hetgeen zij moet zijn om als nevenrestrictie te kunnen worden aangemerkt. Een dergelijke uitlegging zou immers erop neerkomen dat dit begrip wordt uitgebreid tot beperkingen die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de primaire transactie of activiteit. Een dergelijk resultaat zou afdoen aan de nuttige werking van het in artikel 101, lid 1, VWEU vervatte verbod (zie in die zin arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 91).
- 289 Niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden zijn op hun beurt alleen inherent aan bepaalde schikkingsovereenkomsten, namelijk die welke zijn gebaseerd op een erkenning van de geldigheid van het betrokken octrooi of de betrokken octrooien (zie punt 259 hierboven). Voor zover dergelijke bedingen gebaseerd zijn op de erkenning van de geldigheid van het octrooi door alle partijen, en zij onder de beschermingsomvang van het betrokken octrooi vallen, moeten zij aldus worden beschouwd als bedingen die aan de eerste uitzonderingsvoorwaarde van de theorie van de nevenrestricties kunnen voldoen.
- 290 Aangaande de tweede voorwaarde zij eraan herinnerd dat wanneer een beperking objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een primaire transactie of activiteit, nog moet worden nagegaan of de duur en de materiële, temporele en geografische werkingssfeer daarvan niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die transactie of activiteit. Indien de werkingssfeer van de restrictie verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie of activiteit, moet die restrictie in het kader van artikel 101, lid 3, VWEU afzonderlijk worden geanalyseerd (arrest van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, EU:T:2001:215, punt 113). Bijgevolg zou de theorie van de nevenrestricties van toepassing kunnen zijn op een schikkingsovereenkomst met een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod waarvan de duur en de werkingssfeer niet verder zouden gaan dan die van het octrooi waarvan die overeenkomst de geldigheid erkent.
- 291 In casu heeft de Commissie het onderzoek naar de mogelijke toepassing van de theorie van de nevenrestricties evenwel terecht achterwege kunnen laten, aangezien zij meende dat de niet-betwistingsbedingen en de verhandelingsverboden niet berustten op een erkenning van de geldigheid van het octrooi, maar op een waardeoverdracht door het originatorlaboratorium ten gunste van de generieke onderneming, die voor die onderneming een prikkel vormde om af te zien van het uitoefenen van concurrentiedruk op de onderneming die houdster van het octrooi was. In een dergelijk geval is de schikkingsovereenkomst immers een mededingingsbeperking naar strekking, die niet kan worden aangemerkt als een transactie die, vanwege het feit zij geen invloed of een positieve invloed op de mededinging heeft, geen mededingingsbeperkend karakter heeft. Bovendien kunnen niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden uitsluitend de noodzakelijke nevenrestrictie zijn van een schikkingsovereenkomst die gebaseerd is op een erkenning van de geldigheid van het betrokken octrooi door de partijen bij die overeenkomst (zie punt 289 hierboven). Indien sprake is van een prikkel is de schikking evenwel niet op een dergelijke erkenning gebaseerd. Niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden kunnen dan niet als noodzakelijk voor een dergelijke schikking worden beschouwd.

7) *Verenigbaarheid van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied met het Amerikaanse mededingingsrecht*

- 292 Onder aanvoering van het Actavis-arrest stellen verzoeksters dat de benadering die de Commissie in casu heeft gebruikt niet strookt met die van de Supreme Court of the United States. De Commissie, die dat arrest in het bestreden besluit (overweging 1199) heeft genoemd, stelt niettemin dat zij dezelfde benadering als de Supreme Court of the United States heeft gekozen door te overwegen dat er geen vermoeden van onrechtmatigheid bestond ten aanzien van schikkingsovereenkomsten waarin een waardeoverdracht door het originatorlaboratorium ten gunste van de generieke onderneming was overeengekomen.
- 293 Het Actavis-arrest heeft betrekking op schikkingsovereenkomsten in de farmaceutische sector waarbij de generieke ondernemingen in ruil voor omvangrijke betalingen [voor Actavis ging het om betalingen van 19 tot 30 miljoen Amerikaanse dollar (USD) per jaar gedurende een periode van negen jaar] hadden toegezegd niet tot de markt toe te treden tot een bepaalde datum vóór de vervaldatum van het octrooi van de originatoronderneming (voor Actavis: 65 maanden vóór de vervaldatum van het octrooi) en het betrokken geneesmiddel te promoten bij artsen.
- 294 Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak nationale praktijken, gesteld al dat zij aan alle lidstaten gemeen zijn, niet de doorslag mogen geven bij de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag (zie in die zin arrest van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, EU:C:1984:9, punt 40), en dit des te meer geldt voor nationale praktijken van derde landen (zie in die zin arrest van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, T-86/95, EU:T:2002:50, punt 341 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De benadering die in het mededingingsrecht van de Unie wordt voorgestaan, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen mededingingsbeperkingen naar strekking en mededingingsbeperkende gevolgen, verschilt immers van het Amerikaanse antitrustrecht, dat onderscheid maakt tussen enerzijds mededingingsbeperkingen als zodanig (*per se*), die enkel worden vastgesteld in gevallen waarin de mededingingsverstoringe gevolgen zo evident zijn dat zij slechts een „quick look approach” zonder inaanmerkingneming van de context vereisen, en die noodzakelijkerwijs en onherroepelijk verboden zijn, en anderzijds inbreuken die moeten worden bewezen volgens een „rule of reason”, dat wil zeggen aan de hand van een onderzoek waarbij een afweging wordt gemaakt tussen de gunstige en ongunstige gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging. In de eerste plaats beschouwt het Unierecht geen enkele beperking van de mededinging als noodzakelijkerwijs en onherroepelijk onrechtmatig, aangezien een mededingingsbeperking naar strekking in beginsel onder de in artikel 101, lid 3, VWEU neergelegde uitzonderingen kan vallen. In de tweede plaats heeft de rechtspraak in herinnering gebracht dat het bestaan van een „rule of reason” in het mededingingsrecht van de Unie niet kan worden aanvaard (arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 65; zie in die zin ook arrest van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, EU:T:2003:281, punt 106). Bovendien is het vanwege de met name op het gebied van farmaceutische octrooien bestaande verschillen tussen het regelgevingskader in de Verenigde Staten en dat in de Unie des te moeilijker om de strekking van het Actavis-arrest naar analogie in de onderhavige zaak toe te passen (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 513).
- 295 Het argument van verzoeksters dat de Commissie geen rekening zou hebben gehouden met het standpunt van de Supreme Court of the United States moet dan ook worden afgewezen als niet ter zake dienend.



8) *Noodzakelijkerwijs ambivalente uitwerking van de schikkingsovereenkomsten*

- 296 Verzoeksters menen dat de uitwerking die schikkingsovereenkomsten hebben noodzakelijkerwijs ambivalent is en die overeenkomsten derhalve niet kunnen worden aangemerkt als mededingingsbeperkingen naar strekking.
- 297 Ten eerste stellen zij dat dergelijke overeenkomsten een potentiële ambivalente uitwerking op de betwisting van octrooien hebben, aangezien sprake is van parallelle geschillen en het door één partij intrekken van haar oppositieprocedure voor het EOB geen belemmering vormt voor de voortzetting van de procedure, en de argumenten van die partij ambtshalve door de oppositieafdeling of de kamer van beroep van het EOB kunnen worden aangevoerd. Bovendien zou in het bestreden besluit geen rekening zijn gehouden met het feit dat de schikkingsovereenkomsten op toekomstige geschillen enkel een ambivalente uitwerking hebben. De generieke ondernemingen behouden immers de vrijheid om al dan niet kostbare gerechtelijke procedures in te stellen en die procedures kunnen in sommige lidstaten hoe dan ook zinloos blijken wanneer een procedure voor het EOB is ingesteld.
- 298 Ten tweede zijn verzoeksters van mening dat die overeenkomsten, naargelang van de bepalingen ervan en de context waarin zij zijn gesloten, mogelijk ook een ambivalente uitwerking hebben op de markttoetreding van generieke ondernemingen. Aldus zou rekening moeten worden gehouden met het bestaan van het geschil en de kansen op succes van de partijen, alsook met het bestaan van andere geschillen en de mogelijkheid om andere alternatieve vormen van het product te ontwikkelen. Bovendien zouden die overeenkomsten de markttoetreding van de generieke ondernemingen kunnen versnellen. Tot slot zou de Commissie rekening moeten houden met de capaciteit en het voornemen van de generieke ondernemingen om met risico tot de markt toe treden,
- 299 Ten derde overwegen verzoeksters dat de Commissie voor het opleggen van sancties voor schikkingsovereenkomsten op octrooigebied eerst de concrete gevolgen ervan op de markt moet beoordelen, naar het voorbeeld van de benadering van de Supreme Court of the United States in het Actavis-arrest.
- 300 De Commissie stelt dat dat argument niet ter zake dienend is, aangezien voor de vaststelling of een overeenkomst een mededingingsbeperking naar strekking is, niet de gevolgen ervan in aanmerking hoeven te worden genomen en het mogelijk is dat een mededingingsbeperking naar strekking in sommige gevallen, vanwege omstandigheden die zich naderhand voordoen, zelfs geen enkel gevolg heeft. Aldus is het voor het onderzoek van de beperking naar strekking niet vereist om te bewijzen welke contrafeitelijke situaties zich zouden kunnen voordoen indien de overeenkomsten niet zouden bestaan.
- 301 Subsidiair brengt de Commissie aangaande de uitwerking van schikkingsovereenkomsten op de betwisting van octrooien in herinnering dat verzoeksters zich in casu hebben ingespannen om overeenkomsten te sluiten met al hun potentiële concurrenten en slechts twee van de vijf door haar gesloten overeenkomsten een beding bevatten op grond waarvan de generieke ondernemingen tot de markt mochten toetreden indien het octrooi nietig werd verklaard.
- 302 De Commissie overweegt bovendien dat zij in het bestreden besluit de capaciteit en het voornemen van iedere generieke onderneming heeft onderzocht om met risico tot de markt toe te treden.
- 303 Tot slot is de Commissie van mening dat het bestreden besluit niet indruist tegen de benadering van de Supreme Court of the United States in het Actavis-arrest, gelet op de verschillen tussen het Europese begrip „beperking naar strekking” en het Amerikaanse begrip „beperking als zodanig”. Zij brengt tevens in herinnering dat de rechtspraak van de Unie het bestaan van een „rule of reason” afwijst, aangezien de voordelen van een overeenkomst voor de mededinging moeten worden onderzocht in het licht van artikel 101, lid 3, VWEU.

- 304 Overwogen moet worden dat de Commissie en de rechter, zoals verzoeksters aanvoeren, bij het onderzoek van de beperkende strekking van een overeenkomst en in het bijzonder in het kader van de inaanmerkingneming van de economische en juridische context ervan, niet volledig kunnen voorbijgaan aan de potentiële gevolgen van die overeenkomst (conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, punt 84). Er zij immers aan herinnerd dat overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking die overeenkomsten zijn die voldoende schadelijk lijken, aangezien zij een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van de mededinging inhouden, dat het overbodig kan worden geacht aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt (zie in die zin arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49 en 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg kunnen niet als naar strekking mededingingsbeperkend worden aangemerkt de overeenkomsten die gelet op hun context een potentiële ambivalente uitwerking hebben op de markt (conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 56).
- 305 Voor zover de argumenten van verzoeksters ter ondersteuning van de door hen aangevoerde potentiële ambivalente uitwerking van de litigieuze overeenkomsten evenwel hoofdzakelijk zijn ontleend aan de afzonderlijke overeenkomsten en de context ervan, moet in casu op de betrokken beweringen worden ingegaan in het kader van de behandeling van de kritiek op de kwalificatie als beperkingen naar strekking van de afzonderlijke overeenkomsten, des te meer daar, zoals de Commissie terecht benadrukt, het bestaan van een beperking naar strekking voor iedere overeenkomst als geheel moet worden beoordeeld, waarbij het onderzoek van het beperkende karakter van de niet-betwistingsbedingen niet onafhankelijk mag worden uitgevoerd van dat van de verhandelingsverboden.
- 306 Aldus zal bij de behandeling van de middelen waarbij kritiek wordt geuit op de beoordeling van de afzonderlijke litigieuze overeenkomsten de vraag worden onderzocht of de Commissie terecht heeft vastgesteld dat er sprake was van een dergelijke beperking, ondanks de beweerde potentiële gunstige gevolgen voor de mededinging die in het bijzonder zouden voortvloeien uit de context waarin die overeenkomsten zijn gesloten, met dien verstande dat uitsluitend diegene in aanmerking zullen worden genomen die binnen het kader van het onderzoek van de mededingingsbeperkingen naar strekking blijven (zie de punten 525, 644 en 989 hierna).
- 307 Bovendien kunnen verzoeksters zich niet met succes op het Actavis-arrest beroepen, zoals blijkt uit de punten 293 tot en met 295 hierboven.

***b) Door de Commissie gekozen criteria voor de kwalificatie van de schikkingsovereenkomsten als beperking naar strekking***

- 308 De voorgaande overwegingen vormen de achtergrond voor het onderzoek van de argumenten van verzoeksters die specifiek betrekking hebben op elk van de drie hoofdcriteria die de Commissie heeft gekozen teneinde de betrokken schikkingsovereenkomsten te kwalificeren als mededingingsbeperkingen naar strekking, namelijk, ten eerste, de kwalificatie van de generieke ondernemingen als potentiële concurrent, ten tweede, de toezegging van die ondernemingen om hun inspanningen om met een generiek product tot de markt toe te treden, te beperken, en, ten derde, een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming die voor die laatste een aanzienlijke prikkel vormde om haar toetredingsinspanningen te beperken (overweging 1154 van het bestreden besluit).

1)  *criterium van potentiële mededinging*

i)  *Argumenten van partijen*

[omissis]

ii)  *Beoordeling door het Gerecht*

316 Verzoeksters verwijten de Commissie in wezen het recht onjuist te hebben toegepast door haar keuze van onjuiste criteria om de generieke ondernemingen die met hen de litigieuze overeenkomsten hebben gesloten te kwalificeren als potentiële concurrenten. Voorts bekritisieren zij de door de Commissie verrichte beoordeling van de drempels die hun octrooien zouden opwerpen voor die potentiële mededinging.

–  *Criteria voor de beoordeling van potentiële mededinging*

Definitie van het begrip „potentiële concurrent”

317 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij voor de vaststelling of sprake was van potentiële mededinging tussen de partijen bij de litigieuze overeenkomsten enkel het ontbreken van onoverkomelijke drempels voor de markttoetreding van de generieke ondernemingen heeft onderzocht en niet is nagegaan of voor die ondernemingen de reële en concrete mogelijkheid bestond om tot die markt toe te treden (zie punt 309 hierboven).

318 Uit de door verzoeksters aangehaalde rechtspraak blijkt inderdaad dat een onderneming een potentiële concurrent is indien er een reële en concrete mogelijkheid bestaat dat zij tot de genoemde markt kan toetreden en er met de aldaar gevestigde ondernemingen kan concurreren. Een dergelijke stelling mag niet berusten op een loutere veronderstelling, maar moet zijn onderbouwd met feiten of met een onderzoek van de structuur van de relevante markt. Zo mag een onderneming niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie (arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 86; zie in die zin ook arrest van 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie, T-461/07, EU:T:2011:181, punten 166 en 167 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Daaruit volgt noodzakelijkerwijs dat, om na te gaan of een onderneming als potentiële concurrent op een bepaalde markt kan worden aangemerkt, het voornemen van die onderneming om tot deze markt toe te treden weliswaar eventueel relevant kan zijn, maar de beoordeling toch steeds hoofdzakelijk moet berusten op haar capaciteit om tot deze markt toe te treden (arresten van 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie, T-461/07, EU:T:2011:181, punt 168, en 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 87).

319 In andere omstandigheden is ook geoordeeld dat een onderneming een potentiële concurrent is indien er geen onoverkomelijke drempels voor haar markttoetreding bestaan (zie in die zin arresten van 21 mei 2014, Toshiba/Commissie, T-519/09, niet gepubliceerd, EU:T:2014:263, punt 230, bevestigd door arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punten 28, 29, 32 en 34, en 28 juni 2016, Portugal Telecom/Commissie, T-208/13, EU:T:2016:368, punt 181).

320 Aldus blijkt uit de rechtspraak dat de drempel voor het aanvaarden van potentiële mededinging kan variëren naargelang van de context en de betrokken inbreukmakende gedraging. Het louter onderzoeken van onoverkomelijke toetredingsdrempels impliceert immers dat iedere, zelfs theoretische, mogelijkheid om tot de markt toe te treden volstaat om vast te stellen dat er sprake is van potentiële mededinging, terwijl het onderzoek van de reële en concrete toetredingsmogelijkheden

tot gevolg heeft dat het bestaan van potentiële mededinging uitsluitend wordt erkend indien sprake is van realistische toetredingsmogelijkheden, die zich feitelijk zouden hebben kunnen vertalen in de afwezigheid van een beperkende handeling.

- 321 Dit laat echter onverlet dat het onderzoek naar de onoverkomelijkheid van bepaalde drempels voor de markttoetreding, die in casu voornamelijk worden opgeworpen door de octrooien en de verplichting om een VHB aan te vragen, geen afbreuk doet aan het onderzoek van de reële en concrete toetredingsmogelijkheid voor de generieke ondernemingen dat berust op het onderzoek van hun capaciteit en hun voornemen om toe te treden, en geen incoherentie vertoont ten opzichte van het laatstgenoemde onderzoek. Zoals de Commissie in het bestreden besluit (voetnoot 1666) en ter terechtzitting terecht heeft benadrukt, heeft het onderzoek naar de afwezigheid van onoverkomelijke drempels „ertoe gediend na te gaan of er, ondanks de algemene capaciteit van de generieke ondernemingen en het door hen geuite voornemen om toe te treden, objectieve redenen waren die de toetreding van de generieke ondernemingen onmogelijk maakten”, en aldus het onderzoek van de reële en concrete toetredingsmogelijkheid aan te vullen. Indien sprake is van onoverkomelijke drempels voor toetreding tot een markt, kan immers niet worden geoordeeld dat een marktdeelnemer een reële en concrete mogelijkheid heeft om tot die markt toe te treden. Wanneer een markt wordt gekenmerkt door toetredingsdrempels is het objectieve onderzoek van het onoverkomelijke karakter ervan dus een zinvolle aanvulling op het onderzoek van de reële en concrete mogelijkheden, dat berust op de individuele criteria van capaciteit en voornemen van de betrokken onderneming om toe te treden.
- 322 Bijgevolg kan niet, zoals verzoeksters doen, uit de herhaaldelijke verwijzingen in het bestreden besluit naar het criterium van de onoverkomelijke drempels (zie met name de overwegingen 1125 en 1181) worden afgeleid dat de door de Commissie gebruikte definitie van potentiële mededinging uitsluitend op dat criterium berust.
- 323 Dit geldt des te meer daar de Commissie naast het arrest van 21 mei 2014, Toshiba/Commissie (T-519/09, niet gepubliceerd, EU:T:2014:263), waarin het criterium van de onoverkomelijke drempels is toegepast (zie punt 319 hierboven), de arresten van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, EU:T:1998:198), en 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie (T-461/07, EU:T:2011:181), heeft aangehaald, waarin het criterium van de reële en concrete mogelijkheid is toegepast – en waarnaar de Commissie bovendien heeft verwezen in de inleiding van haar presentatie van de regels voor de vaststelling van potentiële mededinging (overwegingen 1156 en 1157 van het bestreden besluit) – en tevens meerdere andere arresten heeft genoemd waarin die definitie van potentiële mededinging in herinnering is gebracht en toegepast, waaronder het arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie (T-360/09, EU:T:2012:332) (zie punt 318 hierboven). Bovendien heeft zij duidelijk aangegeven dat de capaciteit om tot een markt toe te treden, die een kenmerk is van het criterium van de reële en concrete mogelijkheid (zie punt 318 hierboven), „het cruciale aspect [bleef] om potentiële mededinging aan te tonen” (overweging 1163 van het bestreden besluit). Tot slot en bovenal heeft de Commissie in het kader van haar onderzoek van de kwalificatie van elke betrokken generieke onderneming als potentiële concurrent op basis van meerdere concrete, specifieke gegevens van de afzonderlijke ondernemingen – die met name betrekking hadden op hun productiecapaciteit en productvoorraad, hun commerciële overeenkomsten, de door hen ondernomen stappen voor VHB-aanvragen en hun rechtsvorderingen tegen Servier – vastgesteld dat zij elk een reële en concrete mogelijkheid hadden om tot de markt toe te treden (zie de punten 432-438, 579-585 en 718-722 hierna). Een dergelijk uitvoerig onderzoek op basis van de specifieke gegevens van iedere vermeende potentiële concurrent is kenmerkend voor het onderzoek van zijn reële en concrete mogelijkheid om tot de markt toe te treden en onderscheidt zich van een onderzoek waarbij enkel de onoverkomelijke drempels voor een toetreding tot een bepaalde markt worden onderzocht en waarbij het loutere feit dat een willekeurige marktdeelnemer tot de betrokken markt is toegetreden kan leiden tot de vaststelling dat sprake is van potentiële mededinging.



- 324 Aan die overwegingen wordt geen afbreuk gedaan door de beweringen van verzoeksters dat de Commissie zich hoofdzakelijk zou hebben gebaseerd op het voornemen tot markttoetreding van de generieke ondernemingen en op een opeenstapeling van onrealistische aannames (zie punt 309 hierboven), aangezien verzoeksters, zoals blijkt uit de bewoordingen van de repliek, met die beweringen niet het gekozen criterium betwisten, maar de toepassing in casu van het criterium van de reële en concrete mogelijkheid, die hierna wordt onderzocht in het kader van de behandeling van de grieven betreffende de beoordeling van de afzonderlijke litigieuze overeenkomsten.
- 325 Uit een en ander volgt dat de Commissie, anders dan verzoeksters hebben aangevoerd, de potentiële mededinging op de betrokken markt heeft onderzocht op basis van het criterium van de reële en concrete mogelijkheid.
- 326 Daarenboven kan worden opgemerkt dat de Commissie zich in casu, anders dan zij in de dupliek heeft aangevoerd onder verwijzing naar het arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26) (zie punt 312 hierboven), niet tot een onderzoek naar de afwezigheid van onoverkomelijke markttoetredingsdrempels kon beperken teneinde hieruit het bestaan van potentiële mededinging op de betrokken markt af te leiden (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 99 tot en met 101).
- 327 Uit de punten 28, 29, 32 en 34 van het arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26), blijkt wat betreft marktverdelingsovereenkomsten inderdaad dat de analyse van de economische en juridische context van de praktijk kan worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking en, in het bijzonder, tot de beoordeling of de drempels voor toetreding tot de betrokken markt niet als onoverkomelijk konden worden beschouwd (zie in die zin ook arrest van 28 juni 2016, Portugal Telecom/Commissie, T-208/13, EU:T:2016:368, punten 177 en 181).
- 328 In de eerste plaats moet niettemin worden overwogen dat uit het arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26), gelezen in samenhang met de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2015:427, punten 69, 70, 89 en 90), blijkt dat de hierin neergelegde beperking van het onderzoek van de economische en juridische context voortvloeit uit de bijzonder evidente aard van bepaalde beperkingen naar strekking die, met name omdat de betrokken overeenkomsten noch atypisch, noch complex zijn, geen diepgaand onderzoek van de economische en juridische context vereisen teneinde vast te stellen of zij naar hun aard voldoende nadelig zijn.
- 329 In casu was het voor een buitenstaander echter niet per definitie evident dat de litigieuze overeenkomsten een inbreukmakend karakter en in het bijzonder een mededingingsbeperkende strekking hadden, omdat die overeenkomsten in de vorm van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied zijn gesloten. Dienaangaande is het veelzeggend dat de Commissie zowel de mededingingsbeperkende strekking als het mededingingsbeperkende gevolg ervan heeft onderzocht. Een en ander wordt ook bevestigd door het feit dat de Commissie de litigieuze overeenkomsten als beperking naar strekking heeft gekwalificeerd in de zin van het arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), zonder dat het in dat stadium nodig was om over die kwalificatie een oordeel te vellen. Hoewel uit punt 34 van dat arrest volgt dat overeenkomsten tot marktuitsluiting „duidelijk” strijden met de in de mededingingsbepalingen van het Verdrag besloten voorstelling, heeft het Hof immers niet geoordeeld dat het in die zaak voor een buitenstaander duidelijk of evident was dat de betrokken overeenkomsten uitsluitingsovereenkomsten en aldus beperkingen naar strekking waren die geen diepgaand onderzoek van de economische en juridische context ervan vereisten. Het Hof heeft juist een dergelijk onderzoek van die context, alsook van de bedingen en de doelstellingen van de betrokken overeenkomsten uitgevoerd en daaruit afgeleid dat zij uitsluitingsovereenkomsten en derhalve „duidelijk”

overeenkomsten met een mededingingsbepalende strekking waren (arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punten 31 tot en met 40).

330 Voorts dient te worden benadrukt dat in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26), de capaciteit van de bij de litigieuze praktijken betrokken producenten om producten te produceren en te verhandelen niet ter discussie stond en er op de betrokken markt geen enkel monopolie was. In casu staat echter juist de capaciteit van de generieke ondernemingen om het litigieuze product te produceren en te verhandelen ter discussie, met name gelet op de octrooien van verzoeksters, die exclusieve rechten zijn (zie punt 234 hierboven en punt 357 hierna). Bijgevolg kan niet uit dat arrest worden afgeleid dat voor de vaststelling van de mededingingsbepalende strekking van een overeenkomst in de regel en in het bijzonder in omstandigheden als die in casu, geen onderzoek is vereist van de reële en concrete mogelijkheid voor de partijen bij de overeenkomst om tot de betrokken markt toe te treden.

331 Uit al het voorgaande blijkt dat de grief betreffende de toepassing van een onjuiste definitie van potentiële mededinging moet worden afgewezen.

#### criterium van toetreding op korte termijn

332 Onder aanvoering van de arresten van 3 april 2003, BaByliss/Commissie (T-114/02, EU:T:2003:100), en 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie (T-461/07, EU:T:2011:181), heeft de Commissie in het bestreden besluit overwogen dat het wezenlijke element voor de kwalificatie van een onderneming als potentiële concurrent de mogelijkheid voor die onderneming was om op korte termijn tot de markt toe te treden teneinde druk uit te oefenen op de deelnemers op die markt. Zij heeft benadrukt dat vertragingen, hoewel die een teken van een moeilijke toetreding in termen van tijd en kosten kunnen zijn en de markttoetreding vanwege die vertragingen commercieel minder aantrekkelijk kan zijn, op zich geen afbreuk deden aan de capaciteit om tot de markt toe te treden of aan de op Servier of op de andere generieke ondernemingen uitgeoefende druk. Onder verwijzing naar de richtduur die is gepreciseerd in de uitzonderingsregelingen en in haar richtsnoeren – onder meer in de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 [VWEU] op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB 2011, C 11, blz. 1; hierna: „richtsnoeren van 2011 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten”), die in een periode van maximaal drie jaar voorzien – alsook naar de richtduur en de werkelijke duur van gerechtelijke procedures, procedures voor een VHB-aanvraag en procedures voor de ontwikkeling van WFB's, heeft de Commissie in casu geconcludeerd dat de door verzoeksters en door de generieke ondernemingen aangevoerde vertragingen niet dusdanig lang leken dat de generieke concurrent geen concurrentiedruk uitoefende (overwegingen 1158, 1159, 1182 en voetnoot 1669 van het bestreden besluit; zie ook de overwegingen 1125, 1126 en 1296 van hetzelfde besluit).

333 Anders dan verzoeksters stellen, is dat door de Commissie verrichte onderzoek van het temporele aspect van potentiële mededinging in overeenstemming met de toepasselijke beginselen.

334 Volgens vaste rechtspraak moet een marktdeelnemer immers, teneinde als potentiële concurrent te kunnen worden aangemerkt, snel genoeg tot de markt kunnen toetreden om druk en aldus een concurrentiedruk uit te oefenen op de marktdeelnemers (arrest van 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie, T-461/07, EU:T:2011:181, punt 189; zie in die zin ook arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 114).

335 Deze rechtspraak heeft de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel [101 VWEU] op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB 2001, C 3, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2001 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten”; zie ook de richtsnoeren van 2011 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten) in aanmerking genomen, die niet alleen het vereiste van

een toetreding op korte termijn bevestigen, maar op basis van andere richtsnoeren en per categorie geldende uitzonderingsregelingen ook richtduren geven van wat een toetreding op korte termijn kan zijn, namelijk maximaal één of drie jaar naargelang van het geval.

- 336 Zoals die richtsnoeren (voetnoot 9 van de richtsnoeren van 2001 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten en voetnoot 6 van de richtsnoeren van 2011 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten) en ook de rechtspraak (zie in die zin arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie*, T-461/07, EU:T:2011:181, punten 171 en 189) evenwel preciseren, zijn die termijnen slechts een aanwijzing en hangt de kwalificatie „korte termijn” af van de feitelijke omstandigheden in de betrokken zaak en de wettelijke en economische context ervan, welke in aanmerking moeten worden genomen om vast te stellen of de onderneming die zich buiten de markt bevindt een concurrentiedruk uitoefent op de ondernemingen die op dat tijdstip op die markt opereren (zie in die zin arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie*, T-461/07, EU:T:2011:181, punt 169).
- 337 In de eerste plaats heeft de Commissie in casu de specifieke economische en juridische context van de onderhavige zaak in aanmerking genomen, door de duur van de afzonderlijke stappen te beoordelen die vereist zijn om tot de markt toe te treden. Benadrukt moet worden dat generieke ondernemingen, juist vanwege de bijzondere kenmerken van de farmaceutische sector en met name vanwege de veelheid aan te ondernemen stappen en het bestaan van octrooien, de stappen voor markttoetreding vaak ruim vóór het aflopen van de octrooien ondernemen, zodat zij de vereiste stappen uiterlijk op de vervaldatum van het octrooi hebben voltooid. Die stappen kunnen dan reeds vóór, en zelfs ruim vóór, het aflopen van de octrooien en de daadwerkelijke markttoetreding van de generieke ondernemingen een concurrentiedruk uitoefenen op de originator-onderneming [zie punt 356 hierna; zie in die zin ook arresten van 6 december 2012, *AstraZeneca/Commissie*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punt 108; 8 september 2016, *Lundbeck/Commissie*, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 163, en 8 september 2016, *Sun Pharmaceutical Industries en Ranbaxy (UK)/Commissie*, T-460/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:453, punten 77-79].
- 338 Zoals verzoeksters terecht stellen (zie punt 311 hierboven), kan hieruit evenwel niet worden afgeleid dat een generieke onderneming vanaf het moment dat zij begint met de ontwikkeling van een generieke versie van perindopril, en enkel om die reden, als één van hun potentiële concurrenten kan worden aangemerkt. Het klopt dat de Commissie in overweging 1125 van het bestreden besluit heeft beweerd dat van potentiële mededinging van generieke ondernemingen sprake was zodra die ondernemingen die een generiek product op de markt willen brengen, beginnen met de ontwikkeling van commercieel levensvatbare technologieën voor de productie van het WFB en het eindproduct. Uit de daaropvolgende passages van die overweging, die verwijzen naar het latere onderzoek van de kwalificatie van de afzonderlijke betrokken generieke ondernemingen als potentiële concurrent, net als met name uit dat onderzoek en uit de algemene overwegingen van het bestreden besluit betreffende het criterium van de toetreding op korte termijn (zie punt 332 hierboven), volgt echter dat de Commissie er niet op uit was om de uitoefening van een concurrentiedruk te laten beginnen op de datum waarop de ontwikkeling van het generieke product in gang werd gezet, maar dat zij de aandacht heeft willen vestigen op de mogelijke uitoefening van een concurrentiedruk vanaf die begindatum indien aan de voorwaarden voor de uitoefening van een dergelijke druk zou zijn voldaan. De kritiek op deze beoordeling moet hoe dan ook als niet ter zake dienend worden afgewezen, zelfs al zou overweging 1125 aldus worden uitgelegd dat sprake is van potentiële mededinging vanaf de datum waarop wordt begonnen met de ontwikkeling van het generieke product, aangezien de Commissie zich niet op die overweging heeft gebaseerd voor de kwalificatie van de betrokken generieke ondernemingen als potentiële concurrenten. Zoals de Commissie terecht benadrukt, had zij immers op de datum waarop de generieke ondernemingen als potentiële concurrenten werden aangemerkt, dat wil zeggen ten tijde van de sluiting van de litigieuze overeenkomsten, overwogen dat de ontwikkeling van het

perindopril van al die ondernemingen in een gevorderd stadium was en had zij zich niet uitgesproken over hun kwalificatie als potentiële concurrent voordien, op het moment dat zij die ontwikkeling in gang hadden gezet (zie punt 315 hierboven).

- 339 Evenzo heeft de Commissie in voetnoot 1840 bij overweging 1296 van het bestreden besluit inderdaad herinnerd aan de termijn van drie jaar die in de richtsnoeren van 2011 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten wordt vermeld, maar heeft zij hieruit in casu geen enkel beslissend gevolg afgeleid, zodat de grieven waarmee haar wordt verweten die termijn in aanmerking te hebben genomen, met name gelet op de tijd die nodig is voor de ontwikkeling van perindopril (overweging 3137 van het bestreden besluit), niet ter zake dienend moeten worden verklaard.
- 340 In de tweede plaats heeft de Commissie, uitgaande van het idee dat concurrentiedruk inherent is aan potentiële mededinging, overwogen dat de eventuele vertragingen die de generieke ondernemingen tijdens het markttoetredingsproces hadden opgelopen op zich niet volstonden om hun kwalificatie als potentiële concurrent uit te sluiten, wanneer zij een dergelijke druk blijven uitoefenen vanwege hun capaciteit om toe te treden, en heeft de Commissie in die zin het arrest van 3 april 2003, BaByliss/Commissie (T-114/02, EU:T:2003:100), aangehaald. Anders dan verzoeksters stellen, heeft de Commissie zich terecht op het voornoemde arrest gebaseerd, aangezien het Gerecht, hoewel het zich in dat arrest heeft uitgesproken over een context die aanzienlijk verschilt van die in casu, niettemin een standpunt heeft ingenomen over de gevolgen van het meermaals uitstellen van de markttoetreding van BaByliss voor haar kwalificatie als potentiële concurrent, welke gevolgen precies in het bestreden besluit zijn onderzocht. Dienaangaande heeft het Gerecht, door zich te baseren op meerdere elementen die aantoonde dat BaByliss een concurrentiedruk uitoefende vanwege haar capaciteit om tot de markt toe te treden, geoordeeld dat het meermaals uitstellen van de toetreding geen afbreuk deed aan de kwalificatie van BaByliss als potentiële concurrent (arrest van 3 april 2003, BaByliss/Commissie, T-114/02, EU:T:2003:100, punten 102 tot en met 106), hetgeen overigens niet door verzoeksters wordt betwist. Hieruit volgt dus tevens dat de Commissie in overweging 1182 van het bestreden besluit, anders dan verzoeksters stellen, terecht heeft overwogen dat het belang voor de generieke ondernemingen om als eerste tot de markt toe te treden niet relevant was voor haar beoordeling van de vermeende vertragingen, voor zover dat belang hooguit van invloed kan zijn op hun voornemen om tot de markt toe te treden, gelet op de omvang van de verwachte winsten, maar als zodanig niet op hun capaciteit om tot de markt toe te treden. De capaciteit om tot de markt toe te treden moet immers op basis van het criterium van de levensvatbare economische strategie worden onderzocht (zie punt 318 hierboven), dat wil zeggen dat zij enkel met een rendabele toetreding moet overeenkomen en niet met de meest rendabele toetreding van alle mogelijke markttoetredingen, voor zover de betrokken generieke onderneming als eerste tot die markt zou toetreden en aldus gedurende een bepaalde periode als enige op die markt met de originatoronderneming zou concurreren (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie, T-471/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:460, punt 124).
- 341 Hieruit volgt dat alle grieven betreffende de door de Commissie verrichte beoordeling van het temporele aspect van potentiële mededinging moeten worden afgewezen.

#### Criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemers

- 342 Onder aanvoering van de arresten van 12 juli 2011, Hitachi e.a./Commissie (T-112/07, EU:T:2011:342), en 21 mei 2014, Toshiba/Commissie (T-519/09, niet gepubliceerd, EU:T:2014:263), heeft de Commissie in het bestreden besluit overwogen dat de perceptie van een reeds op de markt aanwezige marktdeelnemer een rol speelde bij de beoordeling van potentiële mededinging. Indien een dergelijke marktdeelnemer – die ervaren is – namelijk een concurrentiële dreiging van generieke ondernemingen voelt, dan kan een dergelijke dreiging volgens de Commissie een concurrentiedruk uitoefenen op zijn gedrag op de markt en is die dreiging relevant voor de beoordeling van potentiële mededinging. Onder verwijzing naar het arrest van 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie (T-461/07, EU:T:2011:181), heeft zij gepreciseerd dat potentiële mededinging kon



bestaan uit de loutere aanwezigheid van een onderneming buiten de markt, en dat die loutere aanwezigheid aanleiding kon geven tot een concurrentiedruk vanwege het risico van toetreding (overwegingen 1160 tot en met 1162). Op basis hiervan heeft de Commissie geconcludeerd dat, voor het antwoord op de vraag of de generieke ondernemingen een concurrentiedruk uitoefenden op Servier, ook de perceptie van de reeds aanwezige marktdeelnemer, namelijk Servier, en die van de andere generieke concurrenten in aanmerking zouden worden genomen (overweging 1163). In casu heeft zij geoordeeld dat de generieke ondernemingen zowel door Servier als door hun eigen generieke concurrenten als potentiële concurrenten werden gezien (overweging 1183).

- 343 Op voorhand kan worden opgemerkt dat het criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemer één van de criteria is die de Commissie in het bestreden besluit heeft gebruikt voor de kwalificatie van de generieke ondernemingen als potentiële concurrent, wat blijkt uit het bijwoord „ook” dat in punt 342 hierboven in herinnering is gebracht, alsook uit het onderzoek van de andere criteria voor de beoordeling van de potentiële mededinging van elk van die ondernemingen (zie de punten 432 tot en met 438, 579 tot en met 585 en 718 tot en met 722 hierna).
- 344 Anders dan verzoeksters stellen, is het gebruik van het criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemer als één van de criteria voor de beoordeling van de potentiële mededinging in overeenstemming met de in casu toepasselijke rechtspraak die door verzoeksters is aangevoerd.
- 345 Anders dan verzoeksters stellen, heeft het Gerecht het criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemer immers duidelijk in aanmerking genomen in het arrest van 12 juli 2011, Hitachi e.a./Commissie (T-112/07, EU:T:2011:342), teneinde het bestaan van potentiële mededinging vast te stellen. Aldus blijkt uit de punten 90, 226 en 319 van dat arrest, die in overweging 1160 van het bestreden besluit in herinnering zijn gebracht, dat de betrokken overeenkomsten tussen Europese en Japanse producenten niet alleen een ernstige aanwijzing vormden dat laatstgenoemden door eerstgenoemden als geloofwaardige potentiële concurrenten werden beschouwd, maar bovendien impliceerden dat de Japanse ondernemingen tot de Europese markt hadden kunnen doordringen (zie in die zin ook arrest van 21 mei 2014, Toshiba/Commissie, T-519/09, niet gepubliceerd, EU:T:2014:263, punt 231). Het is juist dat het Gerecht ook een objectief onderzoek van de potentiële mededinging heeft verricht, met name door de capaciteit van de Japanse producenten om tot de Europese markt toe te treden te onderzoeken (arrest van 12 juli 2011, Hitachi e.a./Commissie, T-112/07, EU:T:2011:342, punten 157 en 160), hetgeen de Commissie overigens in overweging 1160 van het bestreden besluit heeft opgemerkt. Dat objectieve onderzoek toont echter alleen maar aan dat het subjectieve criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemer slechts één van de criteria is voor de beoordeling van het bestaan van potentiële mededinging.
- 346 In het arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie (T-360/09, EU:T:2012:332, punt 115), dat door verzoeksters is aangevoerd, heeft het Gerecht geoordeeld dat het bestaan van een overeenkomst, en aldus de perceptie van de partijen bij die overeenkomst, op zich niet kon volstaan om aan te tonen of niet noodzakelijkerwijs impliceerde dat op de datum van de ondertekening van de overeenkomst sprake was van potentiële mededinging. Anders dan verzoeksters stellen, is in dit arrest dus niet vastgesteld dat het criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemer niet relevant is, maar enkel dat de perceptie van die marktdeelnemer op zich niet volstaat om vast te stellen dat er sprake is van potentiële mededinging indien ieder ander element dat een dergelijke vaststelling mogelijk maakt, ontbreekt.
- 347 Hieruit volgt volgens de rechtspraak dat het criterium van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemers een relevant, maar ontoereikend criterium is voor de beoordeling van het bestaan van potentiële mededinging. Zoals verzoeksters terecht benadrukken, kan de perceptie van die marktdeelnemers, zelfs als zij ervaren zijn, gelet op de subjectieve aard ervan – die aldus naargelang van de betrokken marktdeelnemers, van hun kennis van de markt en van hun relatie met hun hypothetische concurrenten kan variëren – op zich immers niet tot de overweging leiden dat een willekeurige andere marktdeelnemer één van hun potentiële concurrenten is. Daarentegen kan die

perceptie de capaciteit van een marktdeelnemer om tot de markt toe te treden, bevestigen en bijgevolg bijdragen tot zijn kwalificatie als potentiële concurrent [zie in die zin arresten van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 103 en 104, en 8 september 2016, Sun Pharmaceutical Industries en Ranbaxy (UK)/Commissie, T-460/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:453, punt 88].

348 De argumenten van verzoeksters betreffende de inaanmerkingneming door de Commissie van de perceptie van de aanwezige marktdeelnemers voor de vaststelling van het bestaan van potentiële mededinging moeten derhalve worden afgewezen.

– *Door de octrooien van verzoeksters opgeworpen drempels voor potentiële mededinging*

349 Verzoeksters en interveniënte verwijten de Commissie dat zij de generieke ondernemingen, ondanks de drempels die de octrooien waarvan Servier houdster was zouden opwerpen voor de markttoetreding van die ondernemingen, als potentiële concurrenten van Servier heeft aangemerkt.

350 De Commissie heeft in het bestreden besluit overwogen dat de partijen, door zich met name op het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266, punt 362), te baseren, ten onrechte stelden dat aangezien het bestaan van een octrooi iedere mogelijkheid van mededinging uitsloot, de markttoetreding onmogelijk was, en hieruit ten onrechte afleidden dat de octrooien van Servier een „eenzijdige blokkering” tot gevolg hadden in de zin van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, die bovendien in casu niet van toepassing zouden zijn (overwegingen 1167 en 1168, alsook voetnoot 1638).

351 De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat de generieke ondernemingen hoe dan ook de mogelijkheid hadden, ten eerste, om de geldigheid van de octrooien van Servier aan te vechten. In dat verband heeft zij herinnerd aan het arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie (193/83, EU:C:1986:75, punt 92), op grond waarvan het algemeen belang vereist dat alle belemmeringen van de economische activiteit die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi worden opgeheven, met name door middel van rechtsvorderingen ter betwisting van de geldigheid van octrooien, alsook aan het arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie (C-457/10 P, EU:C:2012:770, punt 108), waarbij zou zijn bevestigd dat reeds vóór het verstrijken van het octrooi op de molecule sprake kon zijn van potentiële mededinging (overwegingen 1132, 1165 en 1169, alsook voetnoot 1640 van het bestreden besluit). De Commissie heeft voorts overwogen dat het voor de beantwoording van de vraag of de octrooien van Servier de toetreding van de generieke geneesmiddelen konden blokkeren niet van belang was of Servier een procedure wegens inbreuk op haar octrooien had ingesteld of ging instellen, en hamerde daarbij op het ontbreken van het vermoeden van inbreuk en het ontbreken van een rechterlijke beslissing waarbij in de betrokken periode een dergelijke inbreuk was vastgesteld (overwegingen 1169 tot en met 1171 van het bestreden besluit). Zij heeft benadrukt dat zij zich aangaande de vermeende mogelijke ongeldigheid van of mogelijke inbreuk op de octrooien van Servier zou baseren op de door de partijen zelf en de door derden verrichte beoordelingen, die stonden vermeld in documenten die vóór of ten tijde van de sluiting van de litigieuze overeenkomsten zijn opgesteld (overweging 1172 van het bestreden besluit).

352 Volgens de Commissie hadden de generieke ondernemingen bovendien de mogelijkheid, ten tweede, om hun toevlucht te nemen tot alternatieve manieren om toe te treden tot de markten waarop de geschillen zich afspeelden (overweging 1175). In de eerste plaats waren de generieke ondernemingen nog steeds vrij om het perindopril met risico op de markt te brengen, dat wil zeggen met het risico dat de originator-onderneming een inbreukprocedure zou instellen. Dienaangaande heeft de Commissie benadrukt dat, gelet op de praktijk van het aanvragen van werkwijzeoctrooien na het verstrijken van het octrooi op de molecule, vrijwel alle verkopen na die vervaldatum een risico liepen, en dat de markttoetreding met risico van Apotex in 2006 tot een nietigverklaring van het 947-octrooi en tot het betalen van schadevergoeding door Servier had geleid (overwegingen 1176 en 1177 van het

bestreden besluit). In de tweede plaats hadden de generieke ondernemingen ter voorkoming van beschuldigingen van inbreuk, hun werkwijzen kunnen aanpassen, hetzij rechtstreeks, hetzij door van WFB-leverancier te veranderen. Hoewel die aanpassingen in voorkomend geval een bron van procedurele vertragingen zijn, waren zij volgens de Commissie een levensvatbaar alternatief om tot de markt toe te treden (overweging 1178 van het bestreden besluit).

353 De Commissie heeft in overweging 1179 van het bestreden besluit het volgende vastgesteld:

„[...] de schikkingen [zijn] getroffen in een context waarin het octrooi op de molecule was verlopen en waarin alle generieke partijen direct of indirect waren betrokken bij rechtszaken of geschillen betreffende één of meerdere resterende octrooien van Servier, hetzij in de vorm van een verweer tegen inbreukprocedures, hetzij in het kader van vorderingen of reconventionele vorderingen tot nietigverklaring van die octrooien. De generieke ondernemingen hadden ook de keuze uit andere maatregelen op octrooigebied als mogelijke manieren voor markttoetreding. De Commissie zal uitvoerig onderzoeken of de generieke ondernemingen die hebben geprobeerd om de drempels op octrooigebied te trotseren en hun generieke perindopril op de markt te brengen een bron van concurrentiedruk waren voor Servier, ondanks haar octrooien. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat alle in het onderhavige besluit bedoelde overeenkomsten zijn gesloten op een moment dat er onzekerheid heerste over de vraag of op één van de octrooien inbreuk was gemaakt en in het bijzonder of het 947-octrooi ongeldig kon worden verklaard. Het enkele bestaan en de handhaving van de octrooien van Servier hebben dus niet iedere mogelijkheid van potentiële of daadwerkelijke mededinging verhinderd.”

354 Verzoeksters en interveniënte stellen in wezen dat die analyse van de Commissie geen rekening houdt met de in de wettelijke regelingen neerlegde of door de rechtspraak erkende gevolgen van een octrooi dat geldig is verklaard of dat wordt verondersteld geldig te zijn. Bovendien verwijten zij haar voorbij te gaan aan de richtsnoeren van 2004 en van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, alsook aan bepaalde overwegingen die zij in het bestreden besluit en in andere besluiten heeft geformuleerd in het kader van haar beoordeling van het misbruik van machtspositie door Servier.

Veronachtzaming van de gevolgen van de geldig verklaarde of geldig geachte octrooien van Servier

355 Volgens verzoeksters en interveniënte is een octrooi dat wordt verondersteld geldig te zijn in ieder geval vanaf de geldigverklaring tot aan het verstrijken ervan een wettelijk verbod op markttoetreding dat iedere potentiële mededinging verhindert.

356 Niettemin blijkt uit punt 108 van het door de Commissie in het bestreden besluit aangehaalde (zie punt 351 hierboven) arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie (C-457/10 P, EU:C:2012:770), dat reeds vóór het verstrijken van een octrooi sprake kan zijn van potentiële mededinging op een markt. Meer in het bijzonder heeft het Hof geoordeeld dat aanvullende beschermingscertificaten die ertoe strekken om de gevolgen van een octrooi te verlengen niet alleen na het verstrijken van de octrooien tot de uitsluiting van veel concurrenten leiden, maar ook de structuur van de markt konden wijzigen door nog vóór het verstrijken van die octrooien de potentiële mededinging aan te tasten, waarbij de vaststelling dat potentiële mededinging reeds kon spelen voordat een octrooi was verstrekt, losstond van het feit dat de betrokken aanvullende beschermingscertificaten op frauduleuze en onregelmatige wijze waren verkregen (arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 164). Aldus staat het uitsluitende recht dat het octrooi is, als zodanig niet in de weg aan de ontwikkeling van potentiële mededinging gedurende de betrokken periode van exclusiviteit.

- 357 Hoewel een dergelijk uitsluitend recht, zoals verzoeksters en interveniënte onderstrepen, normalerwijs tot gevolg heeft dat de concurrenten worden geweerd, aangezien deze krachtens de publieke regelgeving verplicht zijn dit exclusieve recht te eerbiedigen (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 362; zie ook punt 234 hierboven), betreft dat gevolg van uitsluiting van de mededinging immers de daadwerkelijke concurrenten die inbreukmakende producten verhandelen. Het octrooi verschafft de octrooihouder het uitsluitende recht om een uitvinding te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten (arresten van 31 oktober 1974, Centrafarm en De Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, punt 9, en 16 juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, EU:C:2015:477, punt 46; zie ook punt 234 hierboven), maar staat er als zodanig niet aan in de weg dat marktdeelnemers de vereiste stappen ondernemen om na het verstrijken van het octrooi tot de betrokken markt te kunnen toetreden, en aldus op de octrooihouder een concurrentiedruk uitoefenen die kenmerkend is voor het bestaan van potentiële mededinging vóór het verstrijken van dat octrooi. Het octrooi staat er evenmin aan in de weg dat marktdeelnemers de activiteiten verrichten die nodig zijn voor de vervaardiging en de verhandeling van een niet-inbreukmakend product, zodat zij vanaf hun markttoetreding als daadwerkelijke concurrenten van de octrooihouder kunnen worden aangemerkt en in voorkomend geval tot aan die toetreding als potentiële concurrenten kunnen worden aangemerkt (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 164).
- 358 Dat geldt des te meer in de farmaceutische sector, waar de bevoegde autoriteiten op grond van de wettelijke regelgeving inzake de verlening van VHB's, die vereist zijn om een geneesmiddel op de markt te kunnen verhandelen, een VHB voor een generiek product kunnen verlenen terwijl het oorspronkelijke product door een octrooi wordt beschermd. Uit richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB 2001, L 311, blz. 67), zoals gewijzigd, blijkt namelijk dat voor generieke producten een verkorte procedure voor VHB-aanvragen kan worden doorlopen, die gebaseerd is op de in de VHB-aanvraag van het oorspronkelijke product opgenomen resultaten van proeven, en dat de gegevens met betrekking tot die resultaten kunnen worden gebruikt en bijgevolg de verlening van een VHB vóór het verstrijken van het octrooi op het oorspronkelijke product mogelijk maken (artikel 10 van richtlijn 2001/83; zie ook de overwegingen 74 en 75 van het bestreden besluit). Aldus voorziet de wettelijke regelgeving inzake de verhandeling van farmaceutische producten zelf in de mogelijkheid voor een generieke onderneming om in de periode dat het octrooi van de originatoronderneming beschermd is, dankzij een wettelijk verleende VHB tot de markt toe treden of, in ieder geval, de procedure voor het verkrijgen van een VHB in gang te zetten. Anders dan verzoeksters stellen, geldt hetzelfde voor de nationale wettelijke regelingen voor de omzetting van richtlijn 2001/83, aangezien uit het eindverslag van 8 juli 2009 van het door de Commissie uitgevoerde sectorale onderzoek in de farmaceutische sector, waarop verzoeksters zich baseren, blijkt dat de Slowaakse autoriteiten hun wetgeving in die zin hebben aangepast en de Hongaarse autoriteiten enkel een „octrooi verklaring” vereisen waarbij de generieke onderneming zich ertoe verbindt om vóór het verstrijken van het betrokken octrooi geen inbreukmakend product te verhandelen. Het door verzoeksters onderstreepte feit dat in een interne e-mail van Servier is vermeld dat „[het erop lijkt] dat de perindoprioldossiers [van sommige generieke ondernemingen] door [de Slowaakse regelgevende autoriteit] worden geblokkeerd zolang het 947-octrooi van kracht is” kan niet aan die vaststelling afdoen.
- 359 Daarenboven is het systeem voor octrooibeschermt zodanig opgezet dat octrooien weliswaar vanaf het moment van inschrijving worden verondersteld geldig te zijn (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 362), maar impliceert dit vermoeden van geldigheid niet automatisch dat alle op de markt gebrachte goederen een inbreukmakend karakter hebben (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 121 en 122). Zoals de Commissie in het bestreden besluit (zie punt 351 hierboven) terecht benadrukt, zonder dat dit specifiek door verzoeksters wordt betwist, bestaat er geen vermoeden van inbreuk en moet een dergelijke inbreuk



door een rechter worden vastgesteld. Zoals uit het arrest van 25 februari 1986, *Windsurfing International/Commissie* (193/83, EU:C:1986:75, punt 52), blijkt, zou een particuliere marktdeelnemer die houder van een octrooi is, indien hij zijn eigen oordeel over het bestaan van een inbreuk op zijn octrooirecht in de plaats zou kunnen stellen van dat van de bevoegde autoriteit, immers dat oordeel kunnen gebruiken om de beschermingsomvang van zijn octrooi uit te breiden (zie ook overweging 1171 en voetnoot 1642 van het bestreden besluit). Bijgevolg is het voor een marktdeelnemer mogelijk om het risico te nemen om met een product, waaronder een product dat mogelijk inbreuk op het geldende octrooi maakt, tot de markt toe te treden, aangezien die toetreding of lancering met risico (zie met name de overwegingen 75 en 1176 van het bestreden besluit) zou kunnen slagen indien de octrooihouder zou afzien van een vordering wegens inbreuk of indien die vordering, in het geval dat zij zou zijn ingesteld, zou worden afgewezen (zie in die zin arrest van 8 september 2016, *Lundbeck/Commissie*, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 128 en 165). Dienaangaande moet worden benadrukt dat die mogelijkheid om met risico tot de markt toe te treden weliswaar de vaststelling schraagt dat octrooien geen onoverkomelijke drempels voor de markttoetreding van generieke ondernemingen opwerpen, maar als zodanig niet impliceert dat die ondernemingen een reële en concrete toetredingsmogelijkheid hebben, die afhankelijk is van hun capaciteit en hun voornemen om tot een dergelijke toetreding met risico over te gaan.

- 360 Anders dan interveniënte stelt, weerlegt die benadering van de Commissie, op grond waarvan zij ervan uitgaat dat sprake is van potentiële mededinging tenzij de geldigheid van het octrooi door een rechter is bevestigd en de inbreuk op het geldige octrooi door een rechter is vastgesteld, niet het vermoeden van geldigheid van octrooien. Interviënte baseert zich namelijk op een onjuiste lezing van het bestreden besluit, aangezien de Commissie hierin (zie de punten 357 tot en met 359 hierboven) niet heeft overwogen dat het octrooi werd verondersteld ongeldig te zijn totdat een rechterlijk beslissing de geldigheid ervan en het bestaan van een inbreuk zou vaststellen, maar in dat besluit in wezen en terecht heeft overwogen dat het vermoeden van geldigheid van het octrooi tot aan de vaststelling van een dergelijke beslissing niet aan een markttoetreding met risico in de weg stond (overwegingen 1171 en 1176 van het bestreden besluit).
- 361 Benadrukt moet worden dat dit ontbreken van een vermoeden van inbreuk ook opgaat indien een bevoegde autoriteit het betrokken octrooi geldig heeft verklaard. Aangezien een octrooi als zodanig niet in de weg staat aan de daadwerkelijke of potentiële markttoetreding van concurrenten, sluit de geldigverklaring van dat octrooi, indien zij niet gepaard gaat met een verklaring van inbreuk, een dergelijke concurrentie immers evenmin uit. Anders dan verzoeksters stellen, volstaat de enkele geldigverklaring van het 947-octrooi bij de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 dus niet om de ontwikkeling van potentiële mededinging te verhinderen.
- 362 De door interveniënte aangehaalde rechtspraak doet niet aan die overwegingen af.
- 363 In de eerste plaats hadden de arresten van 15 september 1998, *European Night Services e.a./Commissie* (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, EU:T:1998:198), en 29 juni 2012, *E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie* (T-360/09, EU:T:2012:332), immers geen betrekking op intellectuele-eigendomsrechten, maar op exclusieve rechten die de betrokken dienstverrichting en de toegang tot de infrastructuur rechtens of feitelijk verhinderden. En al gesteld dat de in het arrest van 29 juni 2012, *E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie* (T-360/09, EU:T:2012:332, punt 102), genoemde „feitelijke territoriale monopolies” doen denken aan de exclusieve rechten die octrooien zijn (zie punt 234 hierboven), blijkt bovendien uit dat arrest dat het Gerecht het ontbreken van potentiële mededinging niet heeft afgeleid uit het enkele bestaan van die monopolies, maar uit het feit dat de Commissie niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat er ondanks die monopolies voor een andere gasleverancier een reële en concrete mogelijkheid bestond om tot de Duitse gasmarkt door te dringen, waarmee het heeft erkend dat dergelijke monopolies als zodanig niet volstaan om het bestaan van potentiële mededinging uit te sluiten (zie in die zin arrest van 29 juni 2012, *E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie*, T-360/09, EU:T:2012:332, punten 103 tot en met 107).

- 364 In de tweede plaats hebben de arresten van 31 mei 1979, Hugin Kassaregister en Hugin Cash Registers/Commissie (22/78, EU:C:1979:138), en 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie (T-83/91, EU:T:1994:246), weliswaar betrekking op intellectuele-eigendomsrechten en in het bijzonder, wat het tweede arrest betreft, op octrooien, maar kan hieruit evenwel niet worden afgeleid dat de betrokken octrooien en andere intellectuele-eigendomsrechten onoverkomelijke drempels voor een markttoetreding zouden opwerpen die het bestaan van potentiële mededinging uitsluiten. In het arrest van 31 mei 1979, Hugin Kassaregister en Hugin Cash Registers/Commissie (22/78, EU:C:1979:138, punt 9), heeft het Hof immers het bestaan van een monopolie – dat overigens door de verzoekende partij werd erkend – en aldus het ontbreken van daadwerkelijke mededinging op de markt van de door die partij vervaardigde onderdelen voor kasregisters afgeleid uit meerdere „commerciële redenen”, waaronder doch niet uitsluitend – zoals overigens meer uitdrukkelijk blijkt uit het rapport ter terechtzitting in die zaak (bladzijde 1885) – de wettelijke regelgeving van het Verenigd Koninkrijk op het gebied van tekeningen en modellen en op het gebied van auteursrecht. Evenzo klopt het dat het Gerecht in het arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie (T-83/91, EU:T:1994:246, punt 110), heeft overwogen dat de talrijke betrokken octrooien de komst van nieuwe concurrenten op de markt voor aseptische machines belemmerden. Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de octrooien als zodanig als onoverkomelijke drempels voor de toetreding tot de betrokken markt werden aangemerkt, gelet op het grote aantal betrokken octrooien, zoals door het Gerecht was benadrukt, op het bestaan van technologische barrières, die eveneens voor de vaststelling van drempels in aanmerking waren genomen, en bovenal op de aanwezigheid van een concurrent die 10 % van de betrokken markt in handen had.
- 365 Aan de voorgaande overwegingen wordt evenmin afgedaan door het eveneens door interveniënte aangevoerde artikel 9, lid 1, van richtlijn 2004/48, waarin is bepaald dat de lidstaten er zorg voor dragen dat de rechterlijke instanties tegen de vermeende inbreukmaker een voorlopig bevel kunnen uitvaardigen dat bedoeld is om een dreigende inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te voorkomen of tijdelijk voortzetting van de vermeende inbreuk op dat intellectuele-eigendomsrecht te verbieden.
- 366 Dergelijke voorlopige bevelen verhinderen inderdaad gedurende de in die bevelen vastgestelde duur de markttoetreding van een vermeende inbreukmaker en aldus de uitoefening van daadwerkelijke mededinging op die markt. Maar gelet op die voorlopige aard en het ontbreken van een definitieve beslissing tot vaststelling van een inbreuk, vormen die voorlopige bevelen wat betreft de vaststelling van een dergelijke inbreuk en het nemen van de opgelegde corrigerende maatregelen niettemin enkel tijdelijke drempels en geen onoverkomelijke drempels die eraan in de weg staan dat de stappen voor de verhandeling van het vermeende inbreukmakende product worden voltooid, en die aldus de ontwikkeling van potentiële mededinging verhinderen.
- 367 Gezien de beperkte onderzoekstijd die de bevoegde autoriteit heeft om haarbeslissing te nemen en de in artikel 9, lid 3, van richtlijn 2004/48 neergelegde voorwaarden voor het gelasten van een voorlopige maatregel, in het bijzonder de voldoende mate van zekerheid dat sprake is van een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, is de vaststelling van dergelijke voorlopige beslissingen immers slechts gebaseerd op een eerste, noodzakelijkerwijs summiere beoordeling van de vermeende inbreuk, die na een diepgaander onderzoek van de vereiste voorwaarden voor de vaststelling van het bestaan van een inbreuk moet worden bevestigd of in voorkomend geval moet worden verworpen. De betrokken generieke ondernemingen hebben bovendien de mogelijkheid te verhinderen dat een ongunstige beslissing wordt vastgesteld, niet enkel door middel van een verweer in het kader van de bodemprocedure, maar ook door gelijktijdig de geldigheid van het betrokken octrooi te betwisten via een reconventionele vordering tot nietigverklaring van dat octrooi. Aldus kan, met name gelet op de vaststelling van voorlopige bevelen ten aanzien van andere generieke ondernemingen, niet louter op basis van de vaststelling van een dergelijke voorlopige beslissing en al helemaal niet op basis van het enkele risico dat een dergelijk bevel wordt vastgesteld, worden uitgesloten dat de generieke onderneming waartegen dat type beslissing daadwerkelijk of mogelijk is gericht een potentiële concurrent is.

368 Bovendien heeft ook een beslissing ten gronde waarbij het bestaan van een inbreuk zou worden vastgesteld een voorlopig karakter zolang de mogelijke rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Anders dan interveniënte stelt, heeft de Commissie in de overwegingen 1132 en 1169 van het bestreden besluit immers terecht overwogen dat de betwisting van octrooien en van beslissingen met betrekking tot die octrooien een „uitdrukking [...] van de mededinging” op octrooigebied vormde. Gelet op het risico van inbreuk waaraan iedere generieke onderneming blootstaat en de onbevoegdheid van particuliere marktdeelnemers om over het bestaan van de inbreuk te oordelen, zoals hiervoor is opgemerkt (zie punt 359 hierboven), is de rechtsvordering immers één van de middelen waarover de generieke onderneming beschikt om dat risico te beperken en tot de markt toe te treden, hetzij door de verkrijging van een verklaring van niet-inbreuk, hetzij door de verkrijging van een ongeldigverklaring van het octrooi waarop mogelijk inbreuk wordt gemaakt (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 122). Hieruit volgt tevens dat zolang er voor de generieke onderneming rechtsmiddelen openstaan waarmee zij de betrokken octrooien en de inbreuk hierop kan betwisten en aldus tot de markt kan toetreden, kan worden overwogen dat die octrooien in beginsel geen onoverkomelijke drempels voor die toetreding zijn.

Veronachtzaming van de richtsnoeren van 2004 en 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht

369 De overweging dat de Commissie in het bestreden besluit is voorbijgegaan aan de richtsnoeren van 2004 en 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht kan, gesteld al dat die richtsnoeren in casu van toepassing zijn, niet worden gevolgd.

370 Ten eerste is in de beslissingen waarbij de geldigheid van de betrokken octrooien is vastgesteld en met name in de beslissing van het EOB van 27 juli 2006, anders dan verzoeksters en interveniënte stellen, geen „blokkeringspositie” als gevolg van de octrooien aangetoond, die volgens de richtsnoeren van 2004 en 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht de ontwikkeling van potentiële mededinging verhindert. Zowel in de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht (punt 32) als in die van 2014 (punt 32) worden blokkeringsposities immers omschreven als situaties waarin een marktdeelnemer de markt niet kan betreden zonder inbreuk te maken op de intellectuele-eigendomsrechten van een andere marktdeelnemer. Er zij evenwel aan herinnerd dat beslissingen waarbij de geldigheid van een octrooi wordt vastgesteld als zodanig niet in de weg staan aan een markttoetreding met risico, en dat die markttoetreding uitsluitend zou kunnen worden verhinderd door een beslissing waarbij een schending van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht, dat wil zeggen een inbreuk op het betrokken octrooi, wordt vastgesteld (zie de punten 359 en 361 hierboven). Zo verwijzen de „rechterlijke beslissingen” die in de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht worden genoemd (punt 32) en de in de richtsnoeren van 2014 (punt 33) vermelde „definitieve beslissing[en]” die het bestaan van een blokkeringspositie onomstotelijk bewijzen, niet naar beslissingen waarbij de geldigheid van een octrooi wordt vastgesteld, maar naar beslissingen waarbij de inbreuk op dat octrooi wordt vastgesteld.

371 Ten tweede is de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, evenmin voorbijgegaan aan de in de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht opgenomen aanbevelingen voor het onderzoeken van de potentiële mededinging bij het ontbreken van een bij een rechterlijke beslissing vastgestelde blokkeringspositie. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een marktdeelnemer ingevolge punt 31 van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht „wordt geacht een potentiële concurrent op de productmarkt te zijn indien het waarschijnlijk is dat hij zonder de overeenkomst de vereiste extra investeringen zou verrichten om bij een geringe maar duurzame stijging van de productprijzen de relevante markt te betreden”, en „[e]n

waarschijnlijke markttoetreding [...] op grond van realistische overwegingen [moet] worden beoordeeld, d.w.z. op basis van de feiten van de zaak in kwestie”. Bovendien is in punt 33 van diezelfde richtsnoeren het volgende gepreciseerd:

„Indien er geen zekerheid is over het bestaan van een blokkeringspositie, bijvoorbeeld wanneer het gerecht geen definitieve beslissing heeft genomen, moeten de partijen, om de vraag te beantwoorden of zij potentiële concurrenten zijn, zich baseren op al het op dat ogenblik beschikbare bewijsmateriaal, met inbegrip van de mogelijkheid dat inbreuk wordt gemaakt op intellectuele-eigendomsrechten en de vraag of er mogelijkheden bestaan om de bestaande intellectuele-eigendomsrechten te omzeilen. Aanzienlijke reeds gedane investeringen of vergevorderde plannen om een bepaalde markt te betreden, kunnen de stelling ondersteunen dat de partijen minstens potentiële concurrenten zijn, zelfs indien een blokkeringspositie niet kan worden uitgesloten.”

372 Zoals blijkt uit de punten 323 en 325 hierboven, heeft de Commissie in casu het criterium van de reële en concrete mogelijkheid toegepast teneinde te bewijzen dat de betrokken generieke ondernemingen potentiële concurrenten waren, en zich aldus niet gebaseerd op het ontbreken van de onmogelijkheid van toetreding, maar, overeenkomstig de voornoemde punten van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, op de waarschijnlijkheid van toetreding, waarvan de beoordeling berust op realistische overwegingen en beschikbare gegevens met betrekking tot onder meer het bestaan van rechtsgedingen tussen de partijen, het ontwikkelingsstadium van hun producten en hun stappen voor de verkrijging van VHB's (zie ook de punten 432 tot en met 438, 579 tot en met 585 en 718 tot en met 722 hierna). Bovendien zullen de argumenten van verzoeksters, indien zij aldus zouden moeten worden uitgelegd dat zij gericht zijn tegen de vaststelling door de Commissie van een waarschijnlijkheid van markttoetreding van de generieke ondernemingen, hierna worden onderzocht in het kader van de behandeling van de grieven ter betwisting van de kwalificatie van iedere onderneming afzonderlijk als potentiële concurrent.

373 Hieraan moet tevens worden toegevoegd dat, anders dan interveniënte stelt, juist uit dat door de Commissie verrichte onderzoek van een waarschijnlijkheid van markttoetreding van de generieke ondernemingen, dat vereist is op grond van de richtsnoeren van 2004 en die van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, blijkt dat het bestaan van potentiële mededinging niet zonder meer uit de vastgestelde afwezigheid van een blokkeringspositie volgt, maar moet worden bewezen aan de hand van een daadwerkelijke analyse die tot de vaststelling kan leiden dat een onderneming, ondanks het ontbreken van een uit de octrooien voortvloeiende blokkeringspositie, geen potentiële concurrent is.

#### Tegenstrijdigheid in het bestreden besluit

374 Volgens verzoeksters is het standpunt van de Commissie in strijd met haar beoordelingen in het bestreden besluit die betrekking hebben op het misbruik van machtspositie door Servier. In het bijzonder verwijten zij haar de tegenstrijdige wijze waarop zij in het gedeelte van het bestreden besluit aangaande het misbruik van machtspositie door Servier heeft erkend dat de octrooien van Servier de generieke ondernemingen konden uitsluiten (overwegingen 2572, 2857 en 2972) en in het gedeelte van het bestreden besluit betreffende artikel 101 VWEU het uit die octrooien voortvloeiende risico op marktuitsluiting van de generieke ondernemingen van de hand heeft gewezen.

375 Die beweerde tegenstrijdigheid kan op voorhand worden verworpen, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de door de Commissie verrichte afbakening van de relevante markten in het kader van haar onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van de litigieuze overeenkomsten en van het misbruik van machtspositie door Servier.

376 Ten eerste moet namelijk worden opgemerkt dat, hoewel de Commissie in het bestreden besluit (overwegingen 2857 en 2972) inderdaad heeft vastgesteld dat een daadwerkelijk levensvatbare bron van mededinging op de markt ontbreekt, het begrip „levensvatbaarheid” dat in die overwegingen is



gebruikt voor de afbakening van de betrokken markt – dat wil zeggen de markt die voorafgaat aan de technologie voor de vervaardiging van het WFB van perindopril – en voor de vaststelling op grond van artikel 102 VWEU van het bestaan van een machtspositie op die markt, verschilt van het begrip dat in het kader van de toepassing van artikel 101 VWEU wordt gebruikt voor de vaststelling van het economisch levensvatbare karakter van een markttoetreding. Het door de Commissie gebruikte begrip is namelijk omvangrijker en strekt zich uit tot een „economische en reglementaire levensvatbaarheid” en die reglementaire levensvatbaarheid wordt als strikt uitgesloten beschouwd, aangezien er een octrooi op de markt bestaat dat eraan in de weg staat dat de betrokken technologie als een technologie kan worden beschouwd die de door het octrooi beschermde technologie kan vervangen (voetnoot 3386 van het bestreden besluit; zie ook overwegingen 2748 en 2754 van het bestreden besluit). Voorts kan, teneinde in casu de relevantie van de beoordelingen die de Commissie in de overwegingen 2857 en 2972 van het bestreden besluit heeft verricht uit te sluiten, nog worden opgemerkt dat zij betrekking hebben op een daadwerkelijk bestaande mededinging op de betrokken markt en niet op het perspectief op markttoetreding van potentiële concurrenten.

- 377 Ten tweede moet er bovendien op worden gewezen dat de Commissie in de andere door verzoeksters en interveniënte aangehaalde fragmenten van het bestreden besluit (overwegingen 2571 en 2572) die betrekking hebben op de afbakening van de markt van het eindproduct en op de vaststelling van het bestaan van een machtspositie op die markt, in wezen heeft overwogen dat de octrooien van Servier belangrijke, doch geen absolute markttoetredingsdrempels vormden, hetgeen in overeenstemming is met haar beoordeling van potentiële mededinging op die markt.

Tegenstrijdigheid tussen het bestreden besluit en andere besluiten van de Commissie

- 378 Volgens verzoeksters en interveniënte is het standpunt van de Commissie in strijd met bepaalde eerdere besluiten [beschikking van 94/770/EG van de Commissie van 6 oktober 1994 inzake een procedure op grond van artikel (101 VWEU) en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak IV/34.776 – Pasteur Mérieux/Merck) en besluit C(2013) 8535 final van de Commissie van 26 november 2013 inzake een procedure die is ingeleid op grond van artikel 6 van verordening nr. 139/2004 (zaak COMP/M.6944 – Thermo Fisher Scientific/Life Technologies)]. Terwijl de Commissie in die andere besluiten uit het bestaan van octrooien of geschillen inzake octrooien had afgeleid dat de generieke ondernemingen geen sterke concurrentiedruk uitoefenden, heeft zij in het bestreden besluit ondanks het bestaan van diezelfde geschillen, die tot de marktuitsluiting van de generieke ondernemingen konden leiden, overwogen dat zij potentiële concurrenten van Servier waren die een sterke concurrentiedruk op het perindopril van Servier konden uitoefenen.
- 379 Dienaangaande moet worden overwogen dat het bestreden besluit hoe dan ook niet tegenstrijdig is met de door verzoeksters en interveniënte aangehaalde besluiten van de Commissie. Allereerst zij er immers aan herinnerd dat, voor zover octrooien in beginsel geen onoverkomelijke drempels voor de markttoetreding van een concurrent vormen, maar naargelang van de uitkomst van het octrooigeding dergelijke drempels kunnen opwerpen en gevolgen kunnen hebben voor de reële en concrete toetredingsmogelijkheid (zie de punten 359 tot en met 368 hierboven en de punten 442 tot en met 453, 589 tot en met 597 en 726 tot en met 735 hierna), het niet uitgesloten is dat de Commissie zich in sommige van haar besluiten, en met name in de twee voornoemde besluiten, op het bestaan van octrooien heeft kunnen baseren teneinde hieruit af te leiden dat geen sprake was van potentiële mededinging. Voorts moet worden opgemerkt dat de Commissie zich in die twee besluiten voor de vaststelling van het bestaan van markttoetredingsdrempels of van het ontbreken van potentiële mededinging niet alleen op het bestaan van octrooien of geschillen inzake octrooien heeft gebaseerd, maar ook op andere factoren, zoals de moeilijkheid om VHB's te verkrijgen, de hoogte van de vereiste investeringen of de bestaande commerciële betrekkingen, zodat niet kan worden geconcludeerd dat het bestaan van octrooien of geschillen inzake octrooien als zodanig aan de ontwikkeling van potentiële mededinging in de weg staat.

- 380 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt door te overwegen dat de octrooien van Servier in casu geen onoverkomelijke drempels voor de markttoetreding van de generieke ondernemingen vormden. Op de datum van de sluiting van de litigieuze overeenkomsten bestond er immers geen enkele definitieve beslissing in het kader van een inbreukprocedure waarbij was vastgesteld dat de producten van die ondernemingen een inbreukmakend karakter hadden.
- 381 Bijgevolg moet nog worden nagegaan of de Commissie eveneens terecht heeft overwogen dat de afzonderlijke generieke ondernemingen, gelet op hun specifieke kenmerken, de reële en concrete mogelijkheid hadden om tot de betrokken markt toe te treden, en moet daartoe in het kader van het betoog dat specifiek betrekking heeft op elke afzonderlijke litigieuze overeenkomst worden ingegaan op de argumenten die het bestaan van dergelijke vergevorderde mogelijkheden betwisten. Vooraf dient te worden gepreciseerd dat de grieven die zijn gericht tegen de door de Commissie verrichte beoordeling van de reële en concrete markttoetredingsmogelijkheid van de generieke ondernemingen moeten worden onderzocht in het licht van de vier volgende beginselen en overwegingen.
- 382 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat uit de rechtspraak inzake de vaststelling van het bestaan van een reële en concrete markttoetredingsmogelijkheid (zie punt 318 hierboven) naar voren komt dat de beoordeling van een potentiële concurrent hoofdzakelijk moet berusten op de capaciteit van een onderneming om tot die markt toe te treden, en dat haar voornemen om tot die markt toe te treden weliswaar relevant is om te beoordelen of zij als een potentiële concurrent kan worden aangemerkt, maar in dat kader slechts van bijkomend belang is. Meer in het bijzonder is het voornemen om tot een markt toe te treden niet noodzakelijk voor de erkenning van het bestaan van potentiële mededinging op die markt (arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie*, T-461/07, EU:T:2011:181, punt 169) en kan het die erkenning evenmin weerleggen, maar als dat voornemen is bewezen, kan het de capaciteit om tot de markt toe te treden evenwel staven en aldus bijdragen tot de kwalificatie van een bepaalde marktdeelnemer als potentiële concurrent.
- 383 Hieruit volgt tevens dat het uit die rechtspraak voortvloeiende criterium op grond waarvan de markttoetreding moet overeenkomen met een levensvatbare economische strategie, geen autonoom criterium is dat losstaat van het hoofdcriterium van de capaciteit om tot de markt toe te treden en van het bijkomende criterium van het voornemen om toe te treden (zie in die zin arrest van 8 september 2016, *Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie*, T-471/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:460, punt 81). Ten eerste wordt dat criterium in de betrokken arresten immers aangehaald als een uitleg van de reële en concrete aard van de mogelijkheid om tot de markt toe te treden en gaat het vooraf aan de bespreking van het hoofdcriterium van de capaciteit om tot de markt toe te treden en van het bijkomende criterium van het voornemen om toe te treden, die worden gepresenteerd als hieruit „noodzakelijkerwijs voortvloei[end]”. Ten tweede wordt dat criterium in diezelfde arresten niet afzonderlijk en onafhankelijk van de beoordeling van de capaciteit en het voornemen om tot de markt toe te treden onderzocht, aangezien uit het feit dat een onderneming – gezien haar productiemiddelen, verkoopmiddelen en financiële middelen – de capaciteit heeft om tot de markt toe te treden en bovendien – gezien het perspectief op winst en rentabiliteit – het voornemen heeft om toe te treden, redelijkerwijs kan worden afgeleid dat die toetreding overeenstemt met een levensvatbare economische strategie voor de betrokken onderneming.
- 384 In de tweede plaats kunnen, zoals de Commissie in het bestreden besluit terecht heeft overwogen (overweging 1172; zie ook punt 351 hierboven), de door de partijen zelf verrichte beoordelingen van de mogelijke ongeldigheid van of de mogelijke inbreuk op de octrooien van verzoeksters in aanmerking worden genomen voor de vaststelling of de generieke ondernemingen de reële en concrete mogelijkheid hadden om tot de markt toe te treden (zie in die zin arrest van 8 september 2016, *Lundbeck/Commissie*, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 141). Bij het ontbreken van een beslissing van een openbare autoriteit waarbij de inbreuk op en de geldigheid van de octrooien van Servier zijn vastgesteld, kunnen de door de partijen zelf verrichte

beoordelingen van de mogelijke ongeldigverklaring van of de mogelijke inbreuk op die octrooien immers aanwijzingen geven over de bedoelingen van die partijen, met name wat gerechtelijke procedures betreft. Die beoordelingen kunnen, wanneer zij door de generieke ondernemingen zijn verricht, gelet op hun subjectieve perceptie van de betrokken octrooien, met name bijdragen tot de vaststelling van hun voornemen om tot de markt toe te treden, maar als zodanig niet tot de vaststelling van hun capaciteit om tot de markt toe te treden, gelet op de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties en die van het EOB om de inbreuk op en de geldigheid van octrooien vast te stellen (zie de punten 243 en 359 hierboven). Aangezien het voornemen wordt beschouwd als een relevant criterium voor de vaststelling van de reële en concrete mogelijkheid om tot de markt toe te treden (zie punt 382 hierboven), kunnen de subjectieve beoordelingen van de partijen dus op goede gronden in aanmerking worden genomen om een dergelijke mogelijkheid te bewijzen. Niettemin moet worden gepreciseerd dat, voor zover het voornemen om tot een markt toe te treden weliswaar relevant is om na te gaan of een onderneming als een potentiële concurrent kan worden aangemerkt, maar evenwel slechts van bijkomend belang is, die beoordelingen eveneens slechts van bijkomend belang zijn voor de kwalificatie van die onderneming als potentiële concurrent. Daarenboven moeten zij worden vergeleken met ander bewijsmateriaal, waarmee ook kan worden aangetoond dat een onderneming het voornemen heeft om tot een markt toe te treden.

385 In de derde plaats moet de reële en concrete markttoetredingsmogelijkheid zoals die op de datum van de sluiting van de litigieuze overeenkomsten bestond, worden beoordeeld [zie in die zin arresten van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 138, 139 en 203, en 8 september 2016, Sun Pharmaceutical Industries en Ranbaxy (UK)/Commissie, T-460/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:453, punten 94 en 95]. Teneinde vast te stellen of dergelijke overeenkomsten mededingingsbeperkingen zijn in de zin van artikel 101 VWEU moet immers worden nagegaan wat ten tijde van de sluiting van die overeenkomsten de daadwerkelijke of potentiële mededinging op de betrokken markt was. Hieruit volgt dat de argumenten en de documenten met betrekking tot gegevens die dateren van na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten niet in aanmerking kunnen worden genomen, aangezien dergelijke gegevens een beeld geven van de uitvoering van die overeenkomsten en niet van de stand van de concurrentie op de markt ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten.

386 In de vierde plaats staat het aan de Commissie om het bestaan van een reële en concrete mogelijkheid van een concurrent om tot de markt toe te treden, alsook, in ruimere zin, het bestaan van een inbreuk (artikel 2 van verordening nr. 1/2003) te bewijzen (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 105). Voor zover de gegevens waarmee kan worden bewezen dat de generieke ondernemingen de capaciteit en het voornemen hadden en aldus over de reële en concrete mogelijkheid beschikten om tot de markt toe te treden voor het overgrote deel echter interne gegevens van die ondernemingen zijn, die in de beste positie verkeren om die gegevens te verzamelen, moet worden overwogen dat de Commissie bij het ontbreken van tegenbewijs voor de technische, reglementaire, commerciële of financiële moeilijkheden, het bestaan van die mogelijkheid in de omstandigheden van het onderhavige geval genoegzaam heeft aangetoond indien zij een reeks van onderling overeenstemmende aanwijzingen heeft verzameld waaruit in ieder geval blijkt dat de stappen voor de productie en de verhandeling van het betrokken product op een voldoende korte termijn zijn genomen om een druk uit te oefenen op de op de markt aanwezige marktdeelnemer. Uit dergelijke stappen kan immers worden afgeleid dat de betrokken onderneming niet alleen de capaciteit, maar ook het voornemen had om met risico tot de markt toe te treden (zie in die zin punt 33 van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht; zie in die zin ook arrest van 8 september 2016, Arrow Group en Arrow Generics/Commissie, T-467/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:450, punt 81).

2)  *criterium van de toezegging van de generieke ondernemingen om hun autonome inspanningen om tot de markt toe te treden te beperken*

i)  *Argumenten van partijen*

[omissis]

ii)  *Beoordeling door het Gerecht*

- 391 Allereerst moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit geen op zichzelf staand onderzoek heeft verricht van de algemene wettigheid van de niet-betwistingsbedingen en de verhandelingsverboden. Uit overweging 1154 van het bestreden besluit blijkt immers dat de Commissie, voor de vaststelling of de betrokken overeenkomsten mededingingsbeperkingen naar strekking waren, niet enkel heeft onderzocht of die overeenkomsten niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden bevatten, maar ook is nagegaan of de partijen bij de schikking potentiële concurrenten waren en of de niet-betwistingsbedingen en de verhandelingsverboden waren gebaseerd op een waardeoverdracht door het originatorlaboratorium ten gunste van de generieke onderneming, die voor die onderneming een prikkel vormde om af te zien van het uitoefenen van een concurrentiedruk op de onderneming die houdster van het octrooi was. De grief van verzoeksters en interveniënte dat de Commissie zou hebben overwogen dat de enkele aanwezigheid van een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod in een schikkingsovereenkomst zou volstaan om het mededingingsbeperkende karakter ervan aan te tonen, kan dan ook niet slagen.
- 392 Voorts moet aangaande de argumenten van verzoeksters en interveniënte met betrekking tot de noodzakelijke aanwezigheid van een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod in iedere schikkingsovereenkomst worden verwezen naar de overwegingen in de punten 258 tot en met 275 hierboven, waarin de voorwaarden zijn uiteengezet op basis waarvan de Commissie, in aanwezigheid van dergelijke bedingen, het bestaan van een beperking naar strekking kan vaststellen.
- 393 De argumenten van verzoeksters en interveniënte betreffende de toepassing in casu van de theorie van de nevenrestricties moeten onder verwijzing naar punt 291 hierboven worden verworpen.
- 394 Wat betreft het argument van verzoeksters dat de Commissie reeds een overeenkomst waarbij een generieke onderneming in afwachting van de beslechting van een parallel geding werd verplicht de markt te verlaten in ruil voor een schadevergoeding die zou worden uitgekeerd bij een ongunstige uitkomst van dat geding als niet-problematisch heeft aangemerkt, zij eraan herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling, dat een algemeen beginsel van het Unierecht vormt, volgens de rechtspraak vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (arresten van 13 december 1984, *Sermide*, 106/83, EU:C:1984:394, punt 28, en 14 mei 1998, *BPB de Eendracht/Commissie*, T-311/94, EU:T:1998:93, punt 309).
- 395 Niettemin moet worden benadrukt dat zodra een onderneming door haar gedrag artikel 101, lid 1, VWEU heeft geschonden, zij zich niet aan een sanctie kan onttrekken met het argument dat een andere onderneming geen geldboete is opgelegd. Gesteld al dat de Commissie een fout heeft gemaakt door te overwegen dat de *Lundbeck-Neolab*-overeenkomsten verenigbaar waren met artikel 101, lid 1, VWEU, dan zou de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling zich moeten verdragen met de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel volgens hetwelk niemand zich in zijn voordeel kan beroepen op een onrechtmatigheid die is begaan ten gunste van een ander (arresten van 31 maart 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C-129/85, EU:C:1993:120, punt 197, en 14 juli 1994, *Parker Pen/Commissie*, T-77/92, EU:T:1994:85, punt 86).



- 396 Hoe dan ook bestaan er grote verschillen tussen de litigieuze overeenkomsten en de Lundbeck-Neolab-overeenkomsten, die de Commissie als niet-problematisch ten aanzien van het mededingingsrecht heeft aangemerkt in besluit C(2013) 3803 final van 19 juni 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 [VWEU] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak AT/39226 – Lundbeck). Uit overweging 164 van dat besluit blijkt namelijk dat Neolab in oktober 2002 tot de markt van citalopram in het Verenigd Koninkrijk was toegetreden, dat Lundbeck in november 2002 een procedure wegens inbreuk op één van haar octrooien had ingesteld en dat Neolab vervolgens een reconventionele vordering tot nietigverklaring van het litigieuze octrooi had ingesteld. Bij wege van een vrijwillige maatregel („voluntary injunction”) die in het kader van de nationale gerechtelijke procedure was vastgesteld, had Neolab bij een eerste overeenkomst toegezegd om af te zien van de verhandeling van haar generieke product tot aan de rechterlijke uitspraak in een parallelle zaak tussen Lundbeck en de vennootschap Lagap inzake hetzelfde octrooi, en uiterlijk tot 30 november 2003. Als tegenprestatie had Lundbeck toegezegd om Neolab een schadevergoeding te betalen indien het betrokken octrooi ongeldig zou worden verklaard. Lundbeck en Lagap hebben op 13 oktober 2003 evenwel een schikking getroffen, waarna Lundbeck en Neolab van hun verplichtingen waren bevrijd en Neolab op 30 oktober 2003 de verkoop van haar generieke product heeft hervat. Op 22 december 2003 hebben Neolab en Lundbeck bij een tweede overeenkomst een schikking getroffen die voorzag in de betaling van een schadevergoeding door Lundbeck aan Neolab ter compensatie van het niet kunnen verhandelen van het generieke product in de periode dat de vrijwillige maatregel van kracht was, alsook in de toezegging door beide partijen bij de overeenkomst om tot 31 maart 2004 af te zien van de voortzetting van het geschil inzake de inbreuk op en de ongeldigheid van het litigieuze octrooi.
- 397 De eerste overeenkomst verschilde van de overeenkomsten die in casu aan de orde zijn, aangezien die overeenkomst na een eerste markttoetreding van de generieke onderneming was gesloten, de betrokken beperking het gevolg leek te zijn van een rechterlijk bevel, het voorwerp ervan enkel een verhandelingsverbod gedurende een beperkte periode was – namelijk tot aan de beslechting van een geding met hetzelfde voorwerp – en zij enkel in de uitkering van een schadevergoeding door de originator-onderneming voorzag indien haar octrooi zou worden ongeldig verklaard.
- 398 De tweede overeenkomst voorzag weliswaar wel in een betaling door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming, maar verschilde niettemin ook van de litigieuze overeenkomsten, voor zover de generieke onderneming ten tijde van de sluiting van die overeenkomst reeds op de markt aanwezig was en die overeenkomst geen nadelige gevolgen had voor die aanwezigheid op de markt. Daarenboven was de betaling van de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming enkel bedoeld ter compensatie van het niet kunnen verhandelen van het generieke product in de periode dat de vrijwillige maatregel van kracht was, en beoogde zij aldus te voorkomen dat Neolab op die grond een vordering tot schadevergoeding zou instellen.
- 399 Wat tot slot nog het argument van verzoeksters betreft dat het aan de Commissie is om te bewijzen dat de voortzetting van een geschil noodzakelijk en toereikend is ter waarborging van de mededinging om de onderbreking van een geschil als een beperking van de mededinging te beschouwen, zij eraan herinnerd dat de definitie van mededingingsbeperking naar strekking (zie de punten 220 en verder hierboven) niet van de Commissie verlangt dat zij nagaat in hoeverre de mededinging door de litigieuze overeenkomst kan worden aangetast, noch dat zij bewijst dat de voortzetting van een geschil noodzakelijk zou zijn om de mededinging te waarborgen.

### *3) Criterium van de waardeoverdracht ten gunste van de generieke ondernemingen*

#### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

*ii) Beoordeling door het Gerecht*

- 406 Vooraf moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft overwogen dat de enkele aanwezigheid van een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming als zodanig zou volstaan om te bewijzen dat de mededinging voldoende nadelig wordt beïnvloed. Uit overweging 1154 van het bestreden besluit blijkt immers dat de Commissie voor de vaststelling of de betrokken overeenkomsten mededingingsbeperkingen naar strekking waren, is nagegaan of de partijen bij de schikkingen potentiële concurrenten waren, of die overeenkomsten niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden bevatten en of de originator-onderneming de niet-verhandelings- en de niet-betwistingstoezegging van de generieke onderneming in ruil voor een waardeoverdracht had verkregen (zie ook de punten 265 tot en met 272 hierboven).
- 407 Bovendien blijkt uit de punten 265 tot en met 273 hierboven dat in het kader van een tussen twee potentiële concurrenten gesloten schikkingsovereenkomst op octrooigebied waarin een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding zijn opgenomen, het enkele bestaan van een prikkel voor de generieke onderneming om met die bedingen in te stemmen volstaat om een beperking naar strekking vast te stellen.
- 408 De door verzoeksters en interveniënte aangevoerde argumenten kunnen niet aan die vaststelling afdoen.
- 409 In de eerste plaats moet aangaande het argument dat originatorfabrikanten in het kader van schikkingen grotere concessies moeten doen dan generieke ondernemingen vanwege de grotere risico's op gerechtelijke procedures waaraan eerstgenoemden zouden blootstaan, worden vastgesteld dat verzoeksters, zoals de Commissie benadrukt, geen enkel bewijs ter staving van die bewering hebben aangedragen en hebben volstaan met een verwijzing naar hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Bovendien zou een dergelijk groter risico voor de originator-onderneming, gesteld al dat het bestaan ervan vaststaat, als zodanig niet een waardeoverdracht in omgekeerde richting kunnen rechtvaardigen die voor de generieke onderneming een prikkel is om af te zien van haar inspanningen om tot de markt toe te treden.
- 410 Wat betreft de argumenten van interveniënte dat de nationale systemen voor de vaststelling van de geneesmiddelenprijzen ongunstig zouden zijn voor de originatorfabrikanten, en de nationale rechterlijke mechanismen geen doeltreffende oplossing kunnen bieden voor de markttoetredingen met risico van generieke ondernemingen, zij eraan herinnerd dat die omstandigheden, zelfs al zouden zij aannemelijk zijn gemaakt, geen rechtvaardiging kunnen vormen voor een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking. Volgens vaste rechtspraak is het immers onacceptabel dat ondernemingen de gevolgen van rechtsregels die zij al te ongunstig achten, trachten te neutraliseren door mededingingsregelingen die ten doel hebben die nadelen te corrigeren, onder het voorwendsel dat die regels een onevenwichtigheid in hun nadeel veroorzaken (arrest van 27 juli 2005, Brasserie nationale e.a./Commissie, T-49/02–T-51/02, EU:T:2005:298, punt 81; zie in die zin ook arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582, punten 487 en 488).
- 411 Wat betreft de argumenten van verzoeksters dat de Commissie voor de beoordeling of de waardeoverdracht een prikkel was, rekening had moeten houden met de commerciële overwegingen en de winstvooruitzichten van de partijen bij de schikkingen, blijkt uit punt 277 hierboven dat de Commissie, teneinde vast te stellen of de waardeoverdracht door de originatoronderneming ten gunste van de generieke onderneming al dan niet een prikkel was om in te stemmen met een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod, terecht heeft onderzocht of de waardeoverdracht overeenkwam met de door de generieke onderneming gedragen specifieke kosten van de schikking.

Het relevante criterium is aldus de vaststelling van de door de generieke onderneming gedragen kosten die inherent zijn aan de schikking en niet de inaanmerkingneming van de commerciële overwegingen van de partijen bij de schikking.

- 412 Verder moet met betrekking tot alle in de drie voorgaande punten genoemde argumenten nog worden opgemerkt dat het feit dat mededingingsversturend gedrag voor een onderneming de meest winstgevende of de minst risicovolle oplossing kan blijken te zijn, geenszins de toepassing van artikel 101 VWEU uitsluit (zie in die zin arrest van 8 juli 2004, Corus UK/Commissie, T-48/00, EU:T:2004:219, punt 73, en 8 juli 2004, Dalmine/Commissie, T-50/00, EU:T:2004:220, punt 211), met name wanneer daadwerkelijke of potentiële concurrenten worden betaald om van de markt te blijven (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 379 en 380).
- 413 In de tweede plaats kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten dat zij een uitzondering op de drie in overweging 1154 van het bestreden besluit in herinnering gebrachte criteria heeft gemaakt, door de overeenkomsten inzake de vroegtijdige markttoetreding van de generieke ondernemingen als rechtmatig aan te merken terwijl zij een aanzienlijke prikkel zouden bevatten. Uit de overwegingen 1138, 1200 en 1203 van het bestreden besluit blijkt immers dat de Commissie enkel heeft opgemerkt dat een schikkingsovereenkomst op grond waarvan een generieke onderneming vóór het verstrijken van het litigieuze octrooi tot de markt mag toetreden, gunstig voor de mededinging en bijgevolg rechtmatig kon zijn. De partijen bepalen in een dergelijke overeenkomst weliswaar een datum voor de vroegtijdige markttoetreding van de generieke onderneming, maar voorzien evenwel niet in een prikkel waarmee de originator-onderneming de generieke onderneming ertoe aanzet om het op de markt brengen van haar product uit te stellen.
- 414 Bovendien kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten geen onderzoek te hebben uitgevoerd naar de 57 schikkingen die zij in haar jaarlijkse controleverslagen heeft geïnventariseerd en waarin een waardeoverdracht was overeengekomen. Ten eerste zij er immers aan herinnerd dat zodra een onderneming door haar gedrag artikel 101, lid 1, VWEU heeft geschonden, zij zich niet aan een sanctie kan onttrekken met het argument dat een andere onderneming geen geldboete is opgelegd, aangezien de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling zich moet verdragen met de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel volgens hetwelk niemand zich in zijn voordeel kan beroepen op een onrechtmatigheid die is begaan ten gunste van een ander (zie punt 395 hierboven). Ten tweede kan een schikkingsovereenkomst inzake een octrooigeschil niet enkel vanwege een hierin opgenomen waardeoverdracht door de originatoronderneming ten gunste van de generieke onderneming als onrechtmatig worden aangemerkt: in haar bestreden besluit heeft de Commissie niet die benadering gehanteerd, maar terecht onderzocht of de partijen bij de schikkingen potentiële concurrenten waren, of die overeenkomsten niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden bevatten en of de originator-onderneming de niet-verhandelings- en niet-betwistingstoezegging van de generieke onderneming in ruil voor een waardeoverdracht had verkregen (zie punt 406 hierboven).
- 415 In de derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie een ruime definitie van „aanzienlijke waardeoverdracht” te hebben gedehanteerd door rekening te houden met nevenovereenkomsten die tegen marktvoorwaarden waren gesloten. De door de originator-onderneming verschaftte prikkel om in te stemmen met de verhandelingsverboden en de niet-betwistingsbedingen kan niettemin, zoals de Commissie in overweging 1190 van het bestreden besluit terecht heeft aangegeven, de vorm aannemen van een nevenovereenkomst bij de schikkingsovereenkomst. Hoewel nevenovereenkomsten gangbare commerciële overeenkomsten zijn die op zichzelf zouden kunnen bestaan, heeft de Commissie in casu terecht onderzocht of bepaalde nevenovereenkomsten die integraal onderdeel uitmaakten van de schikkingsovereenkomsten inzake de betrokken geschillen, waardeoverdrachten door de octrooihouder ten gunste van de generieke onderneming inhielden.

- 416 In de vierde plaats verwijten verzoeksters de Commissie dat zij de prikkels voor de generieke ondernemingen om het geschil voort te zetten enkel in aanmerking heeft genomen in het kader van de analyse van de potentiële mededinging en niet in het kader van de beoordeling van de waardeoverdracht. Niettemin blijkt uit punt 277 hierboven dat de Commissie, voor de vaststelling of de waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming al dan niet een prikkel was om in te stemmen met een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod, terecht heeft onderzocht of de waardeoverdracht overeenkwam met de door de generieke onderneming gedragen specifieke kosten van de schikking. Het relevante criterium is aldus de vaststelling van de door de generieke onderneming gedragen kosten die inherent zijn aan de schikking en niet de eventuele informatie-asymmetrie tussen de partijen of hun respectieve commerciële belangen.
- 417 Tot slot verwijten verzoeksters de Commissie geen rekening te hebben gehouden met bepaalde contractuele bepalingen in de overeenkomsten met Teva, Krka en Lupin die de markttoetreding van generieke fabrikanten konden versnellen. Dat argument zal worden onderzocht in het kader van de middelen die betrekking hebben op de betrokken overeenkomsten.
- 418 Uit al het voorgaande blijkt dat de Commissie de drie gekozen criteria voor de kwalificatie van de schikkingsovereenkomsten inzake de octrooigeschillen als beperking naar strekking op juiste wijze heeft gedefinieerd en het recht dus niet verkeerd heeft toegepast wat het begrip „mededingingsbeperking naar strekking” betreft.

## **6. Overeenkomsten met Niche en Matrix**

### **a) Kwalificatie van Niche en Matrix als potentiële concurrent**

[omissis]

### **b) Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking**

#### *1) Argumenten van partijen*

[omissis]

#### *2) Beoordeling door het Gerecht*

- 525 Aangaande de onjuiste toepassingen van het recht door de Commissie door de Niche- en Matrix-overeenkomsten als beperkingen naar strekking aan te merken zonder na te gaan of zij „een zodanig groot risico” op negatieve beïnvloeding inhielden, terwijl de mogelijke uitwerking ervan ambivalent zou zijn (zie punt 503 hierboven), moet worden verwezen naar de punten 223 tot en met 226 en naar de punten 304 tot en met 306 en punt 418 hierboven. Wat betreft de ambivalente mogelijke uitwerking die verzoeksters aanvoeren door zich te beroepen op de moeilijkheden op octrooigebied en op de technische, reglementaire en financiële moeilijkheden waarmee Niche en Matrix te maken hadden, moet bovendien worden opgemerkt dat de Commissie op goede gronden heeft overwogen dat die moeilijkheden niet in de weg stonden aan de reële en concrete mogelijkheid voor Niche en Matrix om met verzoeksters te concurreren (zie punt 501 hierboven) en aldus niet tot de vaststelling kunnen leiden dat de Niche- en Matrix-overeenkomsten een ambivalente mogelijke uitwerking zouden hebben.



526 Wat de gestelde beoordelingsfouten betreft, moet onderzoek worden gedaan naar verzoeksters' argumenten die betrekking hebben op de aanwezigheid in de Niche- en Matrix-overeenkomsten van ten eerste een stimulerend voordeel voor Niche en Matrix en ten tweede een hiermee samenhangende beperking van hun inspanningen om met de originator-onderneming te concurreren, welke voorwaarden, wanneer zij zijn vervuld, tot de vaststelling van een beperking naar strekking moeten leiden (zie punt 272 hierboven). In dat verband moet worden gepreciseerd dat verzoeksters niet betwisten dat de Niche- en Matrix-overeenkomsten een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding bevatten, die naar hun aard mededingingsbeperkend zijn (zie punt 257 hierboven), maar stellen dat die bedingen in casu de mededinging niet in voldoende mate nadelig beïnvloeden en betwisten dat de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten overeengekomen waardeoverdrachten kunnen worden aangemerkt als stimulerende waardeoverdrachten.

*i) Ontbreken van een stimulerende waardeoverdracht*

527 Vooraf zij eraan herinnerd dat de enkele aanwezigheid van een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming niet kan leiden tot de conclusie dat er sprake is van een beperking naar strekking. Uitsluitend indien in het kader van de schikking een ongerechtvaardigde betaling in omgekeerde richting wordt overeengekomen, dat wil zeggen een betaling die de generieke onderneming ertoe aanzet om in te stemmen met het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding, moet worden vastgesteld dat sprake is van een beperking naar strekking. In dat geval houden de uit het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding voortvloeiende mededingingsbeperkingen geen verband meer met het octrooi en de schikking, maar zijn zij het gevolg van de prikkel (zie punt 265 hierboven).

528 Teneinde vast te stellen of een betaling in omgekeerde richting, dat wil zeggen een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming, al dan niet een prikkel is om in te stemmen met een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod, moet, rekening houdend met de aard en de rechtvaardiging van die betaling, onderzocht worden of zij de kosten dekt die inherent zijn aan de schikking van het geschil (zie punt 277 hierboven). Aldus heeft de Commissie in het bestreden besluit terecht onderzocht of de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten neergelegde waardeoverdracht overeenkwam met de door de generieke onderneming gedragen specifieke kosten van de schikking (overwegingen 1333-1337 en 1461-1464 van het bestreden besluit).

529 Indien de betaling in omgekeerde richting uit hoofde van een schikkingsovereenkomst met mededingingsbeperkende bedingen tot doel zou hebben om de door de generieke onderneming gedragen kosten te vergoeden die inherent zijn aan de schikking, dan zou die betaling in beginsel niet als een prikkel kunnen worden beschouwd. Dat wil niet zeggen dat in dat geval de vaststelling van het bestaan van een prikkel en van een mededingingsbeperking naar strekking is uitgesloten. Zij verlangt evenwel dat de Commissie bewijst dat die aan de schikking inherente kosten buitensporig zijn, ook als zij door de partijen bij die schikking zijn vastgesteld en nauwkeurig zijn berekend (zie punt 278 hierboven).

530 De aan de schikking van het geding inherente kosten omvatten met name de proceskosten die door de generieke onderneming in het kader van het geding met de originator-onderneming zijn gedragen. De vergoeding ervan houdt immers rechtstreeks verband met een dergelijke schikking. Wanneer de partijen bij de schikking de hoogte van de door de generieke onderneming gedragen proceskosten hebben vastgesteld, kan de Commissie het stimulerende effect ervan dus slechts vaststellen door te bewijzen dat die kosten buitensporig zijn (zie punt 279 hierboven).

531 Daarentegen houden bepaalde door de generieke onderneming gedragen kosten per definitie onvoldoende verband met het geding en de schikking ervan om te kunnen worden beschouwd als inherent aan de schikking van een octrooigeschil. Het gaat hier bijvoorbeeld om de voor de vervaardiging van inbreukmakende producten gemaakte kosten, die overeenkomen met de

voorraadwaarde van die producten, en de gemaakte kosten voor onderzoek en ontwikkeling van die producten. Hetzelfde geldt voor bedragen die door de generieke onderneming aan derden moeten worden betaald uit hoofde van buiten het geding om overeengekomen contractuele verbintenissen (bijvoorbeeld leveringsovereenkomsten). Het staat dan ook aan de partijen bij de overeenkomst om, indien zij wensen dat de betaling van die kosten noch als een prikkel, noch als een aanwijzing voor het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking wordt aangemerkt, te bewijzen dat die kosten inherent zijn aan het geding of aan de schikking ervan en om vervolgens het bedrag ervan te rechtvaardigen. Zij zouden zich voor datzelfde doel ook kunnen baseren op het te verwaarlozen bedrag van de vergoeding van die kosten die in principe niet inherent zijn aan de schikking van het geding, welk bedrag aldus ontoereikend is om een aanzienlijke prikkel te zijn om in te stemmen met de in de schikkingsovereenkomst opgenomen mededingingsbeperkende bedingen (zie punt 280 hierboven).

532 In casu blijkt, wat de Niche-overeenkomst betreft en zoals de Commissie in overweging 1322 van het bestreden besluit terecht heeft opgemerkt, het bestaan van een prikkel duidelijk uit de bewoordingen zelf van de overeenkomst, waarin in artikel 13 is bepaald dat „[Servier als] tegenprestatie voor de [in de overeenkomst bepaalde] verbintenissen en de aanzienlijke kosten en mogelijke aansprakelijkheden die Niche en Unichem op zich nemen door hun programma voor de ontwikkeling van volgens de [litigieuze] werkwijze vervaardigd perindopril te beëindigen, [...] een bedrag van 11,8 miljoen GBP [zal] betalen aan Niche en Unichem”. De beoogde verbintenissen zijn immers de niet-betwistingsbedingen en de verhandelingsverboden, waarvan de betaling aldus uitdrukkelijk in dat artikel is voorzien.

533 Aan deze uitlegging van de tekst van de Niche-overeenkomst wordt bovendien niet afgedaan door de bewering van verzoeksters dat de formule „als tegenprestatie van” in het Engels recht de standaarduitdrukking is waarmee de wederkerigheid wordt aangeduid die noodzakelijk is voor de geldigheid van iedere overeenkomst. Zelfs al zou hieruit moeten worden afgeleid dat die bewoordingen een soort stijlformule zijn waaraan geen belang moet worden gehecht, wordt niettemin volgens verzoeksters zelf met die formule immers de wederkerigheid aangeduid en aldus het feit dat het in artikel 13 van de Niche-overeenkomst bepaalde bedrag een tegenprestatie is van de verbintenissen die Niche bij die overeenkomst is aangegaan.

534 Aan die uitlegging van de Niche-overeenkomst wordt evenmin afbreuk gedaan door de aangevoerde asymmetrie tussen de risico's voor de originator-onderneming en de risico's waaraan de generieke onderneming blootstaat, noch door de beweerde onderhandelingstalenten van Niche. Een dergelijke asymmetrie tussen de risico's, alsook de onderhandelingstalenten van de generieke onderneming kunnen inderdaad deels verklaren waarom de originator-onderneming ertoe kan worden gebracht om aanzienlijke betalingen in omgekeerde richting aan de generieke onderneming te doen. Niettemin is het toekennen van een aanzienlijke betaling juist bedoeld om ieder risico op markttoetreding van de generieke ondernemingen, hoe miniem ook, te voorkomen en bevestigt het aldus het bestaan van een afkoop waarmee de originator-onderneming die ondernemingen uitsluit. Bovendien zij eraan herinnerd dat het feit dat mededingingsversturend gedrag voor een onderneming de meest winstgevende of de minst risicovolle oplossing kan blijken te zijn of ten doel heeft een onevenwichtigheid te corrigeren die in haar nadeel is, geenszins de toepassing van artikel 101 VWEU uitsluit (zie in die zin arresten van 8 juli 2004, Corus UK/Commissie, T-48/00, EU:T:2004:219, punt 73; 8 juli 2004, Dalmine/Commissie, T-51/00, EU:T:2004:298, punt 211, en 27 juli 2005, Brasserie nationale e.a./Commissie, T-49/02–T-51/02, EU:T:2005:298, punt 81), met name wanneer daadwerkelijke of potentiële concurrenten worden betaald om van de markt te blijven (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punten 379 en 380).

535 Overigens maakt het in casu geen verschil dat het voornoemde artikel van de Niche-overeenkomst – zonder een verhouding te noemen – bepaalt dat de betaling van het bedrag van 11,8 miljoen GBP niet alleen de tegenprestatie is van het niet-betwistingsbeding en het verhandelingsverbod, maar ook van

andere kosten, aangezien die andere compensatie niet afdoet aan de vaststelling dat de betrokken beperkende bedingen door verzoeksters zijn afgekocht, en aldus evenmin aan het bestaan van een prikkel voor Niche om met die bedingen in te stemmen.

- 536 Die andere kosten, die in de Niche-overeenkomst worden omschreven als „aanzienlijke kosten en mogelijke aansprakelijkheden die Niche en Unichem op zich nemen door hun programma voor de ontwikkeling van volgens de [litigieuze] werkwijze vervaardigd perindopril te beëindigen”, zijn immers tijdens de administratieve procedure door Niche (overweging 1326 van het bestreden besluit) alsook door verzoeksters zelf in hun memories gepresenteerd als de kosten voor de ontwikkeling van het perindopril van Niche en voor de schadevergoeding die Niche aan haar klanten verschuldigd was wegens de niet-nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens die klanten. Dergelijke kosten zijn echter in beginsel niet inherent aan de schikking van een octrooigeschil (zie punt 531 hierboven) en verzoeksters bewijzen niet dat die kosten inherent zouden zijn aan de in casu gesloten schikkingsovereenkomst.
- 537 In het bijzonder houden de door Niche aan haar klanten verschuldigde schadevergoedingen, ook al zou Niche die, zoals verzoeksters in wezen stellen, niet verschuldigd zijn geweest indien zij het geschil tegen verzoeksters zou hebben voortgezet, in casu onvoldoende verband met het geding en de schikking ervan om als kosten te kunnen worden beschouwd die aan die schikking inherent zijn, aangezien dergelijke schadevergoedingen volgens verzoeksters verschuldigd waren in het geval van een „vrijwillige beëindiging van het project”, dat wil zeggen een beëindiging van de overeenkomsten met hun klanten, en de Niche-overeenkomst Niche de mogelijkheid liet om de contractuele betrekkingen met haar klanten niet te beëindigen, maar eenvoudigweg op te schorten (artikel 11 van de Niche-overeenkomst). Bovendien hebben verzoeksters zelf ter terechtzitting toegegeven dat het mogelijk was geweest dat de betrokken schadevergoedingen onafhankelijk van de Niche-overeenkomst aan de klanten van Niche hadden moeten worden uitgekeerd. Overigens kan worden opgemerkt dat de door verzoeksters overgelegde gegevens ter betwisting van het bedrag van die schadevergoedingen, dat door de Commissie in het bestreden besluit op 1,3 miljoen GBP is geschat (overweging 1335), geen bewijskracht hebben, aangezien zij ofwel verwijzen naar geldbedragen die lager zijn dan dat bedrag, ofwel naar loutere claims van hogere bedragen.
- 538 De in het bestreden besluit genoemde „juridische kosten” (overweging 1334) zijn tijdens de administratieve procedure door Niche gepresenteerd als de kosten voor juridisch advies die waren inbegrepen in de ontwikkelingskosten (overweging 601 van het bestreden besluit), ten aanzien waarvan in herinnering moet worden gebracht dat zij niet inherent zijn aan de schikking (zie punt 531 hierboven), terwijl die kosten door verzoeksters worden omschreven als „advocaat- en octrooikosten” die onder de proceskosten kunnen vallen die aan de schikking inherent zijn (zie punt 530 hierboven). Evenwel kan het aangevoerde bedrag van 1,1 miljoen GBP uit hoofde van „advocaat- en octrooikosten”, gesteld al dat het overeenkomt met de proceskosten waarvan de vergoeding in beginsel rechtsgeldig in een schikking kan worden overeengekomen, niet onder de kosten vallen die inherent zijn aan de in casu gesloten schikkingsovereenkomst. Uit het betoog van verzoeksters en uit de door hen overgelegde stukken blijkt immers dat de betrokken kosten betrekking hadden op een periode die eind 2003 afliep, dus vóór het ontstaan van de geschillen tussen Niche en verzoeksters waaraan de Niche-overeenkomst een einde heeft gemaakt (zie de punten 11, 13 en 16 hierboven).
- 539 Hieraan kan ten overvloede worden toegevoegd dat zelfs indien dat bedrag van 1,1 miljoen GBP zou worden opgeteld bij de ontwikkelingskosten en de kosten voor de schadeloosstelling van de klanten van Niche, die door de Commissie in het bestreden besluit (overweging 1336) op respectievelijk 1,2 en 1,3 miljoen GBP zijn geschat, zonder dat verzoeksters die bedragen op goede gronden hebben weerlegd (zie met name punt 537 hierboven), het verkregen totaalbedrag (3,6 miljoen GBP) aanmerkelijk lager zou zijn dan 11,8 miljoen GBP.

- 540 Hieruit volgt dat de Commissie in het bestreden besluit (overweging 1348) op goede gronden heeft overwogen dat in de Niche-overeenkomst sprake was van een prikkel voor Niche om in te stemmen met het in die overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding, zonder dat zij daarenboven, zoals verzoeksters stellen (zie punt 513 hierboven), had moeten nagaan of die bedingen minder beperkend waren geweest zonder die stimulerende betaling. De vaststelling van een prikkel om in te stemmen met een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding vereist immers enkel dat dergelijke bedingen bestaan, ongeacht de minder of meer beperkende strekking ervan, en een analyse van de kosten die door de betrokken waardeoverdracht worden gedekt (zie de punten 528 tot en met 531 hierboven).
- 541 Hieruit volgt tevens dat de grief betreffende de beoordelingsfout die de Commissie zou hebben gemaakt door te beweren dat het aan Niche uit hoofde van de Niche-overeenkomst uitgekeerde bedrag overeenkwam met de omzetprognoses voor ruim tien jaar en met de bruto-winstprognoses voor ruim twintig jaar (zie punt 514 hierboven), als niet ter zake dienend moet worden afgewezen. Een dergelijke beoordelingsfout zou immers, gesteld dat de Commissie daarvan zou hebben blijk gegeven, geen gevolgen hebben voor de kwalificatie als prikkel van de waardeoverdracht door verzoeksters ten gunste van Niche, aangezien uit de punten 536 tot en met 538 hierboven blijkt dat die waardeoverdracht niet de aan de schikking van het geschil inherente kosten dekte, en daarenboven geenszins is aangevoerd, laat staan bewezen, dat het bedrag van die overdracht onbeduidend en aldus ontoereikend zou zijn om van een prikkel te spreken.
- 542 Wat bovendien de bijkomende prikkel betreft die zou voortvloeien uit het aan Niche uit hoofde van de Biogaran-overeenkomst uitgekeerde bedrag (overwegingen 1349 tot en met 1354 van het bestreden besluit), moet, zoals zal worden uiteengezet in de punten 798 tot en met 810 hierna, worden overwogen dat de koppeling aan een schikkingsovereenkomst met mededingingsbeperkende bedingen van een commerciële overeenkomst die normalerwijs niet de schikking van een geschil tot voorwerp heeft en waarbij een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming is overeengekomen, een serieuze aanwijzing vormt dat sprake is van een „betaling in omgekeerde richting” – dat wil zeggen een waardeoverdracht die met geen enkele daadwerkelijke uit die commerciële nevenovereenkomst voortvloeiende tegenprestatie overeenkomt (zie punt 804 hierna), waardoor die betaling dus ook een stimulerend voordeel is – indien die commerciële overeenkomst niet tot doel heeft de kosten te vergoeden die inherent zouden zijn aan de schikking van het geschil. Nu de Commissie aanwijzingen of bewijs heeft aangevoerd die een dergelijke serieuze aanwijzing kunnen staven en aldus het bestaan van een betaling in omgekeerde richting kunnen aantonen, kunnen de partijen bij de overeenkomsten hun versie van de feiten aandragen door hun beweringen te onderbouwen met het bewijsmateriaal dat zij kunnen overleggen en op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de commerciële overeenkomst, ook al is die aan de schikkingsovereenkomst gekoppeld, wordt gerechtvaardigd door andere redenen dan de uitsluiting van een concurrent door middel van een betaling in omgekeerde richting.
- 543 In casu heeft de Commissie meerdere bewijsstukken overgelegd waaruit blijkt dat er een verband bestaat tussen de Niche-overeenkomst en de Biogaran-overeenkomst, en er geen verband bestaat tussen de in de Biogaran-overeenkomst bepaalde waardeoverdracht en de in die overeenkomst neergelegde verplichtingen voor Niche. Ten eerste heeft zij rekening gehouden met het feit dat de onderhandelingen in het kader van die overeenkomsten in dezelfde periode hebben plaatsgevonden en die overeenkomsten op dezelfde datum en tussen dezelfde ondernemingen zijn gesloten, alsook met de omstandigheid dat in beide overeenkomsten was voorzien in een betaling in twee termijnen die op dezelfde data moesten worden voldaan. Ten tweede heeft Niche, terwijl verzoeksters hebben aangevoerd dat er geen enkel verband tussen beide overeenkomsten bestond, aangegeven dat de Biogaran-overeenkomst door verzoeksters was voorgesteld teneinde haar „de volledige vergoeding [te verstrekken] die als tegenprestatie voor de sluiting van de algemene schikkingsovereenkomst was overeengekomen”. Bovendien is een door de raad van bestuur van Biogaran aan Niche gerichte e-mail van 4 februari 2005 waarin was vermeld dat „[het ons] gelet op het betrokken bedrag [noodzakelijk lijkt] om over bijkomende rechten op andere producten te beschikken en een zekere vrijheid te



hebben wat het productaanbod betreft”, aldus door de Commissie geïnterpreteerd dat het bedrag dat aan Niche moest worden uitgekeerd was vastgesteld voordat de partijen overeenstemming hadden bereikt over de omvang van de in de Biogaran-overeenkomst beoogde producten. De Commissie heeft tevens opgemerkt dat de contractuele bepalingen van de Biogaran-overeenkomst en met name de artikelen 14.4 en 14.5 ervan, in tegenstelling tot de bepalingen in andere door Biogaran gesloten overeenkomsten inzake de aanschaf van productdossiers, aldus luidden dat de overeenkomst automatisch zou worden beëindigd indien de VHB's niet binnen 18 maanden zouden worden verkregen, zonder dat Biogaran schadevergoeding van Niche kon vorderen. Tot slot heeft de Commissie erop gewezen dat Biogaran, met uitzondering van een VHB voor één product, op basis van de door Niche overgedragen dossiers geen VHB's had verkregen en dat haar omzet uit hoofde van de Biogaran-overeenkomst tussen de 100 000 en 200 000 EUR bedroeg.

- 544 Verzoeksters voeren geen enkel argument aan dat deze analyse weerlegt, met uitzondering van een grief dat geen rekening is gehouden met het belang van Biogaran om de Biogaran-overeenkomst te sluiten. Buiten het feit dat een dergelijk belang niet als toereikend kan worden beschouwd om het bedrag van de in de Biogaran-overeenkomst overeengekomen waardeoverdracht te rechtvaardigen, kan worden opgemerkt dat meerdere vaststellingen in overweging 1351 van het bestreden besluit het bestaan van een dergelijk belang voor Biogaran in twijfel trekken. Volgens die vaststellingen, die niet door verzoeksters worden betwist, was het bedrag dat Biogaran aan Niche moest uitkeren immers vastgesteld voordat Niche en Biogaran overeenstemming hadden bereikt over de in de Biogaran-overeenkomst beoogde producten, kon die overeenkomst binnen 18 maanden door de partijen worden beëindigd zonder dat zij recht hadden op schadevergoeding en had Biogaran recht op geen enkele vergoeding indien de overgedragen VHB's niet binnen een bepaalde termijn zouden worden verkregen. De Commissie kon dan ook terecht overwegen dat de Biogaran-overeenkomst voor Niche een bijkomende prikkel was om met de beperkende bedingen van de Niche-overeenkomst in te stemmen.
- 545 Wat voorts de vorderingen van verzoeksters betreft aangaande het tot hen uitbreiden van de gevolgen van de nietigverklaring van het bestreden besluit of van de verlaging van de geldboete die eventueel door Biogaran in het kader van zaak T-677/14 zouden worden verkregen, moet worden verwezen naar de punten 89 tot en met 99 hierboven.
- 546 Aangaande de Matrix-overeenkomst moet worden opgemerkt dat artikel 9 ervan identiek is aan artikel 13 van de Niche-overeenkomst. Daarom moeten de argumenten die de beoordeling door de Commissie van de Matrix-overeenkomst om dezelfde redenen betwisten als haar beoordeling van de Niche-overeenkomst op dezelfde gronden worden afgewezen. Wat betreft het specifiek tegen de door de Commissie verrichte analyse van de Matrix-overeenkomst gerichte argument op grond waarvan ook Matrix, vanwege haar hoofdelijke aansprakelijkheid met Niche, door de schadeloosstelling van de klanten van Niche zou worden geraakt, moet in herinnering worden gebracht dat dergelijke kosten niet kunnen worden beschouwd als kosten die inherent zijn aan de schikking van een geding (zie punt 531 hierboven) en bijgevolg niet de in de Matrix-overeenkomst bepaalde waardeoverdracht kunnen rechtvaardigen, des te meer daar noch verzoeksters, noch Matrix in staat zijn geweest te aan te tonen dat het bedrag van 11,8 miljoen GBP met dergelijke kosten of met andere aan de schikking van het geding inherente kosten overeenkwam.
- 547 Hieruit volgt dat de Commissie in het bestreden besluit tevens op goede gronden heeft overwogen (zie met name de overwegingen 1452, 1453, 1463, 1464 en 1467) dat de Matrix-overeenkomst een prikkel voor Matrix bevat om in te stemmen met het in die overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding.

*ii) Onvoldoende nadelige aard van de niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden*

- 548 Er zij aan herinnerd dat verzoeksters niet betwisten dat de Niche- en Matrix-overeenkomsten een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod bevatten.
- 549 Op grond van de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten opgenomen niet-betwistingsbedingen moesten die twee ondernemingen afzien van iedere vordering tot ongeldigverklaring van de 339-, 340-, 341-, 689-, 947- en 948-octrooien of tot verkrijging van een verklaring van niet-inbreuk op die octrooien, en moest Niche zich bovendien terugtrekken uit de voor het EOB ingestelde oppositieprocedures tegen de 947- en 948-octrooien (artikelen 7 en 8 van de Niche-overeenkomst en artikel 5 van de Matrix-overeenkomst). Op grond van de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten opgenomen verhandelingsverboden moesten die twee ondernemingen afzien van het vervaardigen, het houden, het invoeren, het leveren, het aanbieden voor levering en het in bezit hebben van perindopril, dan wel van het verrichten van een handeling die inbreuk kon maken op de octrooien 339 tot en met 341 in verband hield met perindopril en (artikel 3 van de Niche-overeenkomst en artikel 1 van de Matrix-overeenkomst). Daarenboven was het hun niet toegestaan om VHB's aan te vragen voor perindopril (artikel 10 van de Niche-overeenkomst en artikel 6 van de Matrix-overeenkomst) en waren zij verplicht om hun overeenkomsten inzake perindopril met derden te beëindigen of op te schorten (artikel 11 van de Niche-overeenkomst en artikel 7 van de Matrix-overeenkomst).
- 550 Verzoeksters betwisten niettemin dat de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten opgenomen niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden in voldoende mate nadelig of gevoelig zijn.
- 551 Dienaangaande stellen zij in de eerste plaats dat niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden inherent zijn aan schikkingsovereenkomsten.
- 552 Hoewel niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden inderdaad noodzakelijk zijn voor de schikking van bepaalde octrooigeschillen (zie punt 259 hierboven), moet in herinnering worden gebracht dat dergelijke bedingen hun rechtvaardiging verliezen en voldoende nadelig voor de normale mededinging zijn wanneer het de prikkel – zoals die welke in casu is vastgesteld – is en niet de erkenning door de partijen van de geldigheid van de betrokken octrooien, die de werkelijke oorzaak van de uit die bedingen voortvloeiende mededingingsbeperkingen is (zie punt 270 hierboven).
- 553 In antwoord op het argument van verzoeksters dat het uit het niet-betwistingsbeding voortvloeiende verlies van de mogelijkheid om een geding te winnen niet kan volstaan om een overeenkomst inzake de schikking van een bestaand geschil als beperking naar strekking aan te merken (zie punt 505 hierboven), moet bovendien worden benadrukt dat het niet-betwistingsbeding weliswaar niet als zodanig aan een markttoetreding in de weg staat, maar met name verhindert dat vorderingen worden ingesteld die bedoeld zijn om „de weg vrij te maken” in het kader van een markttoetreding met risico, en aldus belet dat één van de middelen wordt gebruikt die een dergelijke markttoetreding mogelijk maken (zie ook punt 257 hierboven). Er zij bovendien aan herinnerd dat de Commissie in casu niet enkel de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten opgenomen niet-betwistingsbedingen, maar die overeenkomsten in hun geheel als beperking naar strekking heeft aangemerkt, welke overeenkomsten naast niet-betwistingsbedingen ook verhandelingsverboden bevatten, alsook een prikkel om met dergelijke bedingen in te stemmen (overwegingen 1375 en 1481 van het bestreden besluit).
- 554 In de tweede plaats stellen verzoeksters dat de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten opgenomen niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden niet in voldoende mate nadelig zouden zijn, voor zover de gevolgen ervan zouden voortvloeien uit het bestaan van de betrokken octrooien en niet uit de bepalingen van die overeenkomsten.
- 555 In dat verband zij eraan herinnerd dat het bestaan van een prikkel voor de generieke onderneming om in te stemmen met een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding volstaat om een beperking naar strekking vast te stellen, zelfs indien de bedingen in de schikkingsovereenkomst onder de

beschermingsomvang van het litigieuze octrooi zouden vallen (zie punt 273 hierboven). Hoewel de verhandelingsverboden, zoals verzoeksters stellen, niet verhinderen dat Niche en Matrix met een niet-inbreukmakend product tot de markt toetreden en de gevolgen ervan zich beperken tot die van een rechterlijk bevel wegens inbreuk op de betrokken octrooien, en die bedingen, mede dankzij het in het kader van de waardeoverdracht ontvangen geldbedrag, hen zelfs in staat stellen om met hun partners een nieuw niet-inbreukmakend perindopril te ontwikkelen (zie punt 506 hierboven), zijn de Niche- en Matrix-overeenkomsten dus desondanks een beperking naar strekking.

- 556 In de derde plaats betwisten verzoeksters de voldoende nadelige aard van de niet-betwistingsbedingen, aangezien zij volgens verzoeksters slechts één van de opposanten raakten die voor het EOB oppositie hadden ingesteld tegen het 947-octrooi, en geen gevolgen hadden voor de andere generieke ondernemingen, omdat het geding zich beperkte tot het geschil over de inbreuk.
- 557 Overwogen moet worden dat zelfs indien zou komen vast te staan dat de Niche- en Matrix-overeenkomsten, zoals verzoeksters beweren, uitsluitend gevolgen hebben voor de generieke ondernemingen die bij die overeenkomsten partij zijn, dergelijke beweringen onverlet zouden laten dat die ondernemingen als gevolg van de verhandelingsverboden en de niet-betwistingsbedingen, die een stimulerende waardeoverdracht als tegenprestatie hebben, van de markt worden uitgesloten, en de betrokken overeenkomsten aldus voldoende nadelig zijn, wat het onderzoek van de concrete gevolgen ervan overbodig maakt.
- 558 Hieruit volgt dat de Commissie terecht heeft overwogen dat de Niche- en Matrix-overeenkomsten mededingingsbeperkingen naar strekking waren.
- 559 Aan die vaststelling wordt niet afgedaan door de aangevoerde beoordelingsfouten die de Commissie zou hebben gemaakt bij de uiteenzetting van de economische en juridische context van de Niche- en Matrix-overeenkomsten en bij de inaanmerkingneming van de subjectieve bedoelingen van de partijen.
- 560 De stelling van verzoeksters dat de partijen bij de Niche- en Matrix-overeenkomsten geen intentie hadden de mededinging te verstoren en legitieme doelen nastreefden, die met name Niche ertoe zouden hebben aanzet om uit eigen beweging contact op te nemen met verzoeksters, kan immers niet afdoen aan het bestaan van een stimulerend voordeel, noch aan het mededingingsbeperkende karakter van de in de overeenkomsten opgenomen verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen. Bijgevolg kunnen de betrokken argumenten, zelfs al zouden zij op bewezen feiten berusten, in geen geval de door de Commissie vastgestelde kwalificatie als beperking naar strekking van de Niche- en Matrix-overeenkomsten weerleggen.
- 561 Hieraan moet bovendien worden toegevoegd dat de bedoelingen van de partijen niet in aanmerking hoeven te worden genomen bij het onderzoek of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen een beperkende werking heeft (zie punt 222 hierboven).
- 562 Bovendien heeft de Commissie, gelet op het bestaan van verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen waarvan de mededingingsbeperkende aard niet op goede gronden ter discussie is gesteld, de Niche- en Matrix-overeenkomsten vanwege de vaststelling van het bestaan van een prikkel terecht kunnen aanmerken als overeenkomsten tot marktuitsluiting en aldus als overeenkomsten met een mededingingsverstoringdoel. Volgens vaste rechtspraak kan de loutere omstandigheid dat een overeenkomst ook legitieme doelstellingen nastreeft, er echter niet aan in de weg staan dat deze overeenkomst als mededingingsbeperkend naar strekking worden aangemerkt (zie punt 222 hierboven).
- 563 Wat betreft de aangevoerde beoordelingsfouten die de Commissie zou hebben gemaakt bij haar inaanmerkingneming van de economische en juridische context van de Niche- en Matrix-overeenkomsten, moet worden vastgesteld dat verzoeksters dienaangaande hun argumenten

herhalen waarmee zij betwisten dat Niche en Matrix – met name gelet op de octrooien van verzoeksters, op de geschillen over die octrooien en op de door Niche ondervonden financiële en reglementaire moeilijkheden – de capaciteit en het voornemen hadden om tot de markt toe te treden (zie de punten 507 en 519 hierboven). Aangezien die argumenten zijn onderzocht en verworpen in het kader van het middel ter betwisting van de kwalificatie van Niche en Matrix als potentiële concurrenten (zie de punten 432 tot en met 501 hierboven), kunnen zij niet afdoen aan de mededingingsbeperkende strekking van de Niche- en Matrix-overeenkomsten.

564 Uit een en ander volgt dat het middel betreffende de onjuiste toepassingen van het recht en de beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking, in zijn geheel moet worden afgewezen.

***c) Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen***

565 Verzoeksters stellen dat de Commissie het recht meermaals onjuist heeft toegepast en beoordelingsfouten heeft gemaakt met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen.

566 Er zij aan herinnerd dat wanneer bepaalde overwegingen van een besluit op zich genomen dat besluit rechtens genoegzaam rechtvaardigen, de eventuele gebreken in andere overwegingen van dat besluit hoe dan ook geen gevolgen hebben voor het dispositief. Wanneer het dispositief van een besluit van de Commissie is gebaseerd op meerdere redeneringen, die elk op zich als grondslag voor dat dispositief zouden volstaan, moet het Gerecht dat besluit in beginsel enkel nietig verklaren indien elk van die redeneringen onwettig is. In een dergelijk geval kan een gebrek of een andere onwettigheid die slechts een van die redeneringen betreft, de nietigverklaring van het bestreden besluit niet rechtvaardigen, omdat dat gebrek of die onwettigheid geen beslissende invloed kan hebben gehad op het dispositief van het besluit (zie arrest van 14 december 2005, *General Electric/Commissie*, T-210/01, EU:T:2005:456, punten 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

567 Zoals in punt 219 hierboven is opgemerkt, hoeven voor de beoordeling of een overeenkomst krachtens artikel 101, lid 1, VWEU verboden is, de concrete gevolgen ervan niet in aanmerking te worden genomen wanneer blijkt dat zij ertoe strekt de mededinging binnen de interne markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

568 Wanneer de Commissie een inbreuk vaststelt op basis van het bestaan van zowel een beperking naar strekking als een beperkend gevolg, heeft een gebrek in de overweging betreffende het bestaan van een beperkend gevolg dus, hoe dan ook, geen beslissende invloed op het door de Commissie in het bestreden besluit vastgestelde dispositief, voor zover de overweging betreffende het bestaan van een beperking naar strekking, dat als zodanig volstaat voor de vaststelling van de inbreuk, niet onwettig is.

569 In casu blijkt uit het onderzoek van het middel betreffende de onjuiste rechtsopvattingen en de beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking dat verzoeksters niet hebben bewezen dat de Commissie het recht onjuist had toegepast door in het bestreden besluit te overwegen dat de betrokken overeenkomsten ertoe strekten de mededinging binnen de interne markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU.

570 Het onderhavige middel moet dan ook worden afgewezen als niet ter zake dienend.



## **7. Overeenkomst met Teva**

### **a) Kwalificatie van Teva als potentiële concurrent**

[omissis]

### **b) Onjuiste rechtsopvattingen en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Teva-overeenkomst als mededingingsbeperking naar strekking**

#### **1) Argumenten van partijen**

[omissis]

#### **2) Beoordeling door het Gerecht**

<sup>643</sup> Nu moeten de argumenten van verzoeksters worden onderzocht die betrekking hebben op een stimulerend voordeel voor Teva in de Teva-overeenkomst alsmede op een hiermee samenhangende beperking van haar inspanningen om met de originator-onderneming te rivaliseren, welke voorwaarden, wanneer zij zijn vervuld, tot de vaststelling van een beperking naar strekking moeten leiden (zie punt 272 hierboven). Voor zover de vaststelling van het bestaan van een stimulerend voordeel deels afhankelijk is van de vaststelling van het beperkende karakter van bepaalde bedingen van de Teva-overeenkomst, zullen in casu allereerst de grieven worden onderzocht die zijn gericht tegen de beoordeling van de bedingen van de overeenkomst en vervolgens de grieven die de beoordeling van de in die overeenkomst opgenomen waardeoverdracht betwisten. Tot slot zal de subsidiair aangevoerde grief worden onderzocht die betrekking heeft op de duur van de inbreuk die verzoeksters in het kader van de Teva-overeenkomst wordt verweten.

#### **i) Geen beperking van de inspanningen van de generieke onderneming om met de originator-onderneming te concurreren**

<sup>644</sup> Om te beginnen moeten de stellingen van verzoeksters worden verworpen die betrekking hebben op de onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten die de Commissie zou hebben begaan door de Teva-overeenkomst aan te merken als beperking naar strekking, terwijl de potentiële gevolgen ervan gunstig zouden zijn geweest voor de mededinging en de beperkende gevolgen ervan zuiver hypothetisch zouden zijn geweest (zie punt 634 hierboven). Er zij aan herinnerd dat de Commissie en de rechter bij het onderzoek van de beperkende strekking van een overeenkomst en in het bijzonder in het kader van de inaanmerkingneming van de economische en juridische context ervan inderdaad niet volledig aan de potentiële gevolgen van die overeenkomst voorbij kunnen gaan (zie de in punt 304 hierboven aangehaalde rechtspraak). Uit de rechtspraak blijkt niettemin eveneens dat de vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking er niet toe mag leiden dat, onder het mom van met name het onderzoek van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomst, de gevolgen van die overeenkomst worden beoordeeld, anders zou het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkende gevolgen zijn nuttig effect verliezen (zie punt 221 hierboven). Teneinde na te gaan of een overeenkomst in het bijzonder mededingingsbeperkingen kan teweegbrengen die kenmerkend zijn voor overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking, moet de analyse van de potentiële gevolgen van een overeenkomst dan ook worden beperkt tot die gevolgen die voortvloeien uit gegevens die op de datum van de sluiting van die overeenkomst objectief gezien voorspelbaar zijn (zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, punt 84; zie in die zin ook het arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 80-82). In casu zijn de aangevoerde vermeende

potentiële gevolgen, ongeacht of die niet-mededingingsbeperkend of gunstig voor de mededinging zijn, echter gebaseerd op omstandigheden – zoals de beslissing van het EOB betreffende de geldigheid van het 947-octrooi of de markttoetreding in het Verenigd Koninkrijk van andere generieke ondernemingen – die op de datum van de sluiting van de Teva-overeenkomst hypothetisch en aldus onvoorspelbaar waren en niet in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van het onderzoek van de mededingingsbeperkende strekking (zie ook de punten 667 en 668 hierna).

- 645 Wat vervolgens de beweringen betreft dat de bedingen van de Teva-overeenkomst op zich geen mededingingsbeperkend karakter hebben, dient in de eerste plaats in herinnering te worden gebracht dat het feit dat niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden inherent zijn aan schikkingsovereenkomsten niet verhindert dat schikkingsovereenkomsten met dergelijke bedingen als mededingingsbeperkingen naar strekking kunnen worden aangemerkt (zie punt 273 hierboven). Hieraan kan worden toegevoegd dat verzoeksters weliswaar stellen dat de theorie van de nevenrestricties op de Teva-overeenkomst van toepassing is omdat het niet-betwistingsbeding en het verhandelingsverbod ervan noodzakelijk zouden zijn voor en evenredig zouden zijn aan de schikking van het betrokken geschil, maar reeds is overwogen dat die noodzakelijkheids- en evenredigheidsband kon worden verbroken in het geval van de vaststelling van de aanwezigheid van een prikkel om met die bedingen in te stemmen (zie punt 291 hierboven). Aldus zou die theorie enkel op de Teva-overeenkomst kunnen worden toegepast indien de in die overeenkomst bepaalde waardeoverdracht geen stimulerend karakter zou hebben (zie de punten 679 tot en met 699 hierna).
- 646 In de tweede plaats moet worden overwogen dat de door verzoeksters aangevoerde argumenten niet kunnen afdoen aan het beperkende karakter van het niet-betwistingsbeding in de Teva-overeenkomst.
- 647 Op grond van dat beding heeft Teva zich ertoe verbonden om gedurende de looptijd van de Teva-overeenkomst af te zien van de betwisting van het 947-octrooi en van de octrooien 339 tot en met 341 in het Verenigd Koninkrijk, met dien verstande dat zij niet werd verhinderd om tegen die octrooien een oppositieprocedure voor het EOB voort te zetten (artikel 2.4 van de Teva-overeenkomst).
- 648 De Commissie heeft in het bestreden besluit overwogen dat dat niet-betwistingsbeding twee belangrijke consequenties had, namelijk ten eerste dat het Teva belette om te bewijzen dat het product dat zij wilde verhandelen niet-inbreukmakend was en ten tweede dat het aan een objectief juridisch onderzoek van de geldigheid van de octrooien van verzoeksters in het Verenigd Koninkrijk in de weg stond (overweging 1546).
- 649 Allereerst moet worden opgemerkt dat verzoeksters die eerste consequentie van het in de Teva-overeenkomst opgenomen niet-betwistingsbeding niet weerspreken, maar stellen dat een dergelijke consequentie eigen is aan ieder niet-betwistingsbeding dat deel uitmaakt van een schikking (zie punt 625 hierboven). In dat verband zij eraan herinnerd dat het enkel aan de schikking inherent zijn van een dergelijk beding niet volstaat om de vaststelling van een mededingingsbeperkende strekking uit te sluiten (zie de punten 273 en 645 hierboven).
- 650 Voorts moet worden overwogen dat het in casu geen verschil maakt dat het niet-betwistingsbeding slechts betrekking heeft op de bedingen in het Verenigd Koninkrijk en niet op de procedures voor het EOB, aangezien het territoriale toepassingsgebied van de Teva-overeenkomst zich beperkt tot het Verenigd Koninkrijk, waar iedere betwisting van de geldigheid van het 947-octrooi en van de werkwijze-octrooien is verboden. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat een overeenkomst, ook als het territoriale toepassingsgebied ervan zich tot één lidstaat beperkt, als beperking naar strekking kan worden aangemerkt (zie in die zin arrest van 24 september 2009, *Erste Group Bank e.a./Commissie*, C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P, EU:C:2009:576, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 651 En hoewel het niet-betwistingsbeding, zoals verzoeksters stellen, geen gevolgen kan hebben voor de in het Verenigd Koninkrijk door een dochteronderneming van Teva ingestelde procedure tot herroeping van het 947-octrooi – welke procedure is opgeschort in afwachting van een definitieve beslissing in de oppositieprocedure voor het EOB, die niet onder de Teva-overeenkomst valt – laat dit onverlet dat dat beding in ieder geval verhindert dat gedurende de gehele looptijd van de Teva-overeenkomst andere vorderingen tot ongeldigverklaring van dat octrooi worden ingesteld, en dat dat verbod, volgens de bewoordingen van artikel 2.4 van die overeenkomst, van toepassing is op zowel Teva UK Ltd als op haar dochterondernemingen en op zowel rechtstreekse vorderingen als op het bijstaan van derden in vorderingen tot ongeldigverklaring van de octrooien van verzoeksters. Bijgevolg is de door verzoekster aangevoerde actieve deelname van Teva aan de oppositieprocedure voor het EOB, die onder meer bestond in het verstrekken van de beslissingen van de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk inzake de geldigheid van het 947-octrooi, in casu irrelevant (zie punt 635 hierboven).
- 652 Bovendien kan de Commissie niet worden verweten niet te hebben bewezen dat er een ernstige grond bestond voor de betwisting van de geldigheid van de werkwijze-octrooien van verzoeksters (zie punt 635 hierboven). Een dergelijk bewijs is immers niet vereist voor de vaststelling van de beperkende aard van een niet-betwistingsbeding, welke aard afhankelijk is van het wegvallen van de reële en concrete mogelijkheid om de uit de octrooien voortvloeiende drempels te trotseren, welke mogelijkheid, teneinde te worden vastgesteld, niet noodzakelijkerwijs vereist dat wordt aangetoond dat de vordering tot ongeldigverklaring van de betrokken octrooien waarschijnlijk zou worden toegewezen (zie punt 368 hierboven).
- 653 Tot slot is de bewering van verzoeksters dat het niet-betwistingsbeding geenszins in de weg stond aan de betwisting van hun octrooien door derden (zie punt 635 hierboven) irrelevant. Een dergelijke bewering dat de Teva-overeenkomst uitsluitend potentiële gevolgen voor die generieke onderneming zou hebben, doet immers als zodanig niet af aan het beperkende karakter van het in de Teva-overeenkomst opgenomen niet-betwistingsbeding (zie ook de punten 556 en 557 hierboven).
- 654 In de derde plaats moet worden overwogen dat het exclusieve-afnamebeding terecht door de Commissie is aangemerkt als een mededingingsbeperking.
- 655 Dat beding, dat is opgenomen in artikel 3 van de Teva-overeenkomst, luidt als volgt:

„3. Exclusieve-afnameverplichting

3.1. Gedurende de looptijd van de onderhavige overeenkomst neemt Teva al het perindopril dat zijzelf en haar dochterondernemingen nodig hebben voor levering of beschikbaarstelling in het Verenigd Koninkrijk, exclusief van Servier of van haar dochterondernemingen af.

[...]

3.3. Teva ziet af van het actief verkopen of aanprijzen van het product aan klanten buiten het Verenigd Koninkrijk en ziet erop toe dat haar dochterondernemingen hier eveneens van afzien.

3.4. Mits Servier of haar dochterondernemingen op de orderdata of daarvoor van Teva orderbevestigingen heeft ontvangen voor de hierna vermelde producthoeveelheden, leveren Servier of haar dochterondernemingen vóór de hieronder vermelde data aan Teva de volgende producthoeveelheden:

3.4.1. vóór 1 augustus 2006: 150 000 (honderdvijftigduizend) dozen met 30 tabletten van 2 mg en gedurende de maanden daarna: 75 000 (vijfenzeventigduizend) van dergelijke dozen per maand;

3.4.2. vóór 1 augustus 2006: 240 000 (tweehonderdveertigduizend) dozen met 30 tabletten van 4 mg en gedurende de maanden daarna: 120 000 (honderdtwintigduizend) van dergelijke dozen per maand;

3.4.3. vóór 1 januari 2007 (of op een andere door partijen overeen te komen datum): 80 000 (tachtigduizend) dozen met 30 tabletten van 8 mg en gedurende de maanden daarna: 40 000 (veertigduizend) van dergelijke dozen per maand;

[...]

3.8. Indien in een willekeurige maand gedurende de looptijd van de onderhavige overeenkomst:

3.8.1. Servier door Teva bevestigde productorders heeft ontvangen voor levering in het Verenigd Koninkrijk in die maand, en die bevestigde orders uiterlijk op de betrokken orderdata zijn geplaatst; en

3.8.2. Servier en haar dochterondernemingen Teva niet binnen tien werkdagen na de betrokken leverdatum de volledige door haar bestelde producthoeveelheid hebben geleverd overeenkomstig de bedingen 3.4 en 3.8.1. voor een levering voor die maand;

3.8.3. dan keert Servier overeenkomstig clausule 3.9 aan Teva de forfaitaire schadevergoedingen voor die maand uit en hebben Teva en haar dochterondernemingen geen enkel ander recht of andere beroepsmogelijkheid (waaronder het recht om de overeenkomst te beëindigen) tegen het verzuim van Servier in de levering van het product aan Teva.

[...]”

656 Bovendien zij eraan herinnerd dat Teva zich op grond van het in artikel 2.3 van de Teva-overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod, totdat de Teva-overeenkomst zou worden beëindigd of zou aflopen of tot aan het verstrijken van de betrokken octrooien, in het Verenigd Koninkrijk moest onthouden van het vervaardigen, het doen vervaardigen, het houden, het invoeren, het leveren, het aanbieden voor levering of het in bezit hebben van generiek perindopril, dat ofwel was vervaardigd volgens de door haar ontwikkelde werkwijze die door Servier werd beschouwd als een inbreuk op de 947-, 339-, 340- en 341- octrooien, ofwel een inbreuk op die octrooien vormde.

657 De Commissie heeft in de overwegingen 1552 tot en met 1555 van het bestreden besluit overwogen dat het verhandelingsverbod (artikel 2.3) en het exclusieve-afnamebeding (artikel 3.1) van de Teva-overeenkomst, voor zover die bedingen gevolgen hadden voor de mededingingscapaciteit van Teva of voor haar vrijheid om in volledige onafhankelijkheid haar bronnen voor het voor het Verenigd Koninkrijk bestemd perindopril te kiezen, zouden worden onderzocht als één en dezelfde verplichting om zich van concurrentie te onthouden. Zij heeft gepreciseerd dat de status van de eventuele alternatieve perindoprilbronnen ten aanzien van de octrooien (inbreukmakend of niet-inbreukmakend) er weinig toe deed, aangezien Teva op grond van het exclusieve-afnamebeding slechts twee opties had, namelijk hetzij de exclusieve verhandeling van het product van Servier, hetzij de ontvangst van een geldbedrag ter compensatie van niet-bevoorrading (forfaitaire schadevergoeding van 500 000 GBP per maand).

658 De stellingen van verzoeksters ter betwisting van die beoordeling door de Commissie moeten worden geacht te berusten op een onjuiste uitlegging van het exclusieve-afnamebeding van de Teva-overeenkomst.

659 Uit de Teva-overeenkomst blijkt immers dat er behalve bevoorrading en de betaling van een schadevergoeding bij niet-bevoorrading nog een alternatief was, aangezien naast de bevoorradingsverplichting, die als zodanig weliswaar in artikel 3.4 van de Teva-overeenkomst is neergelegd, uitdrukkelijk was voorzien in de mogelijkheid van niet-bevoorrading, die noch voor een rechter kon worden betwist, noch tot een beëindiging van de overeenkomst door Teva kon leiden en zelfs niet was gebonden aan voorwaarden, zoals een tijdslimiet, behalve aan die van de uitkering van een schadevergoeding (artikelen 3.8.2, 3.8.3 en 8.3 van de Teva-overeenkomst).



- 660 Gepreciseerd moet worden dat het in artikel 3.8.3 van de Teva-overeenkomst opgenomen verbod om in het geval van niet-bevoorrading naar de rechter te stappen, dan wel de overeenkomst te beëindigen (hierna: „niet-beëindigingsbeding”) een beslissende rol speelt bij die uitlegging van het exclusieve-afnamebeding, aangezien het de door een rechter opgelegde of uit de beëindiging van de contractuele betrekking voortvloeiende sanctie voor de niet-nakoming van een contractuele verplichting vervangt door een vooraf bepaalde financiële vergoeding, en aldus een alternatief in het leven roept naast een bevoorrading en een schadevergoeding. Dienaangaande maakt het geen verschil of die schadevergoeding het gevolg is van de niet-nakoming van een bevoorradingsverplichting of van een aan Servier geboden mogelijkheid om Teva niet te bevoorraden.
- 661 Zoals de Commissie terecht in het bestreden besluit heeft overwogen (overweging 1559), leidt dit immers in alle gevallen tot een volledig aan de discretionaire beslissing van Servier overgelaten mogelijkheid van niet-bevoorrading, die Teva verhindert om tot de markt toe te treden en die er tevens aan in de weg staat dat de betrokken bedingen worden gelijkgesteld met die bedingen die gewoonlijk een leveringsovereenkomst kenmerken.
- 662 Teva was daarentegen gebonden aan een exclusieve-afnameverplichting, die door de Commissie terecht als „absoluut” is aangemerkt (overweging 1588 van het bestreden besluit), voor zover Teva, zelfs bij niet-bevoorrading door Servier, niet onder die verplichting kon uitkomen om zich eventueel door andere leveranciers van al dan niet inbreukmakend perindopril te laten bevoorraden en met dat perindopril tot de markt toe te treden, aangezien de beëindiging van de overeenkomst om die reden was uitgesloten op grond van het niet-beëindigingsbeding. Zoals de Commissie in overweging 1557 van het bestreden besluit terecht heeft opgemerkt, was Teva op grond van het niet-beëindigingsbeding in combinatie met het exclusieve-afnamebeding verplicht om uitsluitend generiek perindopril van Servier af te nemen en kon zij zich aldus niet laten bevoorraden door andere leveranciers, waaronder leveranciers die geen inbreuk op de octrooien van Servier maakten.
- 663 Hieruit volgt dat het exclusieve-afnamebeding en het niet-beëindigingsbeding het in artikel 2.3 van de Teva-overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod niet alleen deels overlappen, voor zover zij de aanschaf en bijgevolg de verhandeling verbieden van door derden vervaardigd perindopril dat inbreuk maakt op de litigieuze octrooien, maar die verplichting bovendien uitbreiden tot buiten de beschermingsomvang van de litigieuze octrooien, doordat zij de aanschaf en de verhandeling verbieden van door derden vervaardigd perindopril dat geen inbreuk op de litigieuze octrooien maakt.
- 664 Uit een en ander volgt dat het exclusieve-afnamebeding en het niet-beëindigingsbeding van de Teva-overeenkomst naar hun aard in het bijzonder de bevoorrading van Teva kunnen verhinderen en aldus haar markttoetreding met een product van derden kunnen uitsluiten, welke toetreding daarenboven, zowel met de producten van verzoeksters als met de producten van derden, reeds is uitgesloten op grond van het in artikel 2.3 van de overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod, waarvan verzoeksters de mededingingsbeperkende aard niet betwisten.
- 665 Bovendien moet worden overwogen dat het feit dat het exclusieve-afnamebeding zich, overigens net als het verhandelingsverbod, beperkt tot het perindopril erbumine, niet aan de beperkende aard van die bedingen kan afdoen (zie punt 626 hierboven).
- 666 Verzoeksters benadrukken immers dat die bedingen enkel betrekking hadden op het perindopril erbumine en betwisten niet dat het product dat Teva ten tijde van de sluiting van de Teva-overeenkomst wilde verhandelen perindopril erbumine was. Aldus verhinderden het verhandelingsverbod en het exclusieve-afnamebeding de markttoetreding van Teva met het perindopril erbumine dat zij gedurende de looptijd van de Teva-overeenkomst wilde verhandelen. Hoewel Teva dus tijdens de in de Teva-overeenkomst bepaalde periode met perindopril met een ander zout dan erbumine tot de markt had kunnen toetreden, laat dit onverlet dat die overeenkomst Teva verhinderde om met het perindopril erbumine met verzoeksters te concurreren en in dat opzicht de mededinging beperkte. Daarenboven kan worden opgemerkt dat het door verzoeksters aangedragen

bewijs om aan te tonen dat Teva met een ander zout dan erbumine tot de markt van het Verenigd Koninkrijk was toegetreden, betrekking heeft op gegevens die van na de beëindiging van de Teva-overeenkomst dateren.

- 667 Overigens zijn de stellingen van verzoeksters betreffende de ambivalente potentiële gevolgen van het exclusieve-afnamebeding in casu irrelevant (zie punt 636 hierboven). Er zij immers aan herinnerd dat dergelijke potentiële gevolgen, die in casu berusten op omstandigheden die op de datum van de sluiting van de Teva-overeenkomst onvoorspelbaar waren, niet in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van het onderzoek van de mededingingsbeperkende strekking (zie punt 644 hierboven). Hieraan kan worden toegevoegd dat, anders dan verzoeksters stellen, hoe dan ook niet kan worden overwogen dat de gestelde potentiële gevolgen van de Teva-overeenkomst de mededinging niet beperkten, laat staan dat zij gunstig voor de mededinging waren.
- 668 In het geval dat het EOB het 947-octrooi ongeldig zou hebben verklaard, zou het in de Teva-overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod Teva immers hebben verhinderd om met haar product of met het product van Krka tot de markt toe te treden, welk verbod – zoals blijkt uit de verwijzing in artikel 2.3 van de Teva-overeenkomst naar het „verstrijken” van de octrooien, in tegenstelling tot de in artikel II van het avoent bij de Teva-overeenkomst gebruikte term „herroepen” – van kracht zou zijn gebleven, terwijl die ongeldigverklaring de markttoetreding van mogelijkterwijs op dat octrooi inbreukmakende generieke producten wel mogelijk zou hebben gemaakt. Gesteld al dat verzoeksters Teva in dat geval met generiek perindopril zouden hebben bevoorrad, zoals zij beweren (zie punt 616 hierboven), zou die markttoetreding van Teva met het generieke product van verzoeksters bovendien niet tot concurrentie voor verzoeksters hebben geleid en zou Teva, gelet op de hiervoor genoemde toetreding van andere generieke ondernemingen, daarenboven niet de enige en aldus niet de eerste zijn geweest die tot de markt zou zijn toegetreden. Ook indien het EOB de geldigheid van het 947-octrooi zou hebben bevestigd, zou het voor Teva nog steeds onmogelijk zijn geweest om al dan niet inbreukmakend generiek perindopril af te nemen van andere ondernemingen dan verzoeksters, en zou zij door haar bevoorrading door verzoeksters, die in dat geval nog onwaarschijnlijker zou zijn geweest, zoals verzoeksters zelf erkennen (zie punt 636 hierboven), evenmin hebben kunnen gaan concurreren met verzoeksters. Ten aanzien van dat laatste moet worden toegevoegd dat de omstandigheid dat de Commissie het einde van de inbreuk heeft vastgesteld op de datum waarop Teva met het product van verzoeksters tot de markt van het Verenigd Koninkrijk is toegetreden, niet als een bevestiging kan worden uitgelegd dat de Commissie heeft erkend dat Teva in juli 2007 met verzoeksters is gaan concurreren. De Commissie heeft immers zelf in het bestreden besluit aangegeven (overwegingen 2125 en 3133) dat de vaststelling van het einde van de inbreuk op 6 juli 2007 voortkwam uit voorzichtigheid en uit de intentie om een datum te kiezen die gunstig was voor de partijen bij de overeenkomst.
- 669 Om dezelfde redenen zijn de stellingen van verzoeksters die betrekking hebben op hun voornemen om Teva te bevoorraden in het geval het EOB het 947-octrooi ongeldig zou verklaren en op de doelstelling van Teva om vervroegd of zelfs als eerste generieke onderneming tot de markt in het Verenigd Koninkrijk toe te treden, in casu evenmin relevant.
- 670 Tot slot kan de Commissie niet worden verweten (zie punt 624 hierboven) dat zij zich louter ter staving van haar analyse heeft gebaseerd op de uitlegging die de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), in zijn arrest van 9 oktober 2008 aan de Teva-overeenkomst heeft gegeven (overwegingen 1572 en 1573 van het bestreden besluit).
- 671 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie het exclusieve-afnamebeding en het niet-beëindigingsbeding van de Teva-overeenkomst niet onjuist heeft beoordeeld met haar overweging dat deze twee bedingen in combinatie met het in artikel 2.3 van de Teva-overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod in hun geheel moesten worden aangemerkt als een „verplichting om zich van concurrentie te onthouden” (zie overweging 1552 van het bestreden besluit) en aldus als een algeheel verhandelingsverbod voor Teva.

- 672 Hieruit volgt dat die bedingen, anders dan verzoeksters in wezen beweren, noch overeenkomen met die bedingen die gewoonlijk zijn opgenomen in een leveringsovereenkomst, noch met de bedingen van een exclusieve-afnameovereenkomst (zie ook de punten 661 en 662 hierboven), en bijgevolg niet op dezelfde wijze kunnen worden beoordeeld als de bedingen in een nevenovereenkomst bij een schikking, aangezien dergelijke overeenkomsten gangbare commerciële overeenkomsten zijn (zie de punten 798 tot en met 808 hierna).
- 673 Hieruit volgt tevens dat de argumenten van verzoeksters die op gangbare leveringsovereenkomsten of exclusieve-afnameovereenkomsten berusten, moeten worden verworpen.
- 674 In het bijzonder is het door verzoeksters aangevoerde feit dat dergelijke overeenkomsten tot een gangbare praktijk in de farmaceutische sector behoren in casu niet relevant, aangezien het exclusieve-afnamebeding van de Teva-overeenkomst niet overeenkomt met de door verzoeksters aangevoerde gangbare bedingen. Hieraan moet worden toegevoegd dat de praktijken van particulieren ondernemingen, zelfs indien deze worden gedoogd of goedgekeurd door de overheid van een lidstaat, hoe dan ook niet de doorslag mogen geven bij de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag (arrest van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, EU:C:1984:9, punt 40).
- 675 Verordening nr. 2790/1999 is evenmin relevant, des te meer daar die verordening op grond van artikel 2, lid 4, ervan niet van toepassing is op exclusieve overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen zoals die in casu, die beide de verhandeling van het perindopril onder hun eigen naam beogen. Teva is immers beschouwd als een potentiële concurrent van verzoeksters (zie punt 614 hierboven) en aan die hoedanigheid wordt niet afgedaan door het sluiten van een overeenkomst die gewoonlijk wordt gesloten tussen ondernemingen die op verschillende niveaus in de productie- of distributieketen opereren.
- 676 Aangaande de beoordeling door de Commissie van de overeenkomst tussen Servier en Generics, die nog geen jaar na de Teva-overeenkomst is gesloten, moet worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 745 van het bestreden besluit, zonder door verzoeksters te zijn weersproken, heeft vastgesteld dat het exclusieve-afnamebeding dat in die andere overeenkomst was opgenomen in geen enkele betaling of schadevergoeding voorzag in het geval van niet-bevoorrading door verzoeksters. Bovendien blijkt uit het dossier dat dat beding, gezien het ontbreken van door Generics ontwikkeld concurrerend perindopril, evenmin werd gecombineerd met een niet-beëindigingsbeding en een verhandelingsverbod, zodat de beoordelingen met betrekking tot die overeenkomst niet kunnen worden toegepast op de Teva-overeenkomst.
- 677 Tot slot kan niet uit het bestreden besluit worden opgemaakt dat de Commissie, voor zover zij duidelijk de in casu specifieke en problematische aspecten van het exclusieve-afnamebeding van de Teva-overeenkomst heeft belicht (zie met name de overwegingen 1553 tot en met 1574 van het bestreden besluit), in beginsel iedere gelijktijdige sluiting van een exclusieve-wederverkoopovereenkomst en een schikkingsovereenkomst heeft verboden.
- 678 Uit al het voorgaande blijkt dat de Commissie terecht heeft overwogen dat de Teva-overeenkomst de inspanningen van Teva om met verzoeksters te concurreren beperkte.

*ii) Geen stimulerend voordeel*

- 679 De Commissie heeft in het bestreden besluit overwogen dat het aanvankelijke bedrag van 5 miljoen GBP (hierna: „aanvankelijke bedrag”) en de forfaitaire schadevergoeding van 500 000 GBP per maand ten belope van in totaal 5,5 miljoen GBP ter vergoeding van de niet-bevoorrading door Servier

gedurende elf maanden (hierna: „uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding”) een aanzienlijke geldsom vertegenwoordigden, van 10,5 miljoen GBP, die voor Teva een aanzienlijke prikkel was geweest om af te zien van concurrentie met verzoeksters (overweging 1622).

680 Teneinde vast te stellen of een betaling in omgekeerde richting, dat wil zeggen een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming, al dan niet een prikkel is om in te stemmen met een niet-betwistingsbeding en een verhandelingsverbod, moet, rekening houdend met de aard en de rechtvaardiging van die betaling, worden onderzocht of zij de kosten dekt die inherent zijn aan de schikking van het geschil. De Commissie heeft in het bestreden besluit terecht onderzocht of de waardeoverdracht overeenkwam met de door de generieke onderneming gedragen specifieke kosten van de schikking (overwegingen 1592 tot en met 1599 van het bestreden besluit).

681 In het geval de betaling in omgekeerde richting uit hoofde van een schikkingsovereenkomst met mededingingsbepurende bedingen tot doel heeft de door de generieke onderneming gedragen kosten te vergoeden die inherent zijn aan de schikking, dan kan die betaling in beginsel niet als een prikkel worden beschouwd. Dat wil niet zeggen dat in dat geval is uitgesloten dat wordt vastgesteld dat er sprake is van een prikkel en van een mededingingsbeperking naar strekking. Dit veronderstelt evenwel dat de Commissie aantoont dat die aan de schikking inherente kosten buitensporig zijn, ook als zij door de partijen bij die schikking zijn vastgesteld en nauwkeurig zijn berekend (zie punt 278 hierboven).

682 De aan de schikking van het geschil inherente kosten omvatten met name de proceskosten die door de generieke onderneming in het kader van het geschil met de originator-onderneming zijn gedragen. De vergoeding ervan houdt immers rechtstreeks verband met een dergelijke schikking. Wanneer de partijen bij de schikking de hoogte van de door de generieke onderneming gedragen proceskosten hebben vastgesteld, kan de Commissie het stimulerende effect ervan dus slechts vaststellen door aan te tonen dat die kosten buitensporig zijn (zie punt 279 hierboven).

683 Daarentegen houden bepaalde door de generieke onderneming gedragen kosten per definitie onvoldoende verband met het geschil en de schikking ervan om te kunnen worden beschouwd als inherent aan de schikking van een octrooigeschil. Het gaat hier bijvoorbeeld om de voor de vervaardiging van inbreukmakende producten gemaakte kosten, die overeenkomen met de voorraadwaarde van die producten, en de voor onderzoek en ontwikkeling van die producten gemaakte kosten. Hetzelfde geldt voor bedragen die door de generieke onderneming aan derden moeten worden betaald uit hoofde van buiten het geschil om overeengekomen contractuele verbintenissen (bijvoorbeeld leveringsovereenkomsten). Het staat dan ook aan de partijen bij de overeenkomst om, indien zij wensen dat de betaling van die kosten noch als een prikkel, noch als een aanwijzing voor het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking wordt aangemerkt, te bewijzen dat die kosten inherent zijn aan het geschil of aan de schikking ervan en om vervolgens het bedrag ervan te rechtvaardigen. Te dien einde zouden zij ook kunnen aanvoeren dat voor de kosten die in principe niet inherent zijn aan de schikking van het geschil slechts een onbeduidend bedrag wordt vergoed, dat aldus ontoereikend is om een aanzienlijke prikkel te vormen voor instemming met de in de schikkingsovereenkomst opgenomen mededingingsbepurende bedingen (zie punt 280 hierboven).

#### – Uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding

684 Anders dan verzoeksters stellen, heeft de Commissie terecht overwogen dat de uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding een betaling was die aan Teva was toegekend in ruil voor haar toezegging om niet met Servier te concurreren (overweging 1588 van het bestreden besluit), en bijgevolg een prikkel vormde om met een verhandelingsverbod in te stemmen. Aangezien de Commissie terecht heeft overwogen dat het exclusieve-afnamebeding en het niet-beëindigingsbeding van de Teva-overeenkomst overeenkwamen met het opleggen van een verhandelingsverbod waarmee Teva van de markt werd uitgesloten (zie punt 671 hierboven), en de artikelen 1.8 en 3.8.3 van de Teva-overeenkomst voorzagen in de betaling van een forfaitaire schadevergoeding van 500 000 GBP



per maand in het geval van niet-levering van het product, dat wil zeggen in het geval van de concretisering van die marktuitsluiting, vormt de forfaitaire schadevergoeding immers duidelijk de tegenprestatie van de niet-toetreding tot de markt door Teva.

685 In dat verband is het argument van verzoeksters dat de forfaitaire schadevergoeding in het Engels recht een klassiek contractueel instrument is dat overeenkomt met het bedrag dat door een rechter had kunnen worden toegekend wegens niet-nakoming van een bevoorradingsverplichting, niet relevant. In het onderhavige geschil vloeit het bestaan van de prikkel immers voort uit het feit dat de betaling niet wordt verricht om de aan de schikking inherente kosten of de kosten voor de uitvoering van een gangbare leveringsovereenkomst te vergoeden, maar als tegensprestatie voor het afzien van markttoetreding, zoals bepaald in bovengenoemde bedingen, ongeacht het rechtsinstrument dat voor de verwezenlijking van die tegenprestatie is gebruikt en ongeacht het feit dat die tegenprestatie overeenkomt met de schadevergoeding die een rechter zou hebben toegekend (zie de punten 680 en 681 hierboven).

686 De vergelijking die verzoeksters maken met de beoordeling door de Commissie van de Lundbeck-Neolab-overeenkomsten (zie de punten 394 tot en met 398 hierboven), kan al evenmin afdoen aan de kwalificatie van uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding als prikkel.

– *Aanvankelijk bedrag*

687 Wat betreft het in artikel 10.1 van de Teva-overeenkomst bepaalde aanvankelijke bedrag moet worden overwogen dat de door verzoeksters aangevoerde argumenten niet kunnen afdoen aan het door de Commissie vastgestelde bestaan van een prikkel.

688 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat artikel 10.1 van de Teva-overeenkomst als volgt luidt:

„Onder voorwaarde van de ontvangst van een door Teva opgestelde conforme factuur keert Servier Teva binnen tien werkdagen na ontvangst van die factuur een bedrag van 5 000 000 [GBP] uit, dan wel zorgt ervoor dat dat bedrag door een van haar dochterondernemingen aan Teva wordt uitgekeerd. Die factuur kan tijdens de ondertekening van de onderhavige [overeenkomst] worden verstrekt en is onmiddellijk opeisbaar, zij het onder de voorwaarde dat Servier over een termijn van tien werkdagen beschikt om de betaling te verrichten. Die betaling is een bijdrage in de door Teva gemaakte kosten voor de voorbereiding van de sluiting van de onderhavige [overeenkomst], waaronder, doch niet uitsluitend, de kosten voor het opzeggen van haar bestaande leveringsovereenkomsten in het Verenigd Koninkrijk.”

689 In het bestreden besluit heeft de Commissie om te beginnen vastgesteld dat Teva achteraf geen nauwkeurige specificatie had verstrekt van de verschillende kosten die door het aanvankelijke bedrag zouden zijn vergoed, met uitzondering van de op minder dan 100 000 EUR geschatte proceskosten voor de procedure die Ivax in het Verenigd Koninkrijk tegen Servier had ingesteld (overwegingen 1594 en 1597). Niettemin heeft de Commissie een schatting gemaakt van de andere kosten die volgens haar onder artikel 10.1 van de Teva-overeenkomst konden vallen – waaronder die kosten die overeenkwamen met de voorraadwaarde van het te vernietigen perindopril van Teva en de kosten voor de ontwikkeling van perindopril – en hieruit opgemaakt dat die totale kosten minder dan 40 % van het aanvankelijke bedrag vertegenwoordigden (overwegingen 1596 tot en met 1599 van het bestreden besluit).

690 De Commissie heeft dus overwogen dat bepaalde onder artikel 10.1 van de Teva-overeenkomst vallende kosten weliswaar konden worden aangemerkt als kosten die inherent waren aan de schikking van het geschil tussen verzoeksters en Teva, maar dat Teva de betrokken kosten niet had berekend, laat staan het bedrag ervan had aangetoond, met uitzondering van de proceskosten, die zij evenwel globaal had berekend zonder het bedrag aan te tonen. Wat die proceskosten betreft merkt de Commissie in het bestreden besluit immers op dat Teva enkel een bedrag van „minder dan

100 000 EUR” heeft „genoemd” (overweging 797) of heeft „medegedeeld” (overweging 1597), en heeft zij in antwoord op een ter terechtzitting gestelde vraag bevestigd dat Teva geen enkel bewijsstuk bij haar berekende schatting had verstrekt.

- 691 Verzoeksters voeren geen enkel argument aan, laat staan dat zij enig bewijs overleggen, zoals de in artikel 10.1 van de overeenkomst genoemde „conforme factuur”, waarmee die analyse van de Commissie kan worden weerlegd.
- 692 In de eerste plaats volstaan verzoeksters met de verwijzing naar de „vernietiging van een voorraad”, waarvan zij de waarde noemen. Niettemin valt de schadevergoeding voor de waarde van de te vernietigen voorraad in beginsel niet onder de kosten die inherent zijn aan een schikking (zie de punten 280 en 683 hierboven).
- 693 Verzoekster tonen hoe dan ook de waarde van die voorraad niet aan. Ten eerste komt het door hen aangevoerde bedrag in EUR, gelet op de door de Commissie gebruikte wisselkoers (zie met name voetnoot 4109 van het bestreden besluit), immers niet overeen met het in het bestreden besluit genoemde bedrag in GBP (overweging 1596). Ten tweede, en bovenal, staven verzoeksters hun bewering met geen enkel ander bewijsmateriaal dan hun eigen verklaringen en die van Teva in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, alsook een document van Teva waarin een dergelijke berekening niet voorkomt. Derhalve kan die betaling van de waarde van de te vernietigen productvoorraad van Teva, zelfs al moest die betaling in casu, voor zover die vernietiging in de Teva-overeenkomst was overeengekomen (artikel 2.2), als inherent aan die overeenkomst worden beschouwd, niet anders dan worden gekwalificeerd als een stimulerende prikkel, aangezien de onderbouwing van het bedrag ervan ontbreekt (zie punt 683 hierboven).
- 694 In de tweede plaats noemen verzoeksters een bedrag van 1 miljoen GBP dat Teva aan een van haar handelspartners moest betalen wegens de verbreking van het betrokken handelspartnerschap. Buiten het feit dat geldbedragen die de generieke onderneming wegens de beëindiging van lopende overeenkomsten aan derden moet betalen in beginsel geen aan een schikking inherente kosten zijn (zie punt 683 hierboven), kan worden opgemerkt dat het beweerde bedrag nergens in de als bijlage bij het verzoekschrift opgenomen betrokken overeenkomst wordt vermeld.
- 695 In de derde plaats stellen verzoeksters weliswaar dat het aanvankelijke bedrag overeenkwam met de schadevergoeding die zij aan Teva hadden moeten betalen in het geval van een onterecht uitgevaardigd bevel – welke betaling zij dankzij de Teva-overeenkomst zouden hebben voorkomen – maar moet worden opgemerkt dat verzoeksters met die bewering in wezen het gerechtvaardigde karakter van het aanvankelijke bedrag proberen te bewijzen door dat bedrag te vergelijken met dat van andersoortige kosten, die niet onder artikel 10.1 van de overeenkomst vallen. Hoewel de formulering van die bepaling niet-beperkend is, heeft zij immers enkel betrekking op de „door Teva gedragen kosten” en niet op die kosten die door verzoeksters zijn gedragen of zijn voorkomen. Met hun bewering verwarren verzoeksters bovendien het – in casu als enige aan de orde zijnde – ten aanzien van de schikking gerechtvaardigde karakter van het aanvankelijke bedrag met de evenredigheid van het bedrag, voor de beoordeling waarvan de voorgestelde vergelijking in voorkomend geval relevant zou kunnen zijn. Er zij aan herinnerd dat het hier om twee verschillende beoordelingen gaat, die achtereenvolgens door de Commissie moeten worden verricht. Aldus staat het aan de Commissie om voor de beoordeling van het beperkende karakter van een schikkingsovereenkomst op octrooigebied waarin een waardeoverdracht is opgenomen ten eerste te onderzoeken of de door de waardeoverdracht gedekte kosten ten aanzien van de schikking gerechtvaardigd zijn, en in het bijzonder of de waardeoverdracht overeenkomt met het vastgestelde bedrag van de kosten die naar hun aard als inherent aan de schikking kunnen worden aangemerkt, en vervolgens ten tweede, indien zij die kosten gerechtvaardigd acht, na te gaan of het bedrag ervan niet onevenredig is, met name gelet op het type betrokken kosten (zie de punten 681 en 682 hierboven).

- 696 Voorts dient te worden geoordeeld dat verzoeksters, gesteld al dat de aangevoerde vergelijking relevant kan zijn om na te gaan of het aanvankelijke bedrag ten aanzien van de schikking gerechtvaardigd was, geen enkele schatting van de beweerdelijk voorkomen kosten verstrekken. Zij spreken immers enkel van de aanzienlijke schadevergoeding in het geval van het verliezen van de bodemprocedure die volgt op een in hun voordeel uitgesproken bevel.
- 697 Tot slot moet uit de vierde stelling van verzoeksters dat het aanvankelijke bedrag bedoeld was om het exclusieve-afnamebeding „veilig te stellen” (zie punt 628 hierboven), worden afgeleid dat zij dat bedrag als een tegenprestatie van dat beding beschouwen en aldus in wezen het stimulerende karakter ervan erkennen, aangezien dat beding is uitgelegd als een beding dat Teva een verhandelingsverbod oplegt (zie de punten 684 en 685 hierboven).
- 698 Hieruit volgt dat de Commissie in het bestreden besluit (overwegingen 1608 en 1622) op goede gronden heeft overwogen dat in de Teva-overeenkomst sprake was van een prikkel voor Teva om in te stemmen met het in die overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding, zonder dat zij daarenboven verplicht was om, zoals verzoeksters stellen (zie punt 628 hierboven), na te gaan of die bedingen minder beperkend waren geweest zonder die stimulerende betaling. De vaststelling van een prikkel om in te stemmen met een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding vereist immers enkel het bestaan van dergelijke bedingen, ongeacht de minder of meer beperkende strekking ervan, en een analyse van de kosten die door de betrokken waardeoverdracht worden gedekt (zie de punten 680 en 681 hierboven).
- 699 Aan het bestaan van die prikkel kan niet worden afgedaan door de bewering van verzoeksters dat de Commissie het aanvankelijke bedrag ten onrechte heeft „vermengd” met de uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding en op basis hiervan een „netto-waardeoverdracht van 10,5 miljoen GBP” heeft vastgesteld. Het klopt dat het bedrag van de uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding, zoals verzoeksters terecht opmerken, in tegenstelling tot het in artikel 10.1 van de Teva-overeenkomst bepaalde aanvankelijke bedrag voortvloeit uit de uitvoering van de Teva-overeenkomst en in het bijzonder uit de niet-bevoorrading van Teva door verzoeksters, en niet, voor het bedrag van 5,5 miljoen GBP ervan, uit het in de overeenkomst opgenomen betrokken beding dat uitsluitend voorziet in een maandelijkse schadevergoeding van 500 000 GBP. Hoewel hieruit kan worden opgemaakt dat het bedrag van 10,5 miljoen GBP overeenkomt met dat van de daadwerkelijk aan Teva uitgekeerde waardeoverdracht en niet met dat van de enkel uit de bedingen van de Teva-overeenkomst voortvloeiende waardeoverdracht, neemt dit evenwel niet weg dat die daadwerkelijke overdracht, voor wat betreft het volledige bedrag ervan, eveneens een prikkel is, om dezelfde redenen als die welke tot de vaststelling hebben geleid dat het aanvankelijke bedrag en de maandelijkse schadevergoeding van 500 000 GBP een prikkel waren.
- 700 Hieruit volgt dat de Commissie gelet op het voorgaande (zie in het bijzonder de punten 265 tot en met 271 hierboven) op basis van de vaststelling van die prikkel, waarvan beide bestanddelen in de Teva-overeenkomst aanwezig waren, terecht heeft overwogen dat die overeenkomst al bij de totstandkoming ervan een mededingingsbeperkende strekking had.
- 701 Aan die vaststelling wordt niet afgedaan door de gestelde onjuiste opvatting van de doelstelling van de Teva-overeenkomst en van de bedoelingen van de partijen bij die overeenkomst.
- 702 De stelling van verzoeksters dat de partijen bij de Teva-overeenkomst geen mededingingsverstoring voornemen hadden en legitieme doelen nastreefden, waaronder met name de vervroegde markttoetreding in het Verenigd Koninkrijk van Teva – die zelfs als eerste generieke onderneming zou toetreden – kan immers niet afdoen aan het bestaan van een stimulerend voordeel, noch aan het mededingingsbeperkende karakter van het in de Teva-overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding (zie ook punt 669 hierboven). Bijgevolg kunnen de betrokken argumenten, zelfs al zouden zij op bewezen feiten berusten, in geen geval de door de Commissie vastgestelde kwalificatie als beperking naar strekking van de Teva-overeenkomst weerleggen.

703 Hieraan moet bovendien worden toegevoegd dat de bedoelingen van de partijen niet in aanmerking hoeven te worden genomen bij het onderzoek of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen een beperkende werking heeft (zie punt 222 hierboven).

704 Bovendien heeft de Commissie, gelet op de aanwezigheid van een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding waarvan de mededingingsbeperkende aard niet op goede gronden ter discussie is gesteld, de Teva-overeenkomst vanwege de vaststelling van het bestaan van een prikkel terecht kunnen aanmerken als een overeenkomst tot marktuitsluiting en aldus als een overeenkomst met een mededingingsverstoring doel. Volgens vaste rechtspraak kan een overeenkomst echter ook dan als een mededingingsbeperking naar strekking worden aangemerkt wanneer zij ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft (zie punt 222 hierboven).

*iii) Subsidiair aangevoerde grief met betrekking tot de duur van de inbreuk*

705 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij het begin van de aan hen uit hoofde van de Teva-overeenkomst verweten inbreuk heeft vastgesteld op de datum van de sluiting van die overeenkomst (13 juni 2006) in plaats van op de datum waarop Teva de VHB in het Verenigd Koninkrijk heeft verkregen (12 december 2006) (zie punt 641 hierboven).

706 Dienaangaande zij eraan herinnerd, ten eerste, dat bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden op een bepaalde markt en van de veroorzaakte beperkingen van die mededinging niet enkel moet worden afgegaan op de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, maar ook op de potentiële mededinging tussen die gevestigde ondernemingen en andere nog niet op de markt aanwezige ondernemingen (zie arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en, ten tweede, dat de Commissie terecht heeft overwogen dat Teva ten tijde van de sluiting van de Teva-overeenkomst een potentiële concurrent van verzoeksters was (zie punt 614 hierboven), ook al beschikte zij op die datum niet over een VHB (zie de punten 478 en 599 hierboven). Hieruit volgt dat de Commissie geen fout heeft gemaakt met haar overweging dat de mededinging al bij de sluiting van de Teva-overeenkomst op 13 juni 2006 werd beperkt en de uit hoofde van die overeenkomst aan verzoeksters verweten inbreuk op die datum aanving.

707 Bijgevolg moet de grief die is gericht tegen de beoordeling door de Commissie van de duur van de uit hoofde van de Teva-overeenkomst vastgestelde inbreuk worden verworpen, evenals het middel betreffende de onjuiste toepassing van het recht en de beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Teva-overeenkomst als beperking naar strekking.

***c) Onjuiste toepassing van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Teva-overeenkomst als een overeenkomst met mededingingsbeperkende gevolgen***

708 Verzoeksters stellen dat de Commissie het recht meermaals onjuist heeft toegepast en beoordelingsfouten heeft gemaakt met betrekking tot de kwalificatie van de Teva-overeenkomst als een overeenkomst met mededingingsbeperkende gevolgen.

709 Het onderhavige middel moet, door de overeenkomstige toepassing van de in de punten 566 tot en met 570 hierboven uiteengezette overwegingen, als niet ter zake dienend worden verworpen.

***8. Overeenkomst met Lupin***

***a) Kwalificatie van Lupin als potentiële concurrent***

[omissis]



***b) Onjuiste toepassing van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Lupin-overeenkomst als mededingingsbeperking naar strekking***

*1) Argumenten van partijen*

[omissis]

*2) Beoordeling door het Gerecht*

787 Wat betreft het middel betreffende de vaststelling zelf van de inbreuk moeten allereerst de argumenten van verzoeksters worden onderzocht waarmee zij de twee voorwaarden voor de vaststelling van een beperking naar strekking betwisten, dat wil zeggen het stimulerende voordeel voor de generieke onderneming en de hiermee samenhangende beperking van haar inspanningen om met de originator-onderneming te concurreren. Vervolgens moet worden onderzocht of de Commissie terecht het bestaan van een inbreuk kon vaststellen. Tot slot moet worden nagegaan of de Commissie heeft blijk gegeven van een onjuiste materiële afbakening van die inbreuk.

788 In de laatste plaats zal het subsidiair door verzoeksters aangevoerde middel betreffende de duur van de inbreuk worden onderzocht.

*i) Afwezigheid van een stimulerend voordeel*

789 Uit artikel 2 van verordening nr. 1/2003 en uit vaste rechtspraak blijkt dat het op het gebied van het mededingingsrecht aan de Commissie staat om in geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk rechtens genoegzaam kunnen bewijzen (arresten van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 58, en 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 86; zie ook arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, EU:T:2013:188, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

790 In deze context dient het bestaan van twijfel bij de rechter in het voordeel te spelen van de onderneming die adessaat is van het besluit waarbij een inbreuk is vastgesteld. De rechter kan dus niet concluderen dat de Commissie de betrokken inbreuk rechtens genoegzaam heeft bewezen, indien daarover bij hem twijfel blijft bestaan, met name in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een besluit waarbij een geldboete is opgelegd (zie arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, EU:T:2013:188, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

791 Er dient namelijk rekening te worden gehouden met het vermoeden van onschuld, zoals dat met name voortvloeit uit artikel 48 van het Handvest van de grondrechten. Gelet op de aard van de betrokken inbreuken en op de aard en de ernst van de sancties die daaraan kunnen worden verbonden, geldt het vermoeden van onschuld met name voor procedures betreffende inbreuken op de voor de ondernemingen geldende mededingingsregels die tot het opleggen van geldboeten of dwangsommen kunnen leiden (zie arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, EU:T:2013:188, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

792 Verder dient rekening te worden gehouden met de niet te verwaarlozen imagoschade die een natuurlijke persoon of een rechtspersoon oploopt wanneer wordt vastgesteld dat hij betrokken was bij een inbreuk op de mededingingsregels (zie arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, EU:T:2013:188, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 793 De Commissie moet dus, om het bestaan van de inbreuk aan te tonen, nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen aandragen die de vaste overtuiging kunnen schragen dat de gestelde inbreuken beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormen (zie arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, EU:T:2013:188, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 794 Beklemtoond dient te worden dat niet elk door de Commissie aangedragen bewijs noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan deze criteria hoeft te voldoen. Het door deze instelling aangevoerde samenstel van aanwijzingen kan immers, in zijn geheel beschouwd, aan dit vereiste voldoen (zie arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, EU:T:2013:188, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 795 Het bestaan van een mededingingsbeperkende gedraging of overeenkomst moet soms zelfs worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden (arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 57).
- 796 Hoewel bijvoorbeeld een parallelie in de gedragingen op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging mag worden gelijkgesteld, kan zij niettemin een ernstige aanwijzing voor een dergelijke gedraging opleveren wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen (arrest van 14 juli 1972, Farbenfabriken Bayer/Commissie, 51/69, EU:C:1972:72, punt 25).
- 797 Evenzo kan de aanwezigheid van een nevenovereenkomst – volgens de uitdrukking die de Commissie in overweging 1190 van het bestreden besluit heeft gebruikt – in het kader van de schikking van een octrooigeschil een ernstige aanwijzing vormen dat sprake is van een prikkel en bijgevolg van een mededingingsbeperking naar strekking (zie de punten 265 tot en met 273 hierboven).
- 798 Dienaangaande moet worden gepreciseerd dat een nevenovereenkomst een gangbare commerciële overeenkomst is die is „gekoppeld” aan een schikkingsovereenkomst die bedingen bevat die als zodanig een beperkend karakter hebben (zie punt 257 hierboven). Van een dergelijke koppeling is in het bijzonder sprake wanneer beide overeenkomsten op dezelfde dag zijn gesloten, wanneer sprake is van een juridische band tussen die overeenkomsten omdat het dwingende karakter van de ene overeenkomst afhankelijk is gesteld van de sluiting van de andere overeenkomst, of wanneer de Commissie, ten aanzien van de context waarin zij zijn gesloten, kan bewijzen dat zij onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Hieraan kan worden toegevoegd dat hoe korter de tijdsperiode tussen de sluiting van de overeenkomsten, hoe eenvoudiger het voor de Commissie zal zijn om dat onlosmakelijke karakter vast te stellen.
- 799 Voorts zij nog opgemerkt dat het op dezelfde dag sluiten van de schikkingsovereenkomst en de nevenovereenkomst of het bestaan van een contractuele band tussen die overeenkomsten erop duidt dat die overeenkomsten deel uitmaken van eenzelfde contractueel geheel. Indien die overeenkomsten immers niet op dezelfde dag zouden worden gesloten (en er geen contractuele band tussen die overeenkomsten zou bestaan), dan zou één van de onderhandelingspartijen aan alle wensen van de andere partij tegemoetkomen zonder enige zekerheid dat zij uiteindelijk de verwachte tegenprestatie zal verkrijgen. Die temporele dan wel juridische band tussen de twee overeenkomsten vormt ook een aanwijzing dat er een gemeenschappelijke onderhandeling over die overeenkomsten is gevoerd.
- 800 De nevenovereenkomst is evenwel een gangbare commerciële overeenkomst, die ook op zichzelf zou kunnen bestaan, zonder dat sprake is van de schikking van een geschil. Omgekeerd gebiedt de sluiting van de schikkingsovereenkomst niet dat tegelijkertijd een commerciële overeenkomst wordt gesloten.

Aldus is de koppeling van die twee overeenkomsten niet noodzakelijk. Bovendien kan zij niet door de schikking van een geschil worden gerechtvaardigd, aangezien de nevenovereenkomst niet het treffen van een dergelijke schikking, maar het totstandbrengen van een commerciële transactie tot doel heeft.

- 801 Daarenboven houdt de nevenovereenkomst waardeoverdrachten tussen de partijen in, al dan niet van financiële aard. Zij kan met name waardeoverdrachten door de octrooihouder ten gunste van de generieke onderneming inhouden.
- 802 Er bestaat dus een risico dat de koppeling van een commerciële overeenkomst aan een schikkingsovereenkomst waarin een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding zijn opgenomen, die als zodanig mededingingsbeperkend zijn (zie punt 257 hierboven), in werkelijkheid is bedoeld om de generieke onderneming, onder het mom van een commerciële transactie die in voorkomend geval de vorm van een complexe contractuele constructie aanneemt, via een in de nevenovereenkomst overeengekomen waardeoverdracht aan te sporen om met die bedingen in te stemmen.
- 803 Bijgevolg is de koppeling, in de in punt 798 hierboven uiteengezette omstandigheden, van een schikkingsovereenkomst met mededingingsbeperkende bedingen aan een commerciële overeenkomst – die normaliter niet de schikking van een geschil tot doel heeft (zie punt 800 hierboven) en op grond waarvan een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming plaatsvindt – een ernstige aanwijzing voor het bestaan van een betaling in omgekeerde richting (zie punt 264 hierboven).
- 804 De in het vorige punt genoemde ernstige aanwijzing is echter niet toereikend en de Commissie dient die aanwijzing dus te staven door andere onderling overeenstemmende gegevens aan te dragen op basis waarvan het bestaan van een betaling in omgekeerde richting kan worden vastgesteld. In de specifieke context van nevenovereenkomsten komt een dergelijke betaling overeen met het deel van de door de originator-onderneming verrichte betaling dat de „normale” waarde van het verhandelde goed overstijgt (of in voorkomend geval met het deel van de „normale” waarde van het verhandelde goed dat de door de generieke onderneming verrichte betaling overstijgt).
- 805 In dat verband dient te worden benadrukt dat de Commissie op basis van diverse aanwijzingen – waaronder het feit dat Lupin geen enkele garantie gaf dat een octrooi zou worden verleend, dat het geldig zou zijn, dan wel dat de geclaimde producten of werkwijzen niet-inbreukmakend zouden zijn [artikel 2.2, onder a), van de Lupin-overeenkomst] – tot twee maal toe in het bestreden besluit heeft aangegeven dat de aanschaf van de technologie van Lupin niet „tegen marktvoorwaarden” was onderhandeld (overwegingen 1950 en 1952).
- 806 Opgemerkt moet worden dat het begrip „normale mededingingsomstandigheden” – waarmee het begrip „normale marktvoorwaarden”, dat weliswaar niet op het gebied van mededingingsregelingen wordt gebruikt, verwant is – geen onbekende is in het mededingingsrecht, aangezien het – zij het inderdaad op het specifieke gebied van staatssteun – wordt gebruikt om te bepalen of een staat zich als particuliere investeerder heeft gedragen (arrest van 2 september 2010, Commissie/Scott, C-290/07 P, EU:C:2010:480, punt 68), dat wil zeggen of het aan de betrokken ondernemingen toegekende voordeel de normale vergoeding is voor een door de staat verkregen tegenprestatie. Dat begrip kan bijgevolg naar analogie een relevante referentieparameter zijn voor de vaststelling of een commerciële transactie die door twee ondernemingen is aangegaan op overwegingen berust die enkel door de economische waarde van het verhandelde goed – bijvoorbeeld het vooruitzicht dat het zal renderen – en dus door normale marktvoorwaarden zijn ingegeven.
- 807 Indien de Commissie aanwijzingen of bewijs heeft aangevoerd op basis waarvan zij kan overwegen dat de nevenovereenkomst niet tegen normale marktvoorwaarden is gesloten, kunnen de partijen bij de overeenkomsten hun versie van de feiten aandragen door hun beweringen te onderbouwen met het bewijsmateriaal dat zij kunnen overleggen en op basis waarvan kan worden overwogen dat de

commerciële overeenkomst, ook al is die aan de schikkingsovereenkomst gekoppeld, wordt gerechtvaardigd door andere redenen dan de uitsluiting van een concurrent door middel van een betaling in omgekeerde richting. De partijen bij de overeenkomsten kunnen aldus, door passende gegevens aan te dragen die betrekking hebben op bijvoorbeeld de industriële en commerciële gebruiken in de sector of op de bijzondere omstandigheden van het geval, aanvoeren dat de nevenovereenkomst tegen marktvoorwaarden is gesloten.

- 808 Rekening houdend met alle gegevens waarover zij beschikt en in voorkomend geval met het ontbreken van een verklaring of een plausibele verklaring van de partijen bij de overeenkomsten, kan de Commissie na een alomvattende beoordeling goede gronden hebben om te overwegen dat de nevenovereenkomst niet tegen normale marktvoorwaarden is gesloten, dat wil zeggen dat de door de originatoronderneming verrichte betaling de waarde van het verhandelde goed overstijgt (of dat de waarde van het goed dat aan de generieke onderneming is overgedragen de door haar verrichte betaling overstijgt). De Commissie kan dan vaststellen dat sprake is van een betaling in omgekeerde richting (zie punt 804 hierboven).
- 809 Indien een betaling in omgekeerde richting niet tot doel heeft de kosten te vergoeden die inherent zijn aan de schikking, dan is die betaling een stimulerend voordeel (zie punt 265 en de punten 278 tot en met 280 hierboven). Dat is het geval wanneer een betaling voortvloeit uit een nevenovereenkomst die niet het treffen van de schikking van een geschil, maar het totstandbrengen van een commerciële transactie tot doel heeft (zie punt 800 hierboven).
- 810 Niettemin kunnen de partijen bij de overeenkomsten zich nog beroepen op de onbeduidende aard van het betrokken voordeel, waarvan het bedrag ontoereikend zou zijn om te worden aangemerkt als een aanzienlijke prikkel om in te stemmen met de mededingingsbeperkende bedingen in de schikkingsovereenkomst (zie punt 280 hierboven).
- 811 In het licht van voorgaande overwegingen moeten thans de bijzondere omstandigheden van het geval worden onderzocht.
- 812 Opgemerkt moet worden dat Servier en Lupin op dezelfde dag zowel een schikkingsovereenkomst zijn overeengekomen die een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding bevatte, als een overeenkomst inzake technologieoverdracht waarbij Lupin drie door haar ingediende octrooiaanvragen aan Servier heeft overgedragen. Die twee overeenkomsten zijn bovendien in de vorm van één enkele overeenkomst gesloten. De band tussen die twee overeenkomsten is dus evident.
- 813 Via de overdrachtsovereenkomst vindt bovendien een waardeoverdracht door Servier ten gunste van Lupin plaats.
- 814 Uit de punten 812 en 813 hierboven blijkt dat de overdrachtsovereenkomst een nevenovereenkomst is op grond waarvan een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming plaatsvindt. Dat is een ernstige aanwijzing dat de betrokken waardeoverdracht niet enkel de tegenprestatie is voor het in het kader van de nevenovereenkomst verhandelde goed, maar tevens een betaling in omgekeerde richting inhoudt (in de zin van die uitdrukking op het gebied van nevenovereenkomsten).
- 815 Bovendien staat vast dat Servier Lupin in het kader van de overdrachtsovereenkomst een geldbedrag van 40 miljoen EUR heeft betaald, dat, zoals de Commissie in de overwegingen 1871 en 1947 van het bestreden besluit terecht heeft opgemerkt, absoluut gezien een groot bedrag is.
- 816 Een dergelijk bedrag oversteeg de winst uit verkoop die Lupin gedurende de eerste twee à drie jaar na haar autonome markttoetreding kon verwachten, zoals de Commissie in overweging 1974 van het bestreden besluit terecht heeft vastgesteld.



- 817 Tevens staat vast dat het betrokken bedrag hoger was dan het bedrag dat een andere, soortgelijke generieke onderneming had geïnvesteerd in de ontwikkeling van haar eigen perindopril, zoals de Commissie in overweging 1962 van het bestreden besluit heeft benadrukt. Een dergelijke door de Commissie gebruikte aanwijzing is, anders dan verzoeksters stellen, bijzonder relevant.
- 818 Hieraan moet worden toegevoegd dat Lupin geen octrooien, maar enkel octrooiaanvragen overdroeg. Bovendien was uitdrukkelijk in de overeenkomst bepaald dat Lupin geen enkele garantie gaf dat een octrooi zou worden verleend, dat het geldig zou zijn, dan wel dat de geclaimde producten of werkwijzen niet-inbreukmakend zouden zijn [artikel 2.2, onder a), van de Lupin-overeenkomst].
- 819 Tot slot staat vast dat Servier en Lupin in hun antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar weliswaar beide hebben ontkend dat de schikking afhankelijk was van de voorwaarde dat de octrooiaanvragen werden overgedragen, maar Lupin daaraan voorafgaand had aangegeven dat de overdracht van die aanvragen integraal onderdeel uitmaakte van de onderhandelingen in het kader van de schikking van het geschil. Bovendien had zij de ontvangen betalingen beschreven als „betalingen van de schikking” of „bedragen van de schikking” (overweging 1937 van het bestreden besluit).
- 820 Daarentegen dragen verzoeksters geen enkel nauwkeurig bewijs aan op basis waarvan kan worden aangetoond dat de aanschaf van de octrooiaanvragen van Lupin voor een bedrag van 40 miljoen EUR redelijkerwijs als een rendabele investering kon worden beschouwd (zie voor de voortzetting van de in punt 806 hierboven uiteengezette analogie met het begrip „particuliere investeerder in een markteconomie” arrest van 12 december 2000, Alitalia/Commissie, T-296/97, EU:T:2000:289, punt 84, waarin is aangegeven dat het gedrag van een particuliere investeerder in een markteconomie is ingegeven door rendabiliteitsvooruitzichten) of in ieder geval als een aanschaf die de koper van die aanvragen inkomsten kon verschaffen die de hoge kosten ervan konden compenseren.
- 821 Verzoeksters verwijzen inderdaad, zelfs al is het op weinig gedetailleerde wijze, naar het bestaan van transacties die volgens hen vergelijkbaar zijn met de met Lupin gesloten overdrachtsovereenkomst. Het gaat hier evenwel om overeenkomsten waarbij verzoeksters partij waren, die dus enkel als een bijkomstige referentie kunnen worden gebruikt voor de vaststelling of een transactie tegen normale marktvoorwaarden is uitgevoerd. Bovendien zijn sommige van die transacties door de Commissie als inbreuk op het mededingingsrecht aangemerkt. Tot slot tonen verzoeksters niet aan dat de in het kader van die verschillende transacties overgedragen technologie gelijkwaardig was aan de in de overdrachtsovereenkomst aan de orde zijnde technologie.
- 822 Het is juist dat verzoeksters in dat verband ook verwijzen naar het advies van een persoon die zichzelf beschrijft als een adviseur op het gebied van de intellectuele eigendom. Die persoon preciseert evenwel zelf dat hij zijn advies namens Servier heeft uitgebracht. Dat beperkt per definitie de bewijskracht van een dergelijk advies. Bovenal zijn de conclusie van dat advies („Ik zou de aankopen dus beschouwen als aankopen die onder de normale praktijk van een onderneming vallen”) en het bewijs waarop die conclusie berust te algemeen om te kunnen aantonen dat de betrokken waardeoverdracht een tegen normale marktvoorwaarden verrichte transactie zou zijn geweest. Bovendien zijn de als referentie gebruikte transacties wederom transacties waaraan Servier heeft deelgenomen en zijn ten minste sommige ervan door de Commissie als inbreuk op het mededingingsrecht aangemerkt.
- 823 Overigens zou het feit dat de octrooiafdelingen, productieafdelingen of andere diensten van Servier de technologie van Lupin als „interessant” hebben aangemerkt, gesteld al dat dit vaststaat, zoals verzoeksters aanvoeren, niet tot de vaststelling kunnen leiden dat de betrokken waardeoverdracht een tegen normale marktvoorwaarden verrichte transactie zou zijn geweest.

- 824 Evenmin zou de bewering dat „over de aanvankelijk gestelde eisen is onderhandeld totdat een voor beide partijen aanvaardbaar niveau was bereikt”, gesteld al dat zij is bewezen, tot de vaststelling kunnen leiden dat de betrokken waardeoverdracht een tegen normale marktvoorwaarden verrichte transactie zou zijn geweest.
- 825 Aldus kan het door verzoeksters aangedragen bewijs, zelfs cumulatief beschouwd, niet leiden tot de vaststelling dat de betrokken waardeoverdracht een tegen normale marktvoorwaarden verrichte transactie zou zijn geweest.
- 826 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie, met name op grond van de in punt 795 hierboven aangehaalde rechtspraak (overweging 1940 van het bestreden besluit), heeft overwogen dat „Servier noch Lupin een geloofwaardige beschrijving [had] kunnen aandragen van de factoren op basis waarvan zij op het uiteindelijke geldbedrag van 40 miljoen EUR [waren] uitgekomen” (overweging 1955). Bovendien heeft zij in overweging 1944 van het bestreden besluit overwogen dat zij „op goede gronden bepaalde conclusies [kon] trekken uit een situatie waarin het mogelijk ontlastende bewijs enkel van de partijen zelf afkomstig [kon] zijn”, en dat „de partijen ondanks meerdere verzoeken om inlichtingen niet in staat [waren] om dergelijk bewijs aan te dragen”. In overweging 1964 van het bestreden besluit heeft zij hieraan toegevoegd dat „Servier niet in staat [was] geweest om documenten uit die periode te verstrekken die opheldering [konden] geven over het bedrag van de uit de aanschaf van de technologie van Lupin verwachte besparingen”. Tot slot heeft zij, met name gelet op het „ontbreken van bewijs” voor het commerciële belang van Servier bij de door Lupin overgedragen technologie, geconcludeerd dat de uit de overdrachtsovereenkomst voortvloeiende waardeoverdracht een aanzienlijke prikkel was (overweging 1978 van het bestreden besluit).
- 827 Gelet op alle voor het Gerecht bepleitte elementen moet worden vastgesteld dat de Commissie heeft bewezen dat sprake was van een betaling in omgekeerde richting die niet inherent was aan de schikking van het betrokken geschil (zie punt 809 hierboven), en dus van een prikkel.
- 828 Tot slot dient, gelet op de in de punten 815 tot en met 827 hierboven uiteengezette overwegingen, te worden opgemerkt dat de onbeduidende aard van het betrokken voordeel, waarvan het bedrag aldus ontoereikend zou zijn om te worden aangemerkt als een aanzienlijke prikkel om in te stemmen met de mededingingsbeperkende bedingen in de schikkingsovereenkomst (zie punt 810 hierboven), niet is bewezen.
- ii) Geen beperking van de inspanningen van de generieke onderneming om met de originatoronderneming te concurreren*
- 829 In casu bevat de Lupin-overeenkomst een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding, die, zoals is opgemerkt in punt 257 hierboven, als zodanig een mededingingsbeperkend karakter hebben.
- 830 Verzoeksters stellen niettemin dat het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding in de Lupin-overeenkomst geen mededingingsbeperkend karakter hadden, gelet op de uit andere bedingen van de overeenkomst voortvloeiende tempering van dat beperkende karakter. Onderzocht moet worden of een dergelijke bewering gegrond is.
- 831 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de door de overeenkomst beoogde producten zijn beschreven in considerans A ervan, waarin wordt verwezen naar „farmaceutische middelen met als werkzaam bestanddeel perindopril tert-butylamine (ook perindopril erbumine genoemd) en elk zout hiervan (,de producten’)”.
- 832 Hoewel considerans A van de Lupin-overeenkomst verwijst naar lopende geschillen op Europees niveau die, zoals uit de consideransen B en D van dezelfde overeenkomst blijkt, enkel betrekking hebben op het 947-octrooi, lijkt een dergelijk beding, gelet op de bewoordingen ervan, niet enkel

gericht op de producten met de alfavorm van perindopril erbumine, dat wil zeggen de door het 947-octrooi beschermde producten, maar op alle producten die erbumine, ongeacht de vorm ervan, bevatten.

- 833 Bovendien zijn de bewoordingen „elk zout hiervan” dubbelzinnig. Enerzijds is het grammaticaal gezien immers logischer dat „hiervan” naar het perindopril tert-butylamine verwijst, dat wil zeggen het erbumine, en niet naar het perindopril in zijn geheel, aangezien dat laatste als zodanig niet in de zinsnede wordt genoemd. Anderzijds staat vast dat het erbumine een zout is, zodat „hiervan” niet naar het erbumine, maar meer in het algemeen naar het perindopril in zijn geheel zou moeten verwijzen.
- 834 Bijgevolg is het op basis van de bewoordingen van de bedingen van de overeenkomst moeilijk vast te stellen of de door die overeenkomst beoogde producten zich beperken tot de alfavorm van erbumine of ook andere vormen van erbumine of zelfs andere zouten van perindopril omvatten.
- 835 In die onzekere context moet worden nagegaan of de omvang van het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding niet dermate begrensd is dat die bedingen hun beperkende karakter zouden verliezen.
- 836 In de eerste plaats is het beperkende karakter van het niet-betwistingsbeding evident, aangezien artikel 1.3 van de Lupin-overeenkomst als volgt luidt:

„Lupin verbindt zich ertoe om na de datum van de onderhavige overeenkomst in geen enkel land [– met uitzondering van landen die niet tot de EER behoren –] rechtstreekse of indirecte pogingen te ondernemen om de Octrooien of ieder ander octrooi van Servier of van haar dochterondernemingen op de producten te laten herroepen, ongeldig te laten verklaren of anderszins te betwisten, noch een derde hierbij te helpen of hiertoe de opdracht te geven.”

- 837 Bovendien blijkt uit de verschillende schrijfwijzen – te weten „de Octrooien” enerzijds en de „octrooien van Servier” anderzijds – die respectievelijk in considerans D en in artikel 1.3 van de Lupin-overeenkomst worden gebruikt, dat dat artikel niet alleen van toepassing is op de in consideransen B tot en met D beoogde octrooien (waaronder het 947-octrooi), waarover tussen Lupin en Servier reeds bekende geschillen bestonden, maar ook, in ieder geval mogelijkerwijs, op een geheel van octrooien die niet bij naam zijn genoemd en die de door de overeenkomst bedoelde producten beschermen.
- 838 Wat in de tweede plaats de omvang van het verhandelingsverbod betreft, legt artikel 1.6 van de Lupin-overeenkomst Lupin een verhandelingsverbod op dat van toepassing is op de door de overeenkomst beoogde producten.
- 839 Uit de bepalingen van artikel 1.6 van de Lupin-overeenkomst blijkt niettemin dat Lupin de door Servier geleverde producten of haar eigen producten kan verkopen of te koop kan aanbieden wanneer aan de in artikel 4.1 van die overeenkomst neergelegde voorwaarden is voldaan. In artikel 4.1 zijn de voorwaarden neergelegd waaronder Servier haar producten aan Lupin moet verkopen. Die bepaling voorziet in drie mogelijke gevallen.
- 840 In het eerste geval kan Lupin tot één van de in de overeenkomst beoogde nationale markten toetreden, indien op die markt bepaalde producten van Servier door een derde worden verhandeld. In het tweede geval kan Lupin tot een dergelijke markt toetreden indien de octrooiaanvraag van Servier wordt afgewezen of indien haar octrooi afloopt, ongeldig wordt verklaard of wordt herroepen. In het derde geval ten slotte kan Lupin tot een dergelijke markt toetreden indien op die markt een niet door Servier vervaardigd generiek geneesmiddel wordt verhandeld – tenzij een door Servier ingediend verzoek om een voorlopige maatregel niet is afgewezen – en de verhandeling van dat generieke geneesmiddel niet in strijd is met een maatregel die op die markt van kracht is.

- 841 Aldus is de markttoetreding van Lupin met met name haar eigen producten (zie punt 839 hierboven) in wezen in twee gevallen mogelijk.
- 842 Ten eerste is de markttoetreding van Lupin mogelijk wanneer Servier de verkoop van haar producten door een derde toestaat, afziet van het indienen van een octrooiaanvraag of afziet van het indienen van een verzoek om een maatregel, dat wil zeggen in omstandigheden die afhankelijk zijn van een discretionaire beslissing van Servier waarop Lupin geen enkele invloed heeft. In dat eerste geval kan niet worden overwogen dat de toepassing van de in artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst neergelegde voorwaarden afbreuk doet aan het aan het verhandelingsverbod inherente beperkende karakter (zie punt 257 hierboven), laat staan dat zij de markttoetreding van Lupin bevordert.
- 843 Ten tweede is de markttoetreding van Lupin mogelijk wanneer Servier zich niet op grond van haar octrooien tegen een dergelijke toetreding kan verzetten. In dat geval biedt artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst Lupin geen mogelijkheid om eerder tot markt toe te treden dan mogelijk zou zijn in het licht van de gevolgen van een nog geldig of tegenwerpbaar octrooi. Dat artikel verbindt enkel gevolgen aan het ontbreken van een geldig of tegenwerpbaar octrooi door aldus te voorkomen dat iedere band tussen het verhandelingsverbod en een dergelijk octrooi ontbreekt en dat dat verbod daardoor evident een dusdanige mate van schadelijkheid vertoont voor de goede werking van de mededinging dat het opnemen ervan als een beperking naar strekking wordt aangemerkt (zie punt 877 hierna). In dat tweede geval kan dus niet worden overwogen dat de toepassing van de in artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst neergelegde voorwaarden het aan het verhandelingsverbod inherente beperkende karakter ter discussie stelt (zie punt 257 hierboven), laat staan dat zij de markttoetreding van Lupin bevordert.
- 844 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het verhandelingsverbod, ondanks de bepalingen van artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst, een beperkend karakter heeft.
- 845 Aan de voorgaande conclusie kan niet worden afgedaan door de andere argumenten van verzoeksters.
- 846 In de eerste plaats stellen verzoeksters dat Lupin op grond van de overeenkomst vervroegd tot de markt kon toetreden, dat wil zeggen vóór de verwachte datum waarop de geldigheid van het 947-octrooi afliep. Een dergelijke vervroegde toetreding zou het mededingingsbeperkende karakter van een verhandelingsverbod temperen of zelfs neutraliseren.
- 847 Er zij opgemerkt dat – hoewel een dergelijke uitlegging vanwege de complexe bewoordingen van artikel 1.6 van de Lupin-overeenkomst niet evident is – zou kunnen worden aangenomen dat Lupin op grond van dat artikel, gelezen in samenhang met artikel 4.1, onder c), van diezelfde overeenkomst, met haar eigen producten tot de markt kan toetreden wanneer een niet door Servier vervaardigd generiek „product” tot de markt is toegetreden zonder een maatregel te schenden (en daarenboven geen door Servier ingediend verzoek om een maatregel in behandeling is).
- 848 De in artikel 4.1, onder c), van de Lupin-overeenkomst gebruikte term „product” moet, aangezien die met een hoofdletter begint, worden opgevat in de in considerans A van die overeenkomst bedoelde zin, daar die term in die considerans met een hoofdletter is geschreven (zie punt 831 hierboven).
- 849 Gelet op considerans A van de Lupin-overeenkomst, die lijkt te verwijzen naar producten die erbumine, ongeacht de vorm ervan, bevatten (zie punt 832 hierboven), zou artikel 4.1, onder c), van die overeenkomst, daar waar dit verwijst naar de producten die niet in strijd met een maatregel worden verhandeld, aldus kunnen worden uitgelegd dat het gericht is op producten met een andere vorm van erbumine dan de alfavorm. Derhalve zou de overeenkomst aldus kunnen worden uitgelegd dat zij Lupin toestaat om tot de markt toe te treden na het eventueel door een derde op de markt brengen van een generiek perindopril met de niet-alfavorm van erbumine.



- 850 Daarnaast leiden de dubbelzinnige bewoordingen van considerans A van de Lupin-overeenkomst tevens tot onzekerheid over de mogelijke uitlegging dat artikel 4.1, onder c), van diezelfde overeenkomst, daar waar dit verwijst naar de producten die niet in strijd met een maatregel worden verhandeld, ook zou zijn gericht op producten die geen erbumine bevatten (zie punt 833 hierboven). Dit zou dus tot de vaststelling kunnen leiden dat Lupin op grond van de overeenkomst tot de markt kon toetreden na de eventuele markttoetreding van een derde met ieder generiek perindopril in de vorm van een zout, waaronder een ander zout dan erbumine.
- 851 Derhalve zou kunnen worden geconcludeerd dat Lupin op grond van de overeenkomst vervroegd – ten opzichte van de verwachte geldigheidsduur van het 947-octrooi – met haar eigen producten tot de markt kon toetreden, omdat zij door de eventuele markttoetreding van een derde met producten zonder de alfavorm van erbumine, aangezien die geen maatregel ter bescherming van dat octrooi zou kunnen schenden, op haar beurt met haar eigen producten tot de markt zou kunnen toetreden.
- 852 Vanwege de in de punten 846 tot en met 850 hierboven uiteengezette onzekerheden over de strekking van de artikelen 1.6 en 4.1 van de Lupin-overeenkomst kon Lupin evenwel vrezen dat het verhandelingsverbod van toepassing zou blijven na de markttoetreding van een derde met een generiek perindopril met een niet-alfavorm van erbumine of met een generiek perindopril zonder erbumine. Een dergelijke twijfel kon haar als zodanig ontmoedigen om tot de markt toe te treden. Hierbij komt nog een andere onzekerheid die te maken heeft met het feit dat Servier, zelfs indien zou worden uitgegaan van een ruime uitlegging van het begrip „product” (in de zin dat het ieder zout van perindopril omvat), alsnog zou kunnen verzoeken om een maatregel, ook voor een product dat evident geen inbreuk maakt op een van haar octrooien, in het bijzonder het 947-octrooi, wat tot gevolg zou hebben dat artikel 4.1, onder c), van de Lupin-overeenkomst buiten toepassing zou blijven totdat een dergelijk verzoek zou worden afgewezen.
- 853 Dienaangaande kan wat de Franse markt betreft bovendien worden opgemerkt dat de partijen meermaals hebben gecorrespondeerd over de vraag of Lupin vanwege de markttoetreding van Sandoz op haar beurt ook tot de markt kon toetreden. Zo heeft Lupin in een brief van 17 maart 2009 aan Servier gevraagd of zij bezwaar had tegen haar toetreding tot de Franse markt. In een brief van 31 maart 2009 heeft Servier echter enkel aangegeven dat het product van Sandoz op geen van haar octrooien inbreuk maakte. Naar aanleiding van dat antwoord zag Lupin zich genooddacht om Servier bij brief van 3 april 2009 te verzoeken om verduidelijking. Zij schreef onder meer het volgende:
- „Lupin meent dat Servier geen enkele geldige reden heeft om bezwaar te maken tegen de verkoop door Lupin van haar product op basis van perindopril erbumine aan haar lokale partner(s) in Frankrijk, noch tegen de wederverkoop van dat product door haar partner(s) in Frankrijk. Uit uw brief van 31 maart 2009 blijkt niet duidelijk of Servier het met een van deze punten oneens is. Indien Servier het hiermee oneens is, verzoeken wij u om vóór 9 april 2009 bij de afsluiting van de activiteit een volledige toelichting van haar standpunt te geven.”
- 854 Aldus blijkt al uit het bestaan van de brieven van Lupin en uit de inhoud van de laatste brief dat zij onzeker was over haar mogelijkheid om zonder schending van de overeenkomst tot de Franse markt toe te treden.
- 855 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het verhandelingsverbod, ongeacht de aan considerans A van de Lupin-overeenkomst gegeven uitlegging, een beperkend karakter heeft, des te meer daar de onzekerheden die uit de complexiteit van een overeenkomst of uit de dubbelzinnigheid van de bewoordingen ervan voortvloeien, de partijen niet van hun aansprakelijkheid ten aanzien van het mededingingsrecht mogen bevrijden.
- 856 Gesteld al dat de in punt 851 hierboven uiteengezette uitlegging van de overeenkomst zou worden gevolgd, dan kan vanwege de hypothetische aard van de aan het einde van de punten 849 en 850 hierboven genoemde gebeurtenissen, te weten het door een derde op de markt brengen van een

generiek product, niet worden geconcludeerd dat sprake is van de neutralisering van het beperkende karakter van het verhandelingsverbod en dus dat geen sprake is van een inbreuk in dat verband. Er moet namelijk onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, de kwestie van het bestaan zelf van de inbreuk, waaraan niet kan worden afgedaan door de loutere mogelijkheid dat toekomstige gebeurtenissen zich zullen voordoen, en, anderzijds, de kwestie van de duur van de inbreuk, die afhankelijk kan zijn van het daadwerkelijk optreden van die gebeurtenissen.

857 Bovendien is de vervroegde markttoetreding van Lupin hoe dan ook afhankelijk van het op de markt brengen door een derde van een generiek product, dat wil zeggen van een omstandigheid waarop de partijen bij de overeenkomst geen invloed hebben en die bovendien onzeker is. Die toetreding is dus niet het resultaat van een duidelijke door de partijen gemaakte keuze, waarop zij zich zouden kunnen beroepen om te bewijzen dat de tussen hen gesloten overeenkomst en in het bijzonder het in die overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod geen mededingingsbeperkend karakter heeft.

858 In de tweede plaats voorziet artikel 4.2 van de Lupin-overeenkomst inderdaad in de toekomstige sluiting van een leveringsovereenkomst tussen de partijen. Niettemin is de uitvoering van een dergelijke overeenkomst afhankelijk van de vervulling van één van de in artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst bepaalde voorwaarden. Aangezien de uitvoering van dat laatste artikel, zoals hiervoor is opgemerkt, niet kan leiden tot de vaststelling dat het verhandelingsverbod geen beperkend karakter heeft, geldt hetzelfde voor de in artikel 4.2 genoemde leveringsovereenkomst.

859 Daarenboven kan worden opgemerkt dat de partijen geen enkele leveringsovereenkomst hebben gesloten. Bovendien was in de Lupin-overeenkomst niet bepaald dat het niet sluiten van een leveringsovereenkomst belangrijke juridische gevolgen voor de partijen zou hebben, zoals bijvoorbeeld de beëindiging van de Lupin-overeenkomst in haar geheel of van het hierin opgenomen verhandelingsverbod of niet-betwistingsbeding. Aldus zou – gesteld al dat een leveringsovereenkomst als bevorderlijk zou kunnen worden aangemerkt voor de markttoetreding van een generieke onderneming die een potentiële concurrent van de originatoronderneming zou zijn – de Lupin-overeenkomst, waarin enkel het uitgangspunt van een leveringsovereenkomst was bepaald, zonder dat hiernaast was voorzien in maatregelen of sancties teneinde de uitvoering ervan te waarborgen, in casu niet als bevorderlijk voor de markttoetreding van Lupin kunnen worden aangemerkt.

860 Hoewel uit artikel 4.2 van de Lupin-overeenkomst blijkt dat de leveringsovereenkomst was bedoeld om de toepassing van artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst mogelijk te maken, in welk artikel Servier de „harde” toezegging had gedaan dat zij de „producten” in de zin van de overeenkomst aan Lupin zou leveren, moet het dwingende karakter van de door Servier gedane toezegging, gelet op de in punt 859 hierboven uiteengezette overwegingen, niettemin worden gerelativeerd.

861 In de derde plaats stellen verzoeksters dat een uitlegging van artikel 1.3 van de Lupin-overeenkomst dat het niet-betwistingsbeding zich verder uitstrekt dan enkel het 947-octrooi, ingevolge artikel 1.7 van dezelfde overeenkomst moet leiden tot de overweging dat Lupin over een kosteloze licentie op al die octrooien beschikte. Een dergelijke bewering is echter onjuist, gelet op de bewoordingen van dat laatste beding zoals die door verzoeksters in de procestaal zijn vertaald en die als volgt luiden:

„Teneinde iedere verwarring te voorkomen, verleent deze overeenkomst Lupin in geen enkel rechtsgebied rechten of licenties op de octrooien van Servier, met dien verstande dat noch Servier, noch haar dochterondernemingen, licentiehouders en/of rechthebbenden op de octrooien van Servier, hun rechten op de octrooien van Servier zullen uitoefenen met betrekking tot de uitoefening door Lupin van haar recht om de door Lupin/Lupin (Europe) Limited vervaardigde producten te verhandelen die op grond van artikel 1.6 zijn toegestaan.”

862 De bewoordingen van die bepaling zijn immers weinig duidelijk vanwege een, in elk geval schijnbare, tegenstelling tussen het eerste deel van de zin (verleent deze overeenkomst Lupin in geen enkel rechtsgebied rechten of licenties op de octrooien van Servier) en het daaropvolgende deel [met dien verstande dat noch Servier, noch haar dochterondernemingen, licentiehouders en/of rechthebbenden op de octrooien van Servier, hun rechten op de octrooien van Servier zullen uitoefenen met betrekking tot de uitoefening door Lupin van haar recht om de door Lupin/Lupin (Europe) Limited vervaardigde producten te verhandelen die op grond van artikel 1.6 zijn toegestaan]. Voorts komt de noodzaak van het eerste zinsdeel niet duidelijk naar voren, omdat uit geen enkele bepaling van de overeenkomst kon worden opgemaakt dat Lupin over een licentie beschikte op andere rechten dan die welke voortvloeiden uit de technologie die zij aan Servier overdroeg. Bovendien wordt de duiding van het artikel nog verder bemoeilijkt door de verwijzing hierin naar artikel 1.6 van de Lupin-overeenkomst, dat op zijn beurt verwijst naar artikel 4.1 van die overeenkomst, waarin de voorwaarden zijn neergelegd waaronder Lupin met haar eigen product tot de markt kan toetreden. Aldus kon artikel 1.7, gelet op de bewoordingen ervan, twijfels doen rijzen die Lupin als zodanig konden ontmoedigen om tot de markt toe te treden.

863 Bovenal is de niet-uitoefening door Servier van haar rechten op octrooigebied jegens Lupin afhankelijk van de vervulling van één van de in artikel 4.1 van de Lupin-overeenkomst neergelegde voorwaarden (waarnaar artikel 1.6 van die overeenkomst verwijst). Aangezien uit de uitvoering van artikel 4.1, zoals uiteengezet in de punten 844 en 855 hierboven, niet kan worden geconcludeerd dat het verhandelingsverbod geen beperkend karakter heeft, geldt hetzelfde voor de uitvoering van artikel 1.7 van dezelfde overeenkomst, ook indien de uitdrukking „Octrooien van Servier” in ruime zin wordt opgevat, dat wil zeggen dat zij de octrooien omvat die niet alleen betrekking hebben op de alfavorm van het erbumine, maar ook op ander vormen van erbumine en zelfs op andere zouten van perindopril.

864 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie terecht heeft kunnen vaststellen dat sprake was van een beperking van de inspanningen van Lupin om met Servier te concurreren.

*iii) Ontbreken van een inbreuk*

865 Ten aanzien van de in de punten 789 tot en met 864 hierboven uiteengezette overwegingen kan worden opgemerkt dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat er sprake was van zowel een stimulerend voordeel als van een hiermee samenhangende beperking van de inspanningen van Lupin om met Servier te concurreren.

866 Zoals in punt 272 hierboven is opgemerkt, veronderstelt, in het kader van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied, de kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking dat de schikkingsovereenkomst sprake is van zowel een stimulerend voordeel voor de generieke onderneming als een hiermee samenhangende beperking van haar inspanningen om met de originator-onderneming te rivaliseren. Indien aan die beide voorwaarden is voldaan, moet een prikkel worden vastgesteld.

867 In het kader van een schikkingsovereenkomst op octrooigebied waarin een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding zijn opgenomen waarvan de mededingingsbeperkende aard niet op goede gronden ter discussie is gesteld, kan op basis van het bestaan van een prikkel die de generieke onderneming ertoe aanzet om met die bedingen in te stemmen, worden vastgesteld dat sprake is van een beperking naar strekking (zie punt 273 hierboven).

868 In casu kon de Commissie op basis van de vaststelling van een aanzienlijke prikkel (zie punt 828 hierboven) concluderen dat sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking.

869 Bijgevolg heeft de Commissie in het bestreden besluit, anders dan verzoeksters stellen, terecht het bestaan van een beperking naar strekking kunnen vaststellen.

- 870 Verzoeksters leveren op basis van de omvang van het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding niettemin in wezen kritiek op de materiële afbakening van de door de Commissie in het bestreden besluit vastgestelde inbreuk.
- 871 Zoals in punt 834 hierboven is opgemerkt, is het op basis van de bewoordingen van de bedingen van de Lupin-overeenkomst moeilijk vast te stellen of de door die overeenkomst beoogde producten zich beperkten tot de alfavorm van erbumine, of ook andere vormen van erbumine of zelfs andere zouten van perindopril omvatten.
- 872 De omvang van het verhandelingsverbod is afhankelijk van de gekozen definitie van het begrip „producten”, aangezien dat begrip zowel wordt gebruikt in artikel 1.6 van de Lupin-overeenkomst als in artikel 4.1 van die overeenkomst, waarnaar artikel 1.6 verwijst.
- 873 Bovendien was het niet-betwistingsbeding qua omvang niet alleen van toepassing op de in de consideransen B tot en met D van de Lupin-overeenkomst bedoelde octrooien (waaronder het 947-octrooi), maar ook op een geheel van octrooien die niet bij naam waren genoemd en waarvan de afbakening afhankelijk was van het begrip „producten”, zoals dat in de overeenkomst was neergelegd (zie punt 836 hierboven).
- 874 Zoals de Commissie terecht in het bestreden besluit (overweging 1912) heeft aangegeven, leidden de termen van de overeenkomst tot onzekerheid over de werkingssfeer van het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding.
- 875 Zo riepen de termen van de Lupin-overeenkomst twijfels op over de vraag of het verhandelingsverbod kon worden toegepast op iedere vorm van erbumine, of zelfs op andere zouten van perindopril dan erbumine, en over de vraag of het niet-betwistingsbeding kon worden toegepast op andere octrooien dan het 947-octrooi, met name op de octrooien op producten die geen erbumine bevatten. Een dergelijke twijfel kon Lupin als zodanig ontmoedigen, ten eerste, om tot de markt toe te treden, ook met producten die andere vormen van erbumine dan de alfavorm ervan of zelfs andere zouten van perindopril dan erbumine bevatten, en, ten tweede, om de octrooien op perindopril dat andere vormen van erbumine dan de alfavorm ervan of zelfs andere zouten van perindopril dan erbumine bevat, te betwisten.
- 876 Tevens moet rekening worden gehouden met het feit dat de betrokken redactionele dubbelzinnigheden staan in een overeenkomst waarvan de Commissie terecht heeft overwogen dat zij inbreuk maakte op het mededingingsrecht voor wat betreft het niet-betwistingsbeding en het verhandelingsverbod met betrekking tot het 947-octrooi en de onder dat octrooi vallende producten (zie punt 869 hierboven). Tot slot staat vast dat de partijen bij de overeenkomst beschikten over toereikende middelen om capabele professionals in de arm te nemen om dergelijke dubbelzinnigheden te beperken, zij het dat zij hiervoor slechts weinig tijd hadden. Gelet op de voorgaande overwegingen mocht de Commissie terecht vaststellen dat de werkingssfeer van het verhandelingsverbod zich uitstreekte tot producten die geen erbumine, dan wel andere vormen dan de alfavorm ervan bevatten, en dat de werkingssfeer van het niet-betwistingsbeding zich niet enkel uitstreekte tot het 947-octrooi, maar tot ieder octrooi dat op die producten betrekking had (overwegingen 1912 en 1918 van het bestreden besluit).
- 877 Dienaangaande zij opgemerkt dat het bestaan van een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding, voor zover de werkingssfeer ervan ruimer is dan de omvang van een nader bepaald octrooi en van de onder dat octrooi vallende producten, op evidente wijze de goede werking van de normale mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat het opnemen van die bedingen als een beperking naar strekking kan worden aangemerkt, zonder dat zelfs daarenboven het bestaan van een prikkel behoeft te worden bewezen. Die bedingen zijn in dat geval immers geenszins gerechtvaardigd in het kader van de schikking van een geschil dat betrekking heeft op een nader bepaald octrooi, en de beperkende gevolgen ervan zijn niet dezelfde als de gevolgen van dat octrooi (zie de punten 257 tot en met 261 hierboven).



- 878 Zelfs indien zou worden aangenomen dat de Commissie onterecht heeft vastgesteld dat de betrokken inbreuk andere vormen van erbumine dan de door het 947-octrooi beschermde alfavorm ervan of zelfs andere zouten dan erbumine betrof, zou een dergelijke beoordelingsfout, gelet op de beperkte en bijkomstige rol die die vaststelling in de redenering van de Commissie speelt, niet kunnen afdoen aan de conclusie van de Commissie dat sprake is van een uit de Lupin-overeenkomst voortvloeiende mededingingsbeperking naar strekking. De redenering van de Commissie berust immers hoofdzakelijk op het bestaan van een prikkel die, zelfs als de werkingssfeer van de beperkende bedingen van de schikkingsovereenkomst zich tot de omvang van dat octrooi beperkt, tot de vaststelling kan leiden dat sprake is van een abnormaal gebruik van het octrooi (zie de punten 253 tot en met 274 hierboven).
- 879 Uit al het voorgaande blijkt dat het middel van verzoeksters dat zowel tegen het bestaan van een beperking naar strekking als tegen de afbakening door de Commissie van een dergelijke beperking is gericht, moet worden afgewezen.
- 880 Aan de voorgaande conclusie kan niet worden afgedaan door de andere argumenten van verzoeksters.
- 881 In de eerste plaats moet aangaande de elementen die moeten aantonen dat de bedoelingen van verzoeksters en die van Lupin legitiem waren, in herinnering worden gebracht dat de kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking in het kader van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied veronderstelt dat de schikkingsovereenkomst zowel een stimulerend voordeel voor de generieke onderneming bevat als een hiermee samenhangende beperking van haar inspanningen om met de originator-onderneming te concurreren. Wanneer aan die twee voorwaarden is voldaan, moet een mededingingsbeperking naar strekking worden vastgesteld (zie punt 272 hierboven). Voorts kan de loutere omstandigheid dat een overeenkomst ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft evenmin in de weg staan van een kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking (zie punt 222 hierboven).
- 882 Hieruit volgt dat de in het kader van het onderhavige middel door verzoeksters aangevoerde argumenten dat hun beweegredenen en die van Lupin om de Lupin-overeenkomst aan te gaan, legitiem waren, niet kunnen afdoen aan de kwalificatie van die overeenkomst als beperking naar strekking, die terecht door de Commissie is vastgesteld en die hierboven is bevestigd (zie de punten 869 en 879 hierboven). Die argumenten moeten dan ook worden afgewezen.
- 883 Dit geldt met name voor, ten eerste, het argument dat Lupin er geen belang meer bij had om het geschil voort te zetten, ten tweede, het argument dat Lupin het initiatief voor de schikking had genomen en, ten derde, het argument dat Servier er geen belang bij had om haar concurrentiepositie ten opzichte van Lupin te beschermen indien zij niet hetzelfde deed met Apotex.
- 884 In de tweede plaats laat de stelling van verzoeksters dat het niet-betwistingsbeding, met name vanwege het bestaan van parallelle geschillen en het feit dat Lupin niet voornemens was om nieuwe gedingen aanhangig te maken, geen beperkende gevolgen voor de mededinging kon hebben, onverlet dat, voor zover de Lupin-overeenkomst de mededinging in voldoende mate nadelig beïnvloedt om als een beperking naar strekking te kunnen worden aangemerkt, de concrete gevolgen van die overeenkomst en van met name het hierin opgenomen niet-betwistingsbeding niet noodzakelijkerwijs hoeven te worden onderzocht (zie punt 219 hierboven).
- 885 Om dezelfde redenen moet het argument van verzoeksters worden afgewezen dat het verhandelingsverbod – ook voor zover de omvang ervan ruimer was dan die van het 947-octrooi – met name vanwege het ontbreken van de reële en concrete mogelijkheid voor Lupin om als eerste met een niet-inbreukmakend product tot de markt toe te treden, geen beperkende gevolgen voor de mededinging kon hebben.

886 In de derde plaats zou verzoeksters' stelling dat de beperkende gevolgen van het verhandelingsverbod hypothetisch zijn, aldus kunnen worden beschouwd dat verzoeksters in feite betwisten dat er sprake is van potentiële mededinging. Hierboven is echter vastgesteld dat Lupin een potentiële concurrent van Servier was.

887 In de vierde plaats zij eraan herinnerd dat wanneer het bestaan van een prikkel is vastgesteld, de partijen zich niet langer kunnen beroepen op hun erkenning van de geldigheid van het octrooi in het kader van de schikking. Het maakt in dat verband geen verschil dat een rechterlijke of bestuurlijke instantie de geldigheid van het octrooi heeft bevestigd (zie punt 269 hierboven). Verzoeksters kunnen zich dus niet op goede gronden beroepen op een, daarenboven hypothetisch, scenario op grond waarvan de geldigheid van het 947-octrooi zowel door de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk als door het EOB zou zijn bevestigd.

888 Uit al het voorgaande volgt dat het onderhavige middel moet worden afgewezen.

*iv) Subsidiair door Servier aangevoerd middel betreffende de onjuiste vaststelling van de duur van de inbreuk*

889 In de eerste plaats stellen verzoeksters dat de Commissie niet had mogen vaststellen dat de inbreukperiode was aangevangen voordat Lupin haar VHB had verkregen.

890 In werkelijkheid betwisten verzoeksters met een dergelijk argument het bestaan van potentiële mededinging. In punt 751 hierboven is echter vastgesteld dat Lupin ten tijde van de sluiting van de overeenkomst een potentiële concurrent van Servier was.

891 In de tweede plaats stellen verzoeksters dat de Commissie, net als zij voor de Franse markt had gedaan, het einde van de inbreuk in België, in de Tsjechische Republiek, in Ierland en in Hongarije had moeten vaststellen op het moment dat Sandoz tot de markten van die landen toetrad met een generiek perindopril dat geen inbreuk maakte op het 947-octrooi, dat wil zeggen respectievelijk in juni 2008, in juli 2008, in december 2008 en in januari 2009.

892 Derhalve moet worden nagegaan of de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat de inbreuk in de betrokken lidstaten na de in punt 891 hierboven genoemde data had voortgeduurd.

893 Om te beginnen moet worden gepreciseerd dat het generieke product waarmee Sandoz tot de markt is toegetreden een vorm van perindopril erbumine is dat is samengesteld uit een „amorf (niet-kristallijn) zout, dat dus geen van de door het 947-octrooi beschermde alfakristallen bevat” (overweging 212 van het bestreden besluit).

894 Tevens zij eraan herinnerd (zie punt 847 hierboven) dat zou kunnen worden aangenomen dat Lupin – hoewel een dergelijke uitlegging vanwege de complexe bewoordingen van artikel 1.6 van de Lupin-overeenkomst niet evident is – op grond van dat artikel, gelezen in samenhang met artikel 4.1, onder c), van diezelfde overeenkomst, met haar eigen producten tot de markt kan toetreden wanneer een niet door Servier vervaardigd generiek „product” op de markt is gekomen zonder een maatregel te schenden en nog geen door Servier ingediend verzoek om een maatregel is afgewezen.

895 De in artikel 4.1, onder c), van de Lupin-overeenkomst gebruikte term „product” moet, aangezien die met een hoofdletter begint, worden opgevat in de in considerans A van die overeenkomst bedoelde zin.

- 896 Het is echter bijzonder moeilijk precies vast te stellen wat de in considerans A van de Lupin-overeenkomst bedoelde producten (zie de punten 832 en 833 hierboven) zijn, waardoor de toepassing van artikel 4.1, onder c), van die overeenkomst dus wordt bemoeilijkt (zie de punten 849 en 850 hierboven).
- 897 Aldus bestond er onzekerheid over de afbakening van de werkingssfeer van artikel 4.1, onder c), van de Lupin-overeenkomst en dus tevens over de mogelijkheid om het in artikel 1.6 van die overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod toe te passen (zie punt 852 hierboven), met name in het geval van een markttoetreding van een product, zoals dat van Sandoz, dat een niet-alfavorm van erbumine bevat.
- 898 Vanwege de in de punten 894 tot en met 897 hierboven uiteengezette onzekerheden over de omvang van de artikelen 1.6 en 4.1 van de Lupin-overeenkomst kon Lupin vrezen dat het verhandelingsverbod van toepassing zou blijven na de markttoetreding van een derde met een generiek perindopril met een niet-alfavorm van erbumine of met een generiek perindopril zonder erbumine. Een dergelijke twijfel kon haar als zodanig ontmoedigen om tot de markt toe te treden.
- 899 Die vrees kon nog worden versterkt door het feit dat Servier hoe dan ook alsnog een verzoek om een maatregel kon indienen, ook voor een product waarvan het evident is dat het op geen van haar octrooien, in het bijzonder het 947-octrooi, inbreuk maakt, wat tot gevolg zou hebben dat artikel 4.1, onder c), van de Lupin-overeenkomst buiten toepassing zou blijven totdat een dergelijk verzoek zou worden afgewezen (zie punt 852 hierboven).
- 900 Dienaangaande blijkt uit de brieven van Lupin dat zij onzeker was of zij wel tot de Franse markt kon toetreden zonder de overeenkomst te schenden (zie punt 853 hierboven), en aldus dat het verhandelingsverbod op die markt in ieder geval nog steeds van kracht was tot aan die briefwisseling, die op zijn vroegst begin april 2009 lijkt te beëindigd, dat wil zeggen slechts ruim een maand vóór 6 mei 2009, de datum waarop de Commissie het einde van de inbreuk heeft vastgesteld voor wat betreft België, de Tsjechische Republiek, Ierland en Hongarije. Evenmin kan uit een in punt 853 hierboven genoemde brief van Servier worden afgeleid dat zij zeer duidelijk meende dat Lupin tot de markt kon toetreden.
- 901 Wat betreft de vier in punt 900 hierboven genoemde markten dragen verzoeksters evenmin bewijs aan waarmee kan worden aangetoond dat Servier en Lupin vóór 6 mei 2009 rekening hadden gehouden met de achtereenvolgende toetredingen van Sandoz tot die markten en dat zij, ondanks de uit de dubbelzinnigheid van de overeenkomst voortvloeiende onzekerheden, meenden dat het verhandelingsverbod niet langer van kracht was.
- 902 De omstandigheid dat het verhandelingsverbod, vanwege de uit de dubbelzinnigheid van de overeenkomst voortvloeiende onzekerheden, van kracht is gebleven, wat er dus op wijst dat tussen de partijen nog steeds een wilsovereenstemming bestond – hetgeen mogelijkwerijs in tegenspraak is met de uitlegging die naderhand aan de voorwaarden voor de toepassing van het beding zou kunnen worden geven, met name door een rechter die de overeenkomst beoordeelt – volstond voor de vaststelling door de Commissie dat de wilsovereenstemming tussen Servier en Lupin, en aldus de inbreuk, ondanks de markttoetredingen van Sandoz voortduurden.
- 903 Gelet op de voorgaande overwegingen (zie de punten 900 en 901 hierboven) moet hoe dan ook worden geconcludeerd dat het verhandelingsverbod, zelfs al zou worden aangenomen dat de overeenkomst met ingang van de markttoetredingen van Sandoz formeel niet meer van kracht was, nog steeds door Servier en Lupin werd toegepast nadat Sandoz achtereenvolgens tot de vier betrokken markten was toetreden.

- 904 Het klopt dat de concrete gevolgen van een overeenkomst op de markt, indien, zoals in casu, sprake is van mededingingsbeperkingen naar strekking, niet in aanmerking behoeven te worden genomen om het bestaan van de inbreuk (zie in die zin arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 98 en 99) en dus de duur ervan vast te stellen (zie in die zin arrest van 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie, C-510/06 P, EU:C:2009:166, punten 113, 114 en 140). Hetzelfde geldt voor de inaanmerkingneming van de uitvoering van de overeenkomst (zie in die zin arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 252).
- 905 Niettemin kan worden vastgesteld dat sprake is van voortzetting van de inbreuk na de periode tijdens welke een overeenkomst formeel van kracht is, wanneer de betrokken ondernemingen zich op verboden wijze zijn blijven gedragen (arresten van 16 juni 2011, Solvay Solexis/Commissie, T-195/06, niet gepubliceerd, EU:T:2011:280, punt 124, en 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 251).
- 906 Dat is in casu het geval (zie punt 903 hierboven).
- 907 Uit het voorgaande blijkt dat het onderhavige, subsidiair door Servier aangevoerde middel moet worden afgewezen.

***c) Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Lupin-overeenkomst als een overeenkomst met mededingingsbeperkende gevolgen***

- 908 Verzoeksters stellen dat de Commissie het recht meermaals onjuist heeft toegepast en beoordelingsfouten heeft gemaakt met betrekking tot de kwalificatie van de Lupin-overeenkomst als een overeenkomst met mededingingsbeperkende gevolgen.
- 909 Het onderhavige argument moet, door de overeenkomstige toepassing van de in de punten 566 tot en met 570 hierboven uiteengezette overwegingen, als niet ter zake dienend worden verworpen.

***9. Overeenkomsten met Krka***

***a) Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de met Krka gesloten overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking***

- 910 Verzoeksters betwisten de kwalificatie als beperking naar strekking van, ten eerste, de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst en, ten tweede, de overdrachtsovereenkomst.

***1) Schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst***

***i) Argumenten van partijen***

[omissis]

***ii) Beoordeling door het Gerecht***

- 943 In afwijking van de in de punten 797 tot en met 803 hierboven uiteengezette overwegingen met betrekking tot nevenovereenkomsten, vormt de koppeling van een gangbare commerciële overeenkomst aan een schikkingsovereenkomst waarin een verhandelingsverbod en een



niet-betwistingsbeding zijn opgenomen geen ernstige aanwijzing voor het bestaan van een betaling in omgekeerde richting wanneer de betrokken commerciële overeenkomst een licentieovereenkomst is die betrekking heeft op het betwiste octrooi.

- 944 Een dergelijke uitzondering volgt uit het feit dat het, hoewel een licentieovereenkomst inzake een octrooi niet de schikking van een geschil, maar de verlening van een toestemming voor het gebruik van dat octrooi beoogt, niettemin gerechtvaardigd kan zijn om die licentieovereenkomst – anders dan het geval is voor andere commerciële overeenkomsten (zie punt 800 hierboven) – te koppelen aan een schikkingsovereenkomst die betrekking heeft op het octrooi dat het voorwerp van de licentie is.
- 945 Een octrooigeschil ontstaat in beginsel immers doordat de wens van de generieke onderneming om tot de markt toe te treden botst met de wens van de octrooihouder om de rechten die hij aan dat octrooi ontleent te waarborgen. Het door middel van een licentieovereenkomst toestaan van een dergelijke toetreding is dan een bijzonder geschikt middel om het geschil te beëindigen, aangezien hiermee aan de eisen van beide partijen bij het geschil tegemoet kan worden gekomen.
- 946 Overigens wordt erkend dat het sluiten van een licentieovereenkomst een geschikt middel is voor het beëindigen van een geschil. Een en ander blijkt uit punt 204 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, waarin is gepreciseerd dat het „verlenen van licenties kan dienen als middel om geschillen minnelijk te regelen”. Dat punt is overgenomen in punt 205 van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht.
- 947 De koppeling van een licentieovereenkomst aan een schikkingsovereenkomst is des te meer gerechtvaardigd daar de aanwezigheid in een schikkingsovereenkomst van een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding enkel legitiem is wanneer die overeenkomst berust op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het octrooi (zie de punten 258 tot en met 261 hierboven). Ook de sluiting van een licentieovereenkomst, die voor iedere licentienemer enkel relevant is op voorwaarde dat de licentie daadwerkelijk wordt gebruikt, berust op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het octrooi. In zoverre bevestigt de licentieovereenkomst dus de legitimiteit van de schikkingsovereenkomst, wat hun koppeling geheel en al rechtvaardigt.
- 948 Aangezien het gerechtvaardigd lijkt om een schikkingsovereenkomst inzake een octrooigeschil te koppelen aan een licentieovereenkomst die op datzelfde octrooi betrekking heeft, vormt een dergelijke koppeling, anders dan het geval is voor andere nevenovereenkomsten, geen ernstige aanwijzing voor het bestaan van een betaling in omgekeerde richting (in de zin van die uitdrukking in het kader van nevenovereenkomsten, zie punt 804 hierboven).
- 949 De Commissie dient zich dus te baseren op andere aanwijzingen dan enkel de koppeling van de licentieovereenkomst aan de schikkingsovereenkomst teneinde te bewijzen dat de licentieovereenkomst niet tegen normale marktvoorwaarden is gesloten en in werkelijkheid een betaling in omgekeerde richting verhult die de generieke onderneming ertoe aanzet om in te stemmen met het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding (zie de punten 803 tot en met 808 hierboven).
- 950 Opgemerkt moet worden dat de vaststelling van het bestaan van een betaling in omgekeerde richting des te minder evident is in het kader van een licentieovereenkomst daar een dergelijke overeenkomst geen financiële overdracht door de originatoronderneming ten gunste van de generieke onderneming inhoudt, maar een financiële overdracht door de generieke onderneming ten gunste van originator-onderneming. In het kader van een licentieovereenkomst betaalt de licentienemer dus een vergoeding aan de octrooihouder.

- 951 Er is evenwel sprake van een waardeoverdracht door de originator-onderneming ten gunste van de generieke onderneming voor zover de aan de octrooihouder uitgekeerde vergoeding de tegenprestatie is voor het door de generieke onderneming uit hoofde van de licentieovereenkomst verkregen voordeel, namelijk de toestemming om het octrooi te gebruiken teneinde zonder risico tot de markt toe te treden.
- 952 Het staat dus aan de Commissie om te bewijzen dat die tegenprestatie abnormaal laag is, dat wil zeggen in die mate dat zij niet kan worden gerechtvaardigd door overwegingen die zich beperken tot de economische waarde van het goed dat het voorwerp van de overeenkomst is (zie punt 806 hierboven), en dat de licentieovereenkomst aldus een betaling in omgekeerde richting ten gunste van de generieke onderneming inhoudt.
- 953 Teneinde te bewijzen dat de schikkingsovereenkomst de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij als een mededingingsbeperking naar strekking kan worden aangemerkt, moet het des te duidelijker zijn dat de betrokken transactie niet tegen normale marktvoorwaarden is gesloten, daar de mededingingsbeperkende strekking van het in die overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding door de licentieovereenkomst wordt getemperd.
- 954 De gevolgen van het verhandelingsverbod worden immers, in ieder geval deels, tenietgedaan. De licentieovereenkomst gaat zelfs verder dan enkel een gedeeltelijke neutralisering van de gevolgen van dat beding, aangezien zij de markttoetreding van het generieke geneesmiddel bevordert door het met het octrooi samenhangende risico van een geding weg te nemen.
- 955 Het niet-betwistingsbeding blijft weliswaar beperkende gevolgen sorteren, maar die worden getemperd doordat de licentie een markttoetreding zonder risico van een geding mogelijk maakt. Hoewel het voor de generieke onderneming essentieel is om de geldigheid van het octrooi te kunnen betwisten wanneer zij met risico tot de markt toetreedt, is dat minder het geval wanneer de originator-onderneming haar door middel van een licentieovereenkomst toestemming verleent om tot die markt toe te treden.
- 956 In dit stadium van de analyse zij eraan herinnerd dat de kwalificatie als mededingingsbeperking naar strekking in het kader van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied vereist dat de schikkingsovereenkomst zowel een stimulerend voordeel voor de generieke onderneming bevat als een hiermee samenhangende beperking van haar inspanningen om met de originator-onderneming te rivaliseren (zie punt 272 hierboven). Uit de voorgaande overwegingen volgt echter dat die twee elementen worden getemperd of zelfs ontbreken wanneer een licentieovereenkomst bestaat, zodat niet eenvoudig kan worden vastgesteld of de goede werking van de mededinging in voldoende mate nadelig wordt beïnvloed (zie in die zin arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49 en 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 957 Hieraan moet worden toegevoegd dat de in punt 943 hierboven genoemde uitzondering noch onverenigbaar is met het feit dat de koppeling van een licentieovereenkomst en een niet-betwistingsbeding één van de beperkingen is die zijn uitgesloten van de vrijstelling die is neergelegd in artikel 2 van verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel [101, lid 3, VWEU] op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB 2004, L 123, blz. 11), noch met de rechtspraak van het Hof zoals die voor het eerst is geformuleerd in het arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie (193/83, EU:C:1986:75, punten 89 en 92), en is verduidelijkt in het arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448).
- 958 In de eerste plaats volgt namelijk uit artikel 5 van verordening nr. 772/2004 dat de koppeling van een licentieovereenkomst en een niet-betwistingsbeding één van de beperkingen is die zijn uitgesloten van de vrijstelling van artikel 2 van diezelfde verordening. Niettemin zijn die vrijstelling en die uitsluiting overeenkomstig de artikelen 2 en 5 van die verordening slechts van toepassing voor zover de betrokken overeenkomsten mededingingsbeperkingen bevatten die binnen het toepassingsgebied van

artikel 101, lid 1, VWEU vallen. Bijgevolg kan het feit dat de koppeling van een licentieovereenkomst en een niet-betwistingsbeding één van de beperkingen is die zijn uitgesloten van de in artikel 2 van verordening nr. 772/2004 neergelegde vrijstelling niet tot de vaststelling leiden dat een dergelijke koppeling in alle gevallen een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU en in het bijzonder een beperking naar strekking is.

- 959 Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat, hoewel de in artikel 101, lid 3, VWEU bedoelde buitentoepassingverklaring ten aanzien van een bepaalde overeenkomst vooronderstelt dat die overeenkomst geacht wordt krachtens artikel 101, lid 1, VWEU verboden te zijn, de in lid 3 voorziene mogelijkheid deze vrijstelling groepsgewijs te verlenen niet noodzakelijkerwijs inhoudt dat een bepaalde – tot deze groepen behorende – overeenkomst aan de voorwaarden van lid 1 voldoet. Aldus mag het groepsgewijs verlenen van een vrijstelling bij voorbaat geen enkele – ook niet impliciete – rechtsopvatting inhouden ten aanzien van enigerlei afzonderlijke overeenkomst (arrest van 13 juli 1966, Italië/Raad en Commissie, 32/65, EU:C:1966:42, blz. 607).
- 960 In de tweede plaats heeft het Hof inderdaad geoordeeld dat een beding van een licentieovereenkomst dat de betwisting van de geldigheid van het octrooi verbod onverenigbaar was met artikel 101, lid 1, VWEU. Het heeft hieraan toegevoegd dat een dergelijk beding duidelijk buiten het specifieke voorwerp van het octrooi viel, dat niet aldus kan worden geïnterpreteerd dat het ook bescherming zou verlenen tegen rechtsvorderingen tot betwisting van de geldigheid van het octrooi, aangezien het algemene belang de opheffing vereist van alle belemmeringen van de economische activiteit, die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie, 193/83, EU:C:1986:75, punten 89 en 92).
- 961 Niettemin heeft het Hof twee jaar later in een zaak betreffende een schikkingsovereenkomst een arrest gewezen waarin het zijn in het arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie (193/83, EU:C:1986:75), ingenomen standpunt heeft genuanceerd, door enkel die keer te oordelen dat een niet-betwistingsbeding gelet op de juridische en economische context het karakter kon hebben van een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU (arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, punt 16). Hoewel het Hof in datzelfde arrest het voorstel van de Commissie heeft verworpen dat het opnemen van een niet-betwistingsbeding niet langer onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU viel wanneer de betrokken overeenkomst een einde beoogde te maken aan een bij een rechterlijke instantie aanhangig geding, heeft het desondanks niet geoordeeld dat iedere schikkingsovereenkomst met een dergelijk beding onder het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod viel.
- 962 Het klopt dat de licentienemers in het kader van een licentieovereenkomst, zoals blijkt uit punt 112 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, „normaliter in de beste positie verkeren om te beoordelen of een intellectuele eigendomsrecht al dan niet ongeldig is” en aldus om het te betwisten. Het is die grond die rechtvaardigt dat de koppeling van een licentieovereenkomst en een niet-betwistingsbeding in beginsel verboden is (conclusie van advocaat-generaal Darmon in de zaak Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1987:336, punt 8). Wanneer een licentieovereenkomst evenwel wordt overeengekomen in het kader van de schikking van een daadwerkelijk bij een rechterlijke instantie aanhangig geding tussen de betrokken partijen, heeft de licentienemer reeds de gelegenheid gehad om de geldigheid van het betrokken octrooi te betwisten en indien hij uiteindelijk, zonder dat hij hiertoe wordt aangespoord, met een niet-betwistingsbeding (en met een verhandelingsverbod) instemt, betekent dit dat hij het octrooi geldig acht. In die bijzondere context van een schikking waarbij de partijen uiteindelijk de erkenning van de geldigheid van het octrooi overeenkomen, is de rechtvaardigingsgrond voor het verbod van de koppeling van een licentieovereenkomst en een niet-betwistingsbeding dan niet langer relevant, op voorwaarde dat de schikkingsovereenkomst is gebaseerd op de erkenning van de geldigheid van het betrokken octrooi door de partijen bij de overeenkomst en niet op een prikkel die de licentienemer ertoe aanzet om in te stemmen met het niet-betwistingsbeding (en met het verhandelingsverbod).

- 963 Uit het voorgaande blijkt dat wanneer een daadwerkelijk geschil tussen de betrokken partijen aanhangig is bij een rechterlijke instantie, en een licentieovereenkomst is overeengekomen die rechtsreeks met de schikking van dat geschil verband houdt, de koppeling van die overeenkomst met de schikkingsovereenkomst geen ernstige aanwijzing vormt dat sprake is van een betaling in omgekeerde richting. In dat geval kan de Commissie dus op basis van andere aanwijzingen aantonen dat de licentieovereenkomst een transactie is die niet tegen normale marktvoorwaarden is overeengekomen en aldus een betaling in omgekeerde richting verhult (in de zin van die uitdrukking op het gebied van nevenovereenkomsten, zie punt 804 hierboven).
- 964 In het licht van de voorgaande overwegingen moet worden nagegaan of de Commissie in casu terecht heeft kunnen concluderen dat de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst als beperking naar strekking konden worden aangemerkt.
- 965 In de eerste plaats moet worden onderzocht of sprake was van daadwerkelijke geschillen en of de licentieovereenkomst een voldoende rechtstreekse band had met de schikking van die geschillen om de koppeling ervan met de schikkingsovereenkomst te rechtvaardigen.
- 966 Dienaangaande moet ten eerste worden opgemerkt dat, ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst, tussen Servier en Krka daadwerkelijk geschillen bestonden en dat die geschillen zijn beëindigd als gevolg van de schikkingsovereenkomst, waarvan artikel I, onder i) en ii), bepaalt dat beide partijen zich uit de tussen hen lopende procedures moeten terugtrekken.
- 967 Tien generieke ondernemingen, waaronder Krka, hadden immers in 2004 voor het EOB oppositie ingesteld tegen het 947-octrooi teneinde het in zijn geheel te laten herroepen. Daarbij hadden zij als gronden aangevoerd dat de uitvinding niet nieuw was, dat er geen uitvinderswerkzaamheid was en dat de uitvinding onvoldoende was geopenbaard. Op 27 juli 2006 heeft de oppositieafdeling van het EOB de geldigheid van dat octrooi bevestigd na lichte wijzigingen in de aanvankelijke claims van Servier. Zeven ondernemingen hebben vervolgens beroep ingesteld tegen de beslissing van het EOB van 27 juli 2006. Krka heeft zich op 11 januari 2007 uit de oppositieprocedure teruggetrokken overeenkomstig de met Servier gesloten schikkingsovereenkomst.
- 968 Evenzo had Servier in het Verenigd Koninkrijk op 28 juli 2006 bij de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), een vordering ingesteld tegen Krka wegens inbreuk op het 340-octrooi. Voorts had zij op 2 augustus 2006 tegen Krka een vordering ingesteld wegens inbreuk op het 947-octrooi, en een verzoek om een voorlopige maatregel ingediend. Op 1 september 2006 had Krka een reconventionele vordering tot nietigverklaring van het 947-octrooi ingesteld en op 8 september 2006 een reconventionele vordering tot nietigverklaring van het 340-octrooi. Op 3 oktober 2006 heeft de High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division (patents court), het verzoek van Servier om een voorlopige maatregel toegewezen en de op 1 september 2006 door Krka ingediende vordering afgewezen. Ingevolge de tussen de partijen gesloten schikkingsovereenkomst is op 1 december 2006 de aanhangige procedure beëindigd en de voorlopige maatregel opgeheven.
- 969 Ten tweede hield zowel de schikkingsovereenkomst als de licentieovereenkomst verband met de betrokken geschillen. De schikkingsovereenkomst en in het bijzonder het hierin opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding beperkten zich immers tot de werkingssfeer van de octrooien die het voorwerp waren geweest van de geschillen tussen Servier en Krka. De licentieovereenkomst had betrekking op het 947-octrooi en hield dus ook rechtstreeks verband met die geschillen.
- 970 Ten derde bestonden er ten tijde van de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst onderling overeenstemmende aanwijzingen waaruit partijen konden opmaken dat het 947-octrooi geldig was (zie de punten 967 en 968 hierboven).



- 971 Ten vierde hadden Servier en Krka weliswaar reeds contact gehad voordat het EOB op 27 juli 2006 de geldigheid van het 947-octrooi bevestigde (zie met name overweging 837 van het bestreden besluit), maar heeft dat contact niet tot een overeenkomst geleid (overwegingen 856 tot en met 859 van het bestreden besluit) en zijn er pas na die beslissing van het EOB nieuwe onderhandelingen begonnen (overweging 898 van het bestreden besluit). De beslissing van het EOB van 27 juli 2006 waarbij de geldigheid van het 947-octrooi is bevestigd, is dus op zijn minst één van de factoren geweest die aanleiding hebben gegeven tot de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst.
- 972 Aldus moet, gelet op de omvang van de bedingen van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst, alsook op de context waarin die overeenkomsten zijn gesloten, worden vastgesteld dat de koppeling van die twee overeenkomsten gerechtvaardigd was en derhalve geen ernstige aanwijzing vormt voor het bestaan van een door Servier aan Krka verrichte betaling in omgekeerde richting die zou voortvloeien uit de licentieovereenkomst (zie punt 948 hierboven).
- 973 In die omstandigheden moet in de tweede plaats worden onderzocht of de Commissie er in casu in is geslaagd om op basis van andere aanwijzingen of ander bewijs dan enkel de koppeling van de licentieovereenkomst en de schikkingsovereenkomst aan te tonen dat de licentieovereenkomst niet tegen normale marktvoorwaarden is gesloten (zie de punten 949 en 963 hierboven).
- 974 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat vaststaat dat noch de schikkingsovereenkomst, noch de licentieovereenkomst, anders dan het geval is voor de andere in het bestreden besluit beoogde overeenkomsten, tot een financiële waardeoverdracht door Servier ten gunste van Krka heeft geleid.
- 975 De licentieovereenkomst bepaalde zelfs dat Krka een vergoeding van 3% van haar netto-omzet aan Servier zou betalen.
- 976 De vergoeding is inderdaad de tegenprestatie voor het door de generieke onderneming uit hoofde van de licentieovereenkomst verkregen voordeel, namelijk de toestemming om het octrooi te gebruiken teneinde zonder risico tot de markt toe te treden. Het stond niettemin aan de Commissie om aan te tonen dat die tegenprestatie abnormaal laag was en dat de licentieovereenkomst aldus tot een betaling in omgekeerde richting ten gunste van Krka leidde.
- 977 Hoewel de Commissie in het bestreden besluit een aantal aanwijzingen heeft aangedragen op basis waarvan kan worden vastgesteld dat de licentieovereenkomst bevorderlijk was voor de commerciële belangen van Krka (overwegingen 1738 tot en met 1744 en in het bijzonder overweging 1739), heeft zij evenwel niet aangetoond dat het overeengekomen vergoedingspercentage van 3% abnormaal laag was, dat wil zeggen zodanig laag dat het niet kon worden verklaard door overwegingen die uitsluitend zagen op de economische waarde van het octrooi dat het voorwerp van de licentie is (zie punt 952 hierboven).
- 978 Met betrekking tot de door de Commissie aangevoerde omstandigheid dat het vergoedingspercentage veel lager was dan het bedrijfsresultaat van Servier in de Tsjechische Republiek, in Hongarije en in Polen voor 2007, is het niet per definitie abnormaal dat het percentage van een exploitatieoverschot, dat overeenkomt met de brutowinst uit een activiteit, ruimschoots het vergoedingspercentage van een licentieovereenkomst, dat enkel de kosten van het gebruiksrecht van een octrooi vertegenwoordigt, overschrijdt.
- 979 Op diezelfde grond kan tevens het argument van de Commissie worden verworpen volgens hetwelk de vergoeding een gering aandeel in de winstmarges van Krka zou hebben gevormd. A fortiori zou de generieke onderneming er helemaal geen belang bij hebben om een licentieovereenkomst te sluiten indien het bedrag van de vergoeding haar niet in staat zou stellen om een toereikende winstmarge te realiseren.

- 980 Tot slot is het niet abnormaal dat het vergoedingspercentage van een door Krka gebruikt octrooi is berekend op basis van de verkoopprijs van het product van Krka en niet op basis van de verkoopprijs van het product van Servier.
- 981 Al die elementen kunnen, zelfs in hun totaliteit beschouwd, hooguit aantonen dat de prijs van de aan Krka verleende licentie bevorderlijk was voor haar commerciële belangen, maar volstaan niet om te bewijzen dat de betrokken transactie niet tegen de normale marktvoorwaarden zou zijn overeengekomen, des te meer daar de licentieovereenkomst bepaalde dat Servier in de zeven lidstaten waar de licentie van toepassing was, de verhandeling van haar product, hetzij rechtstreeks, hetzij via één van haar dochterondernemingen, hetzij via één derde partij per land, zou kunnen voortzetten. De verleende licentie was dus niet exclusief, wat het gunstige karakter ervan voor Krka beperkte, voor zover er een risico bestond dat het product van Krka concurrentie zou krijgen van een ander generiek product, ongeacht of dat door Servier of door een derde werd verhandeld of vervaardigd.
- 982 Hieraan moet worden toegevoegd dat de Commissie ter terechtzitting zelf heeft aangegeven dat zij niet betwistte dat de vergoeding conform de praktijken op de markt was. Door – weliswaar subsidiair – in het bestreden besluit op te merken dat „niet het lage vergoedingspercentage [...] centraal [stond] in het onderzoek, maar de verlening van een unieke licentie in ruil voor de toezegging om op een beperkt aantal andere markten af te zien van toetreding of van de betwisting van de octrooien van Servier” (voetnoot 2354), liet de Commissie reeds blijken dat zij, ten onrechte, enkel een secundair belang hechtte aan de omstandigheid dat de transactie mogelijk tegen normale marktvoorwaarden was gesloten.
- 983 Uit de in de punten 977 tot en met 982 hierboven uiteengezette overwegingen volgt dat de Commissie niet heeft bewezen dat het in de licentieovereenkomst overeengekomen vergoedingspercentage van 3 % abnormaal laag zou zijn geweest, dat wil zeggen zodanig laag dat het niet kon worden gerechtvaardigd door overwegingen die uitsluitend zagen op de economische waarde van het octrooi dat het voorwerp van de licentie is. De Commissie heeft dus niet aangetoond dat de licentieovereenkomst een transactie zou zijn die niet tegen normale marktvoorwaarden is overeengekomen.
- 984 Bijgevolg heeft de Commissie niet bewezen dat sprake was van een betaling in omgekeerde richting die het gevolg zou zijn van de verlening van een licentie tegen een abnormaal lage prijs (zie punt 803 hierboven), en die, omdat zij niet tot doel had de aan de schikking van een geschil inherente kosten te vergoeden (zie punt 809 hierboven), een prikkel zou zijn.
- 985 Hieruit volgt dat de Commissie niet op goede gronden kon overwegen dat in casu sprake is van een beperking die de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij als een beperking naar strekking kan worden aangemerkt.
- 986 Aan de voorgaande conclusie kan niet worden afgedaan door de andere elementen die de Commissie in het bestreden besluit heeft aangedragen.
- 987 Gesteld al dat, in de eerste plaats, de licentieovereenkomst een prikkel zou zijn geweest omdat zij, zoals de Commissie in het bestreden besluit opmerkt (zie met name de overwegingen 1728, 1734 en 1742), het ontstaan van een gunstig duopolie tussen Servier en Krka mogelijk zou hebben gemaakt in de zeven betrokken lidstaten – dat wil zeggen in een gedeelte van de markt waar de Commissie niet het bestaan van een inbreuk heeft vastgesteld –, was een dergelijk duopolie niet het gevolg van de overeenkomst zelf, maar van de keuzes die Servier en Krka na die overeenkomst hebben gemaakt, te weten, wat Servier betreft, de keuze om geen licentie aan een andere generieke onderneming te verlenen of om zelf geen goedkope generieke versie van haar eigen perindopril te verhandelen (overweging 1727 van het bestreden besluit) en, wat Krka betreft, de keuze om geen agressief prijsbeleid te voeren (overweging 1744 van het bestreden besluit).

- 988 De door de Commissie vastgestelde beperking naar strekking en in het bijzonder de prikkel, die één van de voorwaarden voor die beperking is (zie punt 272 hierboven), hebben echter betrekking op de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst en niet op gedragingen die van na die overeenkomsten dateren en die niet door hen zijn overeengekomen.
- 989 Gesteld al dat het betrokken duopolie als een uitvoering van de overeenkomsten kan worden beschouwd, dan zij eraan herinnerd dat de Commissie en de Unierechter bij het onderzoek van de beperkende strekking van een overeenkomst en in het bijzonder in het kader van de inaanmerkingneming van de economische en juridische context ervan, niet volledig aan de potentiële gevolgen van die overeenkomst kunnen voorbijgaan (zie de in punt 304 hierboven aangehaalde rechtspraak). Uit de rechtspraak blijkt niettemin eveneens dat de vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking er niet toe mag leiden dat, onder het mom van met name het onderzoek van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomst, de gevolgen van die overeenkomst worden beoordeeld, omdat anders het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking en mededingingsbeperkende gevolgen zijn nuttig effect zou verliezen (zie punt 221 hierboven). Teneinde na te gaan of een overeenkomst in het bijzonder mededingingsbeperkingen kan teweegbrengen die kenmerkend zijn voor overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking, moet de analyse van de potentiële gevolgen van een overeenkomst dan ook worden beperkt tot die gevolgen die voortvloeien uit gegevens die op de datum van de sluiting van die overeenkomst objectief gezien voorspelbaar zijn (zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:272, punt 84; zie in die zin ook arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 80-82).
- 990 In casu zijn de gestelde betrokken potentiële gevolgen, dat wil zeggen het door de Commissie gestelde duopolie, echter gebaseerd op hypothetische omstandigheden, die aldus niet objectief gezien voorspelbaar waren op de datum van de sluiting van de overeenkomst.
- 991 Hoe dan ook heeft de Commissie, onder verwijzing naar de praktijken om apothekers overmatig te bevoorraden en naar een bij de Poolse autoriteiten ingediende klacht over vermeende oneerlijke concurrentie, in overweging 1725 van het bestreden besluit aangegeven dat „de opstelling van Servier jegens Krka op de zeven markten waarvoor een licentie was verleend moeilijk als een coöperatieve opstelling kon worden beschreven”. Bovendien blijkt uit overweging 1728 van het bestreden besluit dat het door de Commissie beschreven duopolie tussen Servier en Krka niet uitsloot dat een zekere mate van mededinging tussen die ondernemingen bestond.
- 992 In de tweede plaats was, volgens de Commissie, de licentieovereenkomst in casu een prikkel omdat zij op bepaalde markten een toetreding van Krka zonder risico mogelijk maakte in ruil voor haar uitsluiting van andere markten. Vanuit een dergelijk oogpunt zou het mogelijk zijn om, wanneer de werkingssfeer van het verhandelingsverbod of het niet-betwistingsbeding ruimer is dan die van de licentieovereenkomst en er tussen die twee overeenkomsten aldus een discrepantie bestaat – of een „asymmetrie” volgens de door de Commissie in de overwegingen 1706 en 1736 van het bestreden besluit gebruikte term – te concluderen dat er sprake is van een prikkel, omdat de licentieovereenkomst, op grond waarvan de generieke onderneming zonder risico tot bepaalde delen van de markt kan toetreden, in werkelijkheid tot doel heeft om die onderneming zover te krijgen dat zij ermee instemt om zich uit de andere delen van de markt terug te trekken ten gunste van de originator-onderneming.
- 993 Dit betoog kan niet slagen.
- 994 Allereerst zou de door de Commissie voorgestelde benadering dat de loutere sluiting – zelfs tegen normale marktvoorwaarden – van een aan een schikkingsovereenkomst met beperkende bedingen gekoppelde licentieovereenkomst een prikkel zou kunnen zijn, immers tot een paradoxale oplossing leiden, want hoe ruimer in dat geval de werkingssfeer van een licentieovereenkomst zou zijn, hoe

groter de prikkel zou zijn, en hoe makkelijker dus het bestaan van een beperking naar strekking zou kunnen worden vastgesteld, tenzij de werkingssfeer van de licentieovereenkomst exact gelijk is aan die van de schikkingsovereenkomst.

- <sup>995</sup> Hoe ruimer echter de werkingssfeer van een licentieovereenkomst – in het bijzonder ten opzichte van de werkingssfeer van de schikkingsovereenkomst waaraan zij is gekoppeld – hoe gunstiger die overeenkomst voor de mededinging is, gelet op de mededingingsbevorderende gevolgen van de licentie, die de markttoetreding van een generieke onderneming bevordert en het mededingingsbeperkende karakter van het in de schikkingsovereenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding beperkt (zie de punten 954 en 955 hierboven).
- <sup>996</sup> Dienaangaande kan worden opgemerkt dat advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 55) heeft aangegeven dat de formalistische aanpak ter bepaling van een beperking naar strekking alleen denkbaar was bij gedrag waarvoor kon worden vastgesteld dat de nadelige gevolgen ervan voor de mededinging groter waren dan de mededingingsbevorderende gevolgen.
- <sup>997</sup> Daarenboven is de stelling van de Commissie die ertoe leidt dat van de octrooihouder wordt verlangd dat hij voor het gehele gebied waarop de beperkende bedingen van de schikkingsovereenkomst van toepassing zijn een licentieovereenkomst sluit, onverenigbaar met de intellectuele-eigendomsrechten van de octrooihouder en in het bijzonder met de beoordelingsmarge die hij inzake de verlening van licenties heeft (zie voor een geval waarin de octrooihouder zich in een machtspositie bevindt, arrest van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, EU:T:2007:289, punt 331). Die stelling is tevens in strijd met de beoordelingsmarge waarover de partijen bij een geschil moeten beschikken om dat geschil te goeder trouw te schikken.
- <sup>998</sup> Bovendien vormt de sluiting van een „asymmetrische” licentieovereenkomst voor een generieke onderneming die de geldigheid van het betrokken octrooi niet erkent niet per definitie een dusdanig voordeel dat zij daardoor instemt met het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding. Teneinde het uit de sluiting van een dergelijke overeenkomst voortvloeiende voordeel als een prikkel te kunnen aanmerken, zou het die onderneming moeten compenseren voor het zekere verlies van de verwachte winst, dat het gevolg is van de aanvaarding van een schikkingsovereenkomst met bedingen die haar verbieden om tot bepaalde geografische delen van de markt toe te treden. Voor een onderneming die niet oprecht in de geldigheid van het octrooi gelooft en die in staat is om tot de gehele markt waarop het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding van toepassing zijn, toe te treden, vormt een licentie waarvan de geografische reikwijdte beperkter is dan de werkingssfeer van die bedingen immers geen bevredigende economische oplossing die haar ertoe zou kunnen aanzetten om met die bedingen in te stemmen. Het klopt dat de licentie de markt waarop het octrooi van toepassing is voor die onderneming gedeeltelijk openstelt, door haar de mogelijkheid te bieden om op dat deel van de markt de verwachte winst te realiseren, maar aangezien niet is bewezen dat het vergoedingspercentage van die licentie voor dat deel van de markt abnormaal laag zou zijn, verschaft die licentie die onderneming geen enkele vergoeding voor wat betreft de andere delen van de markt waar zij in het geval van nietigverklaring van het octrooi winst zou kunnen realiseren en waartoe haar toetreding voortaan verboden is.
- <sup>999</sup> In casu was de verwachte winst voor Krka op de 18 tot 20 markten waarop de licentieovereenkomst niet van toepassing was verre van verwaarloosbaar. De Commissie geeft in het bestreden besluit immers aan dat de winst op de markten van West-Europa min of meer overeenkwam met die op de drie grootste van de zeven markten waarop de licentieovereenkomst van toepassing was (voetnoot 2348). Hoewel rekening moet worden gehouden met het feit dat de licentie ieder risico van een vordering wegens inbreuk wegneemt en de winst die Krka dankzij de licentieovereenkomst kon realiseren aldus zekerder was, was het belang dat zij aan een dergelijk risico kon hechten grotendeels afhankelijk van de mate waarin zij overtuigd was van de geldigheid van het octrooi. Krka's erkenning van de geldigheid van het 947-octrooi is dus een doorslaggevende factor geweest bij haar beslissing



om een beperkte toetreding tot de zeven betrokken markten – die niettemin door de licentie werden beschermd – te verkiezen boven een ruimere toetreding tot alle markten van de lidstaten, waarbij evenwel een groot risico op inbreuk bestond vanwege de kracht die het genoemde octrooi in de ogen van Krka had.

- 1000 In de derde plaats moet met betrekking tot het andere bewijs ter staving van de voor Krka stimulerende aard van de licentieovereenkomst allereerst worden opgemerkt dat haar schatting van de opportuniteitskosten van de beslissing om geen overeenkomsten te sluiten op meer dan tien miljoen EUR aan „gederfde winst” in drie jaar (overweging 1738 van het bestreden besluit) eerder een bijkomende aanwijzing is dat het 947-octrooi volgens haar geldig was. De betrokken winst zou immers overeenkomen met de winst die zij kon verwachten indien zij zou toetreden tot of zou blijven op de zeven markten waarop de licentieovereenkomst van toepassing was. Aldus leek Krka te menen dat het zonder een overeenkomst met Servier weinig waarschijnlijk of zelfs uitgesloten was dat zij met risico tot die markten zou toetreden of hierop zou blijven, hetgeen bevestigt dat zij de geldigheid van het 947-octrooi erkende.
- 1001 Voorts blijkt weliswaar uit overweging 1740 van het bestreden besluit, die verwijst naar overweging 913 ervan, dat de 18 tot 20 andere markten „vanouds minder belangrijk waren in de ogen van Krka”, maar was de verwachte winst op die markten verre van verwaarloosbaar (zie punt 999 hierboven).
- 1002 Aldus kan op basis van de in de punten 1000 en 1001 hierboven uiteengezette elementen niet worden aangetoond dat de licentieovereenkomst voor Krka een prikkel was.
- 1003 In de vierde plaats is de vaststelling van de Commissie in het bestreden besluit dat de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst onderdeel zouden hebben uitgemaakt van een marktverdeling tussen Servier en Krka (zie het opschrift van punt 5.5.3 van het bestreden besluit en met name overweging 1745 ervan) niet gegrond.
- 1004 Wat immers de zeven markten betreft waarop de licentieovereenkomst van toepassing was, stelt de Commissie voor dat deel van de interne markt weliswaar geen inbreuk vast, maar neemt zij niettemin de gedragingen van Servier en Krka op die zeven markten, en met name de sluiting van de door de Commissie als prikkel aangemerkte licentieovereenkomst, in aanmerking teneinde het bestaan te bewijzen van een marktverdeling die berust op een onderscheid tussen de 18 tot 20 andere lidstaten enerzijds en die zeven lidstaten anderzijds.
- 1005 Servier was echter niet uitgesloten van de markten van de zeven lidstaten waar zij met Krka concurreerde (zie punt 991 hierboven).
- 1006 Aldus werd uit hoofde van de overeenkomsten geen enkel deel van de markt voorbehouden aan Krka. Voor dat deel van de interne markt kan dus niet het worden geconcludeerd dat er sprake was van een marktverdeling in de zin van een waterdichte verdeling tussen de partijen bij de overeenkomsten.
- 1007 Bovendien zij opgemerkt dat de licentieovereenkomst in die zeven lidstaten ertoe heeft bijgedragen dat een generieke concurrent van de originatoronderneming tot de markt is toetreden of op de markt is gebleven. De overeenkomst heeft de mededinging dus bevorderd ten opzichte van de situatie daarvoor, toen de generieke onderneming enkel met risico tot de markt kon toetreden of op de markt kon blijven, des te meer daar de geldigheid van het belangrijkste betrokken octrooi, het 947-octrooi, kort daarvoor door de bevoegde autoriteit was bevestigd (zie punt 970 hierboven) en er in de ogen van Krka een groot risico bestond dat haar product inbreukmakend was.
- 1008 Hieraan moet worden toegevoegd dat de omstandigheid dat de nationale equivalenten van het 947-octrooi op sommige van de zeven betrokken markten ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten nog niet aan Servier waren verleend terwijl Krka haar product reeds verhandelde (overweging 1755 van het bestreden besluit) niet tot de vaststelling kan leiden dat de

licentieovereenkomst geen mededingingsbevorderende gevolgen had. Hoewel het klopt dat Krka reeds vóór de licentieovereenkomst tot die markten had kunnen toetreden zonder te worden geconfronteerd met de onmiddellijke dreiging van een mogelijke inbreukprocedure, en de licentie bijgevolg geen doorslaggevende rol bij die toetreding tot de betrokken markten heeft gespeeld, heeft die licentie Krka evenwel in staat gesteld om op die markten te blijven zonder dat zij het risico hoefde te dragen dat zij met een dergelijke vordering te maken zou krijgen.

1009 De in de punten 1007 en 1008 hierboven vastgestelde mededingingsbevorderende gevolgen van de licentieovereenkomst schragen de vaststelling dat in de zeven lidstaten waarop de licentieovereenkomst van toepassing was geen sprake was van een marktverdeling.

1010 De mededingingsbevorderende gevolgen van de licentieovereenkomst worden tevens bevestigd door het in overweging 913 van het bestreden besluit genoemde fragment uit het antwoord van Krka op een verzoek om inlichtingen. Uit dat fragment blijkt met name het volgende:

„De verkrijging van een licentie en de terugtrekking uit de opposities werden op dat moment als de beste optie voor Krka beschouwd – de mogelijkheid om onmiddellijk, namelijk al vanaf 2006, perindopril te verhandelen op de belangrijkste markten van Krka in Midden- en Oost-Europa.

Volgens alle andere scenario's kon in ieder geval de eerste twee jaar na juli 2006 nog geen toetreding plaatsvinden, en was zelfs na die periode geen toetreding gegarandeerd (risico dat het 947-octrooi van kracht zou blijven, mogelijke ontwikkeling van de niet-alfavorm).”

1011 Het in punt 1010 hierboven aangehaalde fragment bevestigt de vaststelling dat het volgens Krka vanwege het 947-octrooi in alle gevallen onmogelijk was om zonder licentieovereenkomst in de zeven lidstaten waarop die overeenkomst van toepassing was op de markt te blijven of onmiddellijk tot de markt toe te treden (zie de punten 999 en 1000 hierboven).

1012 Wat betreft de andere 18 tot 20 markten, dat wil zeggen het enige deel van de markt waarvoor de Commissie een inbreuk heeft vastgesteld, moet worden opgemerkt dat vanwege het ontbreken van bewijs voor het bestaan van een prikkel (zie punt 984 hierboven), het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding moeten worden beschouwd als bedingen die voortvloeien uit een legitieme inzake een octrooigeschil gesloten schikkingsovereenkomst waaraan een licentieovereenkomst is gekoppeld (zie punt 963 hierboven). Een dergelijk contractueel geheel, dat op de erkenning van de geldigheid van het octrooi berust, kan dan ook niet als een overeenkomst tot marktuitsluiting worden aangemerkt.

1013 Er was dus geen enkel deel van de markt dat op onwettige wijze aan Servier zou zijn voorbehouden.

1014 De marktverdeling, waarop de Commissie tevens haar vaststelling van de beperking naar strekking heeft gebaseerd, is dus niet bewezen.

1015 In de vijfde plaats heeft de Commissie niet bewezen dat Servier of Krka het voornemen had opgevat om een overeenkomst tot marktverdeling of marktuitsluiting aan te gaan, dat Servier voornemens was geweest om Krka aan te sporen om af te zien van concurrentie met haar, dan wel dat Krka het voornemen had opgevat om in ruil voor een stimulerend voordeel af te zien van het uitoefenen van een concurrentiedruk op Servier.

1016 Vooraf zij eraan herinnerd dat het gebruikelijk is dat de activiteiten die met mededingingsversturende gedragingen en overeenkomsten verband houden, clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zijn die dus doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd (arrest van 25 januari 2007,

Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie, C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 51). Niettemin zij opgemerkt dat de betrokken overeenkomsten in casu daadwerkelijke contracten zijn waaraan bovendien veel ruchtbaarheid is gegeven (overweging 915 van het bestreden besluit). Aangezien de Commissie eenvoudig over de volledige inhoud van de betrokken overeenkomsten had kunnen beschikken, is de toepassing van de hiervoor aangehaalde rechtspraak minder evident. Aldus kunnen de op basis van fragmenten uit e-mails of andere documenten gemaakte gevolgtrekkingen waarmee de bedoelingen van de partijen moeten worden bewezen niet zomaar afdoen aan een conclusie die zou berusten op de inhoud zelf van de overeenkomsten, dat wil zeggen op de tussen de partijen zelf overeengekomen dwingende onderlinge rechtsbetrekkingen.

<sup>1017</sup> Voorts moet nog worden benadrukt dat in casu de documenten die dateren van na de beslissing van het EOB van 27 juli 2006, en zelfs van na de op 3 oktober 2006 in het Verenigd Koninkrijk jegens Krka uitgesproken voorlopige maatregel, het meest geschikt zijn om aan te tonen wat de bedoelingen van de partijen ten tijde van de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst konden zijn. Die twee gebeurtenissen hebben de context waarin de overeenkomsten zijn gesloten immers ingrijpend gewijzigd, in het bijzonder wat betreft de perceptie die Krka, maar ook Servier, van de geldigheid van het 947-octrooi konden hebben.

<sup>1018</sup> Wat Krka betreft, hebben de documenten waarop de Commissie zich ter vaststelling van de bedoelingen van Krka baseert betrekking op perioden die aan die twee gebeurtenissen voorafgaan (zie met name de overwegingen 849 tot en met 854 en 1758 tot en met 1760 van het bestreden besluit, alsook de overwegingen waarnaar die overwegingen verwijzen).

<sup>1019</sup> Hoe dan ook zijn de aangehaalde fragmenten te fragmentarisch of te dubbelzinnig om te kunnen bewijzen dat Krka, anders dan herhaaldelijk is vastgesteld (zie met name de punten 999, 1000 en 1011 hierboven), de geldigheid van het 947-octrooi niet erkende, laat staan dat zij kunnen bewijzen dat Krka ten tijde van de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst het voornemen had om een overeenkomst tot marktverdeling of een overeenkomst tot marktuitsluiting aan te gaan.

<sup>1020</sup> Wat Servier betreft, is het enige uit een document afkomstig fragment dat dateert van na de twee hierboven genoemde gebeurtenissen en dat ertoe dient om haar mededingingsverstoringe bedoelingen te bewijzen „vier jaar gewonnen = groot succes”, waarnaar wordt verwezen in het aan die bedoelingen gewijde gedeelte van het bestreden besluit (overwegingen 1761 en 1762).

<sup>1021</sup> Dat fragment is afkomstig uit de notulen van een vergadering van het hoge management van Servier en verwijst naar de beslissing van 6 juli 2007 waarbij de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court), het 947-octrooi ongeldig had verklaard op grond dat de uitvinding ten opzichte van het 341-octrooi niet nieuw was en niet op uitvinderswerkzaamheid berustte.

<sup>1022</sup> Gesteld al dat uit dat fragment kan worden afgeleid dat de directie van Servier na die beslissing van mening was geweest dat het belang van het 947-octrooi erin had bestaan dat het haar nog vier jaar extra bescherming kon opleveren, kan op basis hiervan niet worden vastgesteld dat Servier op 27 oktober 2006, ten tijde van de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst, het voornemen had om een overeenkomst tot marktverdeling of een overeenkomst tot marktuitsluiting aan te gaan, laat staan dat de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst een mededingingsbeperkende strekking hadden.

<sup>1023</sup> Bovendien kan, zelfs in combinatie met alle andere door de Commissie aangevoerde aanwijzingen, niet op basis van de opmerking van een andere generieke onderneming dat „[het erop lijkt] dat de rechtvaardiging van die schikking volgens Servier de bescherming van de belangrijkste markten is waar overwegend sprake is van een hoge mate van substitutie en/of het veelvuldig voorschrijven van [gemeenschappelijke internationale benaming]” (overweging 1730 van het bestreden besluit) worden geconcludeerd dat Servier het voornemen had om met Krka een overeenkomst tot marktverdeling of een overeenkomst tot marktuitsluiting aan te gaan.

- 1024 Tot slot is de herhaaldelijk door de Commissie in het bestreden besluit gebezigde verwijzing naar een document met de titel „Coversyl: defense against generics” niet overtuigend. Dat document dateert immers van voor de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 en van voor de op 3 oktober 2006 in het Verenigd Koninkrijk jegens Krka uitgesproken voorlopige maatregel, hetgeen de relevantie ervan aanzienlijk beperkt (zie punt 1017 hierboven). Bovendien blijkt uit het bestreden besluit zelf dat dat document geen uitdrukkelijke beschrijving van een strategie ten aanzien van Krka bevat, maar dat hooguit uit „de aard en de opbouw van het document” en uit de „context waarin naar Krka wordt verwezen” blijkt dat een verdediging tegen haar werd „overwogen” (voetnoot 2386). Tot slot blijkt niet uit de in het bestreden besluit aangehaalde fragmenten uit dat document dat Servier twijfels zou hebben geuit ten aanzien van de geldigheid van het 947-octrooi.
- 1025 Hoe dan ook zou de Commissie, met name gelet op de in punt 1016 hierboven uiteengezette overwegingen, een reeks relevante en onderling overeenstemmende aanwijzingen moeten aandragen teneinde het oordeel waartoe het Gerecht in punt 985 hierboven is gekomen te weerleggen en te bewijzen dat de betrokken overeenkomsten – anders dan op basis van de analyse van de inhoud ervan en van de context waarin zij zijn gesloten, is vastgesteld – de afkoop van een concurrent met het oog op diens marktuitsluiting tot doel hadden. De Commissie is evenwel niet in staat geweest om dergelijke aanwijzingen te overleggen.
- 1026 In de zesde plaats is de omstandigheid dat Krka de betwisting van de octrooien van Servier en de verhandeling van haar product heeft voortgezet, terwijl de oppositieafdeling van het EOB de geldigheid van het 947-octrooi had bevestigd, geen doorslaggevend element voor de vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking, aangezien het aldus door Krka blijven uitoefenen van concurrentiedruk op Servier kan worden verklaard door de wens van Krka om, ondanks de risico's op gedingen waarmee zij rekening hield, haar positie te versterken tijdens de onderhandelingen die zij mogelijk met Servier ging voeren om tot een schikkingsovereenkomst te komen.
- 1027 Bovendien leidde de voortzetting van de betwisting van het octrooi van Servier niet tot nieuwe inbreukrisico's voor Krka. Die voortzetting had enkel de verhoging van haar proceskosten tot gevolg. Wat de voortzetting van de verhandeling van haar product betreft, heeft zij zich beperkt tot vijf markten in Midden- en Oost-Europa, aangezien de Commissie in het bestreden besluit heeft aangegeven dat Krka „na de beslissing van de [oppositieafdeling] uiteindelijk niet meer met risico heeft willen toetreden in Frankrijk, in het Verenigd Koninkrijk en op andere markten in West-Europa” (overweging 1693). Bovendien waren op vijf van de zeven markten waarop de licentie van toepassing was nog geen equivalenten van het 947-octrooi verleend (overweging 1755 van het bestreden besluit). Aldus waren de risico's die Krka liep in ieder geval op een aantal markten waar zij is gebleven, beperkt.
- 1028 Gelet op de in de punten 1026 en 1027 hierboven uiteengezette elementen kan, anders dan de Commissie stelt, op basis van de omstandigheid dat Krka de betwisting van de octrooien van Servier en de verhandeling van haar product heeft voortgezet, terwijl de oppositieafdeling van het EOB de geldigheid van het 947-octrooi had bevestigd, niet worden geconcludeerd dat de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 geen doorslaggevend gevolg heeft gehad voor de perceptie die Krka van het 947-octrooi had en, bijgevolg, voor de keuze die zij vervolgens heeft gemaakt om in te stemmen met het treffen van een schikking met Servier.
- 1029 In de zevende plaats heeft de Commissie weliswaar enkele elementen aangedragen op basis waarvan kan worden vastgesteld dat Servier en Krka commerciële onderhandelingen over de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst hadden gevoerd, waarbij Krka heeft geprobeerd om de voordelen die zij uit de overeenkomsten kon halen, te maximaliseren en de licentieovereenkomst zelfs als voorwaarde heeft gesteld voor haar instemming met het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding (zie met name overweging 913 en de overwegingen 1746 tot en met 1748 van het bestreden besluit), maar kan op basis van die elementen, zelfs indien zij



samen met al het andere door de Commissie aangedragen bewijs worden beschouwd, niet worden vastgesteld dat de licentieovereenkomst een transactie zou zijn die niet tegen de normale marktvoorwaarden is gesloten, dat wil zeggen dat het in de licentieovereenkomst overeengekomen vergoedingspercentage van 3 % niet zou zijn gekozen op basis van commerciële overwegingen, maar teneinde Krka ertoe aan te zetten om in te stemmen met het in de schikkingsovereenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding.

<sup>1030</sup> Bovendien zij eraan herinnerd dat de sluiting van een licentieovereenkomst, die voor iedere licentienemer enkel relevant is op voorwaarde dat de licentie daadwerkelijk wordt gebruikt, berust op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het octrooi (zie punt 947 hierboven). Het streven van de generieke onderneming om de licentieovereenkomst te verkrijgen die het meest gunstig voor haar commerciële belangen is, volstaat aldus niet om aan te tonen dat die onderneming de betrokken overeenkomst niet op basis van haar erkenning van de geldigheid van het octrooi zou hebben gesloten.

<sup>1031</sup> Hieraan moet nog worden toegevoegd dat een voor Krka gunstige overeenkomst haar in staat stelde om toe te treden tot de delen van de markt waar haar positie het sterkst was en waar zij haar product kon blijven verhandelen of het snelst kon gaan verhandelen, hetgeen bevorderlijk is voor de mededinging. De belangen van een generieke onderneming als Krka, die probeert om met de originatoronderneming de licentie overeen te komen die het meest gunstig is voor haar commerciële belangen, vallen aldus samen met die van de consument, die er dankzij de licentieovereenkomst getuige van zal zijn dat een generieke onderneming op de markt blijft of op korte termijn tot de markt toetreedt.

<sup>1032</sup> Uit al het voorgaande volgt dat de in punt 985 hierboven uiteengezette overweging moet worden bevestigd, aangezien de betrokken schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst de mededinging niet in die mate ongunstig blijken te beïnvloeden dat de Commissie op goede gronden heeft kunnen overwegen dat zij een beperking naar strekking waren. Bijgevolg is het aangevoerde middel gegrond.

## 2) *Overdrachtsovereenkomst*

### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

### *ii) Beoordeling door het Gerecht*

<sup>1041</sup> Vooraf moet in herinnering worden gebracht op welke doorslaggevende gronden de Commissie zich in het bestreden besluit heeft gebaseerd teneinde te concluderen dat de overdrachtsovereenkomst als mededingingsbeperking naar strekking kon worden aangemerkt.

<sup>1042</sup> Om te beginnen heeft de Commissie vastgesteld, ten eerste, dat Krka in het kader van de overdrachtsovereenkomst twee octrooiaanvragen aan Servier had overgedragen – één betreffende een werkwijze voor de synthese van perindopril (WO 2005 113500) en één betreffende de bereiding van samenstellingen met perindopril (WO 2005 094793) – en, ten tweede, dat de door die octrooiaanvragen beschermde technologie werd gebruikt voor de vervaardiging van het perindopril van Krka (overweging 1770 van het bestreden besluit).

<sup>1043</sup> Op basis van die vaststelling heeft de Commissie met haar onderzoek willen aantonen dat de overdrachtsovereenkomst de concurrentiepositie van Servier en Krka die het gevolg was van de marktverdeling die volgens de Commissie uit de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst voortvloeide, versterkte (overwegingen 1766 en 1804 van het bestreden besluit).

- <sup>1044</sup> Wat ten eerste Servier betreft, heeft de Commissie opgemerkt dat de technologie van Krka was overgedragen in specifieke marktomstandigheden, waarin nog maar een zeer gering aantal potentieel levensvatbare en van Servier onafhankelijke alternatieve bronnen voor de WFB-technologie bestonden (overwegingen 1766 en 1772 van het bestreden besluit). Volgens de Commissie was de technologie van Krka, waarmee kon worden voldaan aan de eisen van de Europese farmacopee (overwegingen 1766, 1770 en 1793 van het bestreden besluit), „een essentiële factor om tot de markt toe te treden” (overweging 1803 van het bestreden besluit).
- <sup>1045</sup> In punt 1772 van het bestreden besluit heeft de Commissie het volgende opgemerkt:
- „Door Krka de mogelijkheid te ontnemen om onbepaald licenties te verlenen of haar technologie over te dragen aan derden, dat wil zeggen aan andere generieke ondernemingen, heeft Servier in feite de toegang van derden tot een mogelijke, op de technologie van Krka gebaseerde concurrentiebron belemmerd. Een dergelijke technologie had bijvoorbeeld als platform voor nieuwe betwistingen van het octrooi kunnen dienen. Aldus heeft de overdracht- en licentieovereenkomst, in combinatie met de schikkingsovereenkomst met Krka, Servier een absolute bescherming verleend tegen iedere nog overgebleven, uit de technologie van Krka voortvloeiende potentiële mededinging.”
- <sup>1046</sup> Volgens de Commissie was Servier er dankzij de aanschaf van de technologie van Krka dus zeker van dat Krka geen technologie meer kon overdragen die nuttig had kunnen zijn voor andere generieke ondernemingen. De Commissie heeft hieruit afgeleid dat de overdrachtsovereenkomst Servier in staat stelde om de bescherming te vergroten die zij reeds op grond van het in de schikkingsovereenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding genoot (overwegingen 1805 en 1806 van het bestreden besluit).
- <sup>1047</sup> Wat ten tweede Krka betreft, heeft de Commissie niet alleen overwogen dat Krka „zich ervan bewust [was] dat de aanschaf door Servier van de technologie van perindopril tot de uitsluiting van generieke concurrenten kon leiden” (overweging 1800 van het bestreden besluit), maar bovenal dat zij voordeel haalde uit de licentie die in het kader van de overdrachtsovereenkomst aan haar was doorverkocht.
- <sup>1048</sup> Wat dat laatste aspect betreft, heeft de Commissie aangegeven dat Krka het gebruik van haar technologie kon voortzetten op de markten van de zeven lidstaten waar zij haar product dankzij de licentieovereenkomst kon verhandelen (overweging 1806 van het bestreden besluit). Volgens de Commissie was de technologie van Krka, ook voor Krka, nuttig om het WFB van perindopril te vervaardigen met een mate van zuiverheid die voldeed aan de eisen van de Europese farmacopee. Derhalve zou Krka als gevolg van de overdrachtsovereenkomst de gunstige positie hebben behouden die zij dankzij de licentieovereenkomst reeds op de zeven betrokken markten innam.
- <sup>1049</sup> De Commissie heeft geconcludeerd dat de overdrachtsovereenkomst tot doel had gehad om de uit de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst voortvloeiende marktverdeling te bestendigen (overwegingen 1803 en 1810 van het bestreden besluit).
- <sup>1050</sup> De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst en die van de overdrachtsovereenkomst onderdeel uitmaakten van één enkele voortgezette inbreuk die de mededinging beperkte door het verdelen van de perindoprilmarkten in de Unie. Dienaangaande heeft de Commissie zich met name gebaseerd op het feit dat die overeenkomsten eenzelfde doel hadden, namelijk de verdeling van de markten tussen Servier en Krka (overweging 1811 van het bestreden besluit).
- <sup>1051</sup> De Commissie heeft het gedeelte van het bestreden besluit dat is gewijd aan het onderzoek van de beperking naar strekking van de verschillende tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten afgesloten met de opmerking dat die overeenkomsten „tot doel hadden [...] om de markten te verdelen door het voorkomen of beperken van de uit generieke geneesmiddelen voortvloeiende mededinging jegens Krka en Servier en tussen hen onderling” (overweging 1812).

- 1052 Tot slot moet worden benadrukt dat de overdrachtovereenkomst volgens de Commissie enkel een „bijkomende” verstoring teweegbracht, zoals is aangegeven in het opschrift van punt 5.5.3.4 van het bestreden besluit.
- 1053 Uit de voorgaande overwegingen blijkt dat de beperking naar strekking die de Commissie ten aanzien van de overdrachtovereenkomst heeft vastgesteld, is gebaseerd op de eerdere vaststelling van het bestaan van een uit de schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst voortvloeiende marktverdeling, zoals verzoeksters terecht opmerken.
- 1054 Zoals in punt 1014 hierboven is opgemerkt, is die eerdere vaststelling echter onjuist.
- 1055 Bijgevolg moet ook de beperking naar strekking die de Commissie ten aanzien van de overdrachtovereenkomst heeft vastgesteld, worden verworpen.
- 1056 Hieraan moet worden toegevoegd dat de overdrachtovereenkomst geen nevenovereenkomst bij de schikkingsovereenkomst is in de zin van de overwegingen die in de punten 797 tot en met 803 hierboven zijn uiteengezet.
- 1057 Die overdrachtovereenkomst is immers niet op dezelfde dag als de schikkingsovereenkomst gesloten, tussen die twee overeenkomsten bestaat geen contractuele band en de Commissie heeft niet vastgesteld dat zij onlosmakelijk met elkaar waren verbonden (zie punt 798 hierboven).
- 1058 De Commissie heeft zelfs gepreciseerd dat er geen enkel verband was tussen enerzijds de door Servier aan Krka in het kader van de overdrachtovereenkomst verrichte betaling van 30 miljoen EUR en anderzijds de schikkingsovereenkomst, voor zover die betaling geen prikkel voor Krka was geweest om in te stemmen met het in de schikkingsovereenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding. Een en ander blijkt met name uit de hierna aangehaalde fragmenten uit het bestreden besluit:

„(1678) Twee maanden later heeft Servier voor 30 miljoen EUR octrooiaanvragen van Krka gekocht, die betrekking hadden op concurrerende technologieën voor de vervaardiging van perindopril. Volgens Krka vreesde Servier dat die technologie aan andere concurrenten kon worden overgedragen of in licentie kon worden gegeven. Hoewel bepaalde elementen in de richting wijzen van een verband tussen de schikkingsovereenkomst en de door Servier verrichte betaling van 30 miljoen [EUR], trekt het onderhavige besluit op dit punt geen enkele conclusie en is de analyse van die overeenkomsten niet op het bestaan van een dergelijk verband gebaseerd.

[...]

(Voetnoot 2419) Servier betwist dat sprake is geweest van een verband tussen de betaling voor de [octrooiaanvragen] en de schikkingsovereenkomst (antwoord van Servier op de mededeling van punten van bezwaar, punt 1084, ID 10114, blz. 363). Zoals duidelijk naar voren komt [uit punt] 5.5.3.3.3 wordt in het kader van de beoordeling van de schikkingsovereenkomst met Krka de betaling van 30 miljoen [EUR] niet beschouwd als een prikkel voor Krka om in te stemmen met de beperkende bepalingen van de schikkingsovereenkomst, en wordt de vraag of sprake was van een verband tussen de schikkingsovereenkomst enerzijds en de overdrachtovereenkomst en de licentieovereenkomst anderzijds onbeantwoord gelaten omdat zij niet doorslaggevend is [...]”.

- 1059 Aldus kan de overdrachtovereenkomst niet worden aangevoerd ter compensatie van de niet bewezen (zie punt 984 hierboven) prikkel, die volgens de Commissie uit de licentieovereenkomst voortvloeiende en op basis waarvan zij kon vaststellen dat de schikkingsovereenkomst in werkelijkheid de uitsluiting van een concurrent van Servier tot doel had.

1060 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie ten aanzien van de overdrachtsovereenkomst ten onrechte het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking heeft vastgesteld. Het onderhavige middel is dus gegrond.

***b) Onjuiste rechtsopvatting en beoordelingsfout met betrekking tot de kwalificatie van de met Krka gesloten overeenkomsten als overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen***

*1) Argumenten van partijen*

[omissis]

*2) Beoordeling door het Gerecht*

1075 De onjuiste rechtsopvatting en de beoordelingsfout met betrekking tot de vaststelling van het bestaan van beperkende gevolgen moeten samen worden onderzocht.

1076 Dienaangaande heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat voor de beoordeling van de vraag of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het gevolg ervan is, de mededinging moet worden gezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen (arresten van 30 juni 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, blz. 415, en 6 april 2006, General Motors/Commissie, C-551/03 P, EU:C:2006:229, punt 72; zie ook arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 161 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Aldus moet op basis van een vergelijking tussen de mededinging die ten tijde van de overeenkomst bestond en de mededinging zoals die zich zonder die overeenkomst zou hebben afgespeeld, worden aangetoond dat de mededinging slechter was toen die overeenkomst van kracht was.

1077 Vooraf moet de benadering worden gepreciseerd op basis waarvan de Commissie in het bestreden besluit de mededingingsbeperkende gevolgen heeft onderzocht, in het bijzonder wat betreft de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking in het kader van dat onderzoek.

*i) Door de Commissie gevolgde benadering*

1078 Allereerst moeten enkele algemene overwegingen in herinnering worden gebracht die op alle overeenkomsten tussen Servier en de in het bestreden besluit beschuldigde generieke ondernemingen van toepassing zijn, en die de Commissie heeft uiteengezet in punt 5.1.7 van het bestreden besluit met het opschrift „Kwalificatie van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied tegen betalingen in omgekeerde richting als overeenkomsten met beperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag”.

1079 De Commissie heeft onder meer opgemerkt dat het onderzoek van de mededingingsomstandigheden op een bepaalde markt „niet alleen gebaseerd [moest] zijn op de bestaande mededinging tussen de reeds op de betrokken markt aanwezige ondernemingen, maar ook op de potentiële mededinging” (overweging 1215 van het bestreden besluit).

1080 In overweging 1219 van het bestreden besluit heeft de Commissie eraan herinnerd dat volgens de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel [101], lid 3, [VWEU] (PB 2004, C 101, blz. 97) rekening moest worden gehouden met zowel de „daadwerkelijke als potentiële gevolgen” van een overeenkomst, aangezien de overeenkomst enkel „waarschijnlijke mededingingsbeperkende effecten” behoeft te hebben. Dienaangaande heeft zij verwezen naar punt 24 van die richtsnoeren, dat is gebaseerd op het arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, EU:C:1998:256, punt 77).



1081 Vervolgens heeft de Commissie haar methode uiteengezet. Zij heeft aangegeven dat zij de beperkende gevolgen van de overeenkomsten zou aantonen door te bewijzen, ten eerste, dat elk van die overeenkomsten tot de uitschakeling van een potentiële concurrent had geleid en, ten tweede, dat de uitschakeling van één enkele concurrent „gevolgen voor de structuur van de mededinging” kon hebben (overweging 1219 van het bestreden besluit).

1082 De Commissie heeft dus overwogen dat zij op basis van de vaststelling van de uitschakeling van een potentiële concurrent vervolgens enkel „waarschijnlijke” mededingingsversturende gevolgen, dat wil zeggen „potentiële” gevolgen voor de mededinging, behoefde vast te stellen (zie punt 1080 hierboven).

1083 In punt 1220 van het bestreden besluit heeft de Commissie het volgende gepreciseerd:

„De beoordeling van de beperkende gevolgen moet worden gebaseerd op de feiten ten tijde van de schikking, waarbij rekening moet worden gehouden met de manier waarop de overeenkomst daadwerkelijk is uitgevoerd. Sommige partijen zijn het hiermee niet eens en beweren dat de beoordeling rekening zou moeten houden met alle latere feitelijke ontwikkelingen en zich niet hoofdzakelijk zou moeten baseren op de situatie die ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten bestond. [Wanneer] sprake is van de uitschakeling van de potentiële mededinging heeft de inaanmerkingneming van hetgeen zich werkelijk heeft voorgedaan mogelijk weinig van doen met hetgeen zich waarschijnlijk zou hebben voorgedaan wanneer de overeenkomst niet had bestaan, wat een essentiële vraag is voor de beoordeling van de mededinging. Dit geldt des te meer wanneer de overeenkomst tot ingrijpende wijzigingen leidt van de prikkels voor één of beide partijen om nog langer met elkaar te concurreren.”

1084 In de nogal dubbelzinnig geformuleerde eerste twee zinnen van die overweging heeft de Commissie toegegeven dat zij zich voor elke overeenkomst, in ieder geval hoofdzakelijk, zou baseren op de bestaande feiten ten tijde van de sluiting van de overeenkomst en niet op alle feitelijke ontwikkelingen van na de sluiting ervan. Ter rechtvaardiging van die benadering heeft zij vervolgens verwezen naar het begrip „potentiële mededinging” en heeft zij aangegeven dat wanneer sprake was van de uitschakeling van de potentiële mededinging, de inaanmerkingneming van bepaalde feitelijke gebeurtenissen, in het bijzonder van de gebeurtenissen van na de sluiting van de overeenkomst, minder relevant zou zijn voor de vaststelling van één van de onderdelen van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking, te weten de mededinging zoals die zich zonder het bestaan van de overeenkomst zou hebben afgespeeld.

1085 Een dergelijke benadering wordt bevestigd door een fragment uit overweging 1264 van het bestreden besluit, waarin de Commissie heeft overwogen dat wanneer sprake is van de uitschakeling van een potentiële concurrent de „potentiële toekomstige gevolgen” van de overeenkomsten moeten worden onderzocht.

1086 De in punt 1085 hierboven aangehaalde overweging van het bestreden besluit maakt deel uit van een punt van het bestreden besluit met het opschrift „Heersende marktstructuur ten tijde van de schikkingsovereenkomsten”, dat voornamelijk is gewijd aan de beschrijving van de geleidelijke uitschakeling van de potentiële concurrenten van Servier als gevolg van de sluiting van de verschillende litigieuze overeenkomsten (overwegingen 1244 tot en met 1269 van het bestreden besluit).

1087 Het klopt dat de Commissie in dat punt bepaalde gebeurtenissen noemt die zich tijdens de uitvoering van de overeenkomsten daadwerkelijk hebben voorgedaan en op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat twee generieke ondernemingen die geen overeenkomst met Servier hadden gesloten nog steeds een concurrentiedruk uitoefenden. Aldus stelt de Commissie vast dat het 947-octrooi in het Verenigd Koninkrijk ongeldig is verklaard als gevolg van de voortzetting van de gerechtelijke procedure die één van die twee ondernemingen, te weten Apotex, in dat land had ingesteld.

1088 Niettemin beweert de Commissie dat er na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten tussen Servier en verschillende generieke ondernemingen nog steeds een grote „kans” bestond dat Servier een overeenkomst probeerde te sluiten met Apotex, alsook met de andere onderneming die een bedreiging voor haar kon vormen (overweging 1268), terwijl de Commissie op de datum dat zij het bestreden besluit nam, had kunnen vaststellen dat dergelijke overeenkomsten niet waren gesloten.

1089 De in punt 1088 hierboven genoemde bewering van de Commissie bevestigt dat zij zich voor de vaststelling van de mededinging zoals die zich zonder het bestaan van een overeenkomst zou hebben afgespeeld (een van de onderdelen van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking), op een hypothetische benadering heeft gebaseerd, die deels voorbijgaat aan de feitelijke gebeurtenissen die zich in het bijzonder na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten hebben voorgedaan.

1090 De Commissie baseert zich dus op de premisse volgens welke zij, in het geval van een overeenkomst die een potentiële concurrent uitschakelt, enkel de potentiële – dat wil zeggen de „waarschijnlijke” – gevolgen van die overeenkomst zou hoeven aan te tonen, teneinde haar beschrijving van de mededinging zoals die zich zonder een overeenkomst zou hebben afgespeeld te kunnen baseren op hypothesen of „mogelijkheden” en niet op de feitelijke gebeurtenissen zoals die konden worden vastgesteld op het moment dat zij haar besluit heeft genomen.

1091 Dienaangaande heeft de Commissie het volgende opgemerkt in punt 152 van haar verweerschrift:

„[...] Servier stelt dat de Commissie niet de juiste contrafeitelijke situatie in aanmerking heeft genomen. De Commissie verwerpt die kritiek. De gebeurtenissen die aantonen dat een potentiële concurrent uiteindelijk een daadwerkelijke concurrent wordt, dan wel dat hij er niet in slaagt om tot de markt toe te treden, hebben slechts een beperkte relevantie, omdat de uitsluiting van een potentiële concurrent op de datum van de overeenkomst in een context waarin bestaande concurrenten ontbreken en het aantal potentiële concurrenten zeer gering is, als zodanig mededingingsbeperkende gevolgen heeft die onder de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen. De kernvraag is of de generieke onderneming aan de voorwaarden voldoet om als een potentiële concurrent te worden aangemerkt. De onderneming kan om allerlei redenen van de markt verdwijnen of nooit tot de markt toetreden, maar die redenen laten onverlet dat zij op de datum van de overeenkomst een voldoende ernstige bedreiging vormde.”

1092 Uit het voorgaande blijkt dat de Commissie, aangezien zij had bewezen dat een overeenkomst een potentiële concurrent uitsloot, het niet nodig heeft gevonden om zich te baseren op de feitelijke gebeurtenissen, en in het bijzonder op die van na de sluiting van de overeenkomst, teneinde de mededinging vast te stellen zoals die zich zonder die overeenkomst zou hebben afgespeeld. Integendeel. Door zich te baseren op haar gangbare praktijk inzake de inaanmerkingneming van de potentiële gevolgen van een overeenkomst, op grond waarvan het volstaat om enkel de „waarschijnlijke” mededingingsverstoringende gevolgen van die overeenkomst aan te tonen (zie de punten 1080 en 1085 hierboven), heeft de Commissie gemeend dat zij haar beschrijving van de mededinging zoals die zich zonder de overeenkomst zou hebben afgespeeld, kon baseren op hypothesen of „mogelijkheden”.

1093 Na deze uiteenzetting van de algemene benadering van de Commissie moet worden nagegaan of zij conform die benadering te werk is gegaan in de bijzondere context van het onderzoek van de gevolgen voor de mededinging van de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten.

1094 In de overwegingen 1813 en 1814 van het bestreden besluit, dat wil zeggen in de eerste overwegingen van het punt dat is gewijd aan de beperkende gevolgen van de met Krka gesloten overeenkomsten, heeft de Commissie aangegeven dat zij in dat punt wilde nagaan of de betrokken overeenkomsten „waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen [hadden]”. Evenzo overweegt de Commissie in de titel van de conclusie van het punt betreffende de beperkende gevolgen van de met Krka gesloten

overeenkomsten dat die overeenkomsten „waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen [hadden]”. Tot slot heeft de Commissie in haar verweerschrift bevestigd dat „in het besluit is nagegaan of de overeenkomsten waarschijnlijke mededingingsversturende gevolgen hadden” (punt 135).

- 1095 Uit de in punt 1094 hierboven aangehaalde bewoordingen van de Commissie blijkt dat haar benadering berust op de vaststelling van potentiële gevolgen van de overeenkomsten (zie punt 1080 hierboven).
- 1096 Bovendien is de Commissie voor de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking uitgegaan van het feit dat er zonder overeenkomst nog steeds een „concurrentiële dreiging” van Krka zou zijn uitgegaan voor Servier (overwegingen 1828 en 1830 van het bestreden besluit).
- 1097 Vanwege haar hypothetische aard verwijst die „concurrentiële dreiging” waaraan de overeenkomsten een einde zouden maken, op het eerste gezicht eerder naar potentiële gevolgen dan naar daadwerkelijke gevolgen voor de mededinging.
- 1098 Niettemin is de beëindiging van de „concurrentiële dreiging”, waarnaar wordt verwezen in de punten 1096 en 1097 hierboven, voor de Commissie een wezenlijk element van haar betoog dat de mededinging op de markt als gevolg van de schikkingsovereenkomst zou zijn verslechterd (zie punt 1076 hierboven).
- 1099 Het klopt dat de Commissie vervolgens met betrekking tot de eerder door haar vastgestelde marktmacht van Servier (overwegingen 1817 tot en met 1819 van het bestreden besluit) een deel van het bestreden besluit aan de structuur van de betrokken markt wijdt, die wordt gekenmerkt door het (vrijwel) ontbreken van mededingingsbronnen (overwegingen 1835 tot en met 1846).
- 1100 Niettemin is het noodzakelijke uitgangspunt voor het onderzoek van de marktstructuur de eerdere, in het voorgaande deel van het bestreden besluit (overwegingen 1825 tot en met 1834) verrichte vaststelling dat zonder het bestaan van een overeenkomst een „concurrentiële dreiging” zou hebben bestaan.
- 1101 De Commissie sluit het onderzoek van de structuur van de betrokken markt af met de opmerking dat de kans groot was dat de nog overgebleven mededingingsbronnen die ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten met Krka waren geïnventariseerd, van de mededinging zouden worden uitgesloten als gevolg van een toekomstige overeenkomst of anderszins, evenwel zonder te preciseren of dat het geval was geweest in de periode dat de met Krka gesloten overeenkomsten van kracht waren (overweging 1846 van het bestreden besluit).
- 1102 De in punt 1101 hierboven genoemde overweging bevestigt wat reeds in punt 1092 hiervoor is uiteengezet. De Commissie overwoog dus dat zij, aangezien zij had bewezen dat de schikkingsovereenkomst Krka uitsloot en zij op zijn minst een potentiële concurrent van Servier was, niet verplicht was om voor de vaststelling van de mededinging zoals die zich zonder een overeenkomst zou hebben afgespeeld (een van de onderdelen van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking), de feitelijke gebeurtenissen in aanmerking te nemen zoals die hadden kunnen worden vastgesteld toen zij haar besluit nam. Integendeel. Door zich te baseren op haar gangbare praktijk inzake de inaanmerkingneming van de potentiële gevolgen van een overeenkomst, op grond waarvan het volstaat om enkel de „waarschijnlijke” mededingingsversturende gevolgen van die overeenkomst aan te tonen, heeft de Commissie gemeend dat zij haar beschrijving van de mededinging zoals die zich zonder de overeenkomst zou hebben afgespeeld, kon baseren op hypothesen of „mogelijkheden”.
- 1103 De Commissie heeft de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten dus onderzocht volgens de algemene richtsnoer die zij voor zichzelf had vastgesteld voor het onderzoek van de verschillende schikkingsovereenkomsten die in het bestreden besluit als inbreukmakend zijn aangemerkt.

1104 Nu de benadering van de Commissie met betrekking tot de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking in het kader van het onderzoek van de beperkende gevolgen in herinnering is gebracht, moet worden nagegaan of de Commissie op goede gronden het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen heeft kunnen vaststellen ten aanzien van de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten.

1105 Voor een dergelijk onderzoek moet vooraf de relevante rechtspraak in herinnering worden gebracht.

1106 Gelet op de door de Commissie gekozen benadering en de wezenlijke rol die de veelvuldige verwijzingen naar de „potentiële gevolgen” van de overeenkomsten spelen in haar betoog, alsook op het feit dat die overeenkomsten „waarschijnlijke beperkende gevolgen” hadden, moet in het bijzonder de reeds ten dele in punt 1080 hierboven genoemde en ter terechtzitting aangevoerde rechtspraak in herinnering worden gebracht, op grond waarvan voor de vaststelling of een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging onder de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt, de potentiële gevolgen van dergelijke handelingen in aanmerking moeten worden genomen.

*ii) In casu relevante rechtspraak*

1107 Hoewel het Hof in het kader van prejudiciële verwijzingen veelvuldig opnieuw het beginsel heeft bevestigd op grond waarvan artikel 101, lid 1, VWEU de beoordeling van een overeenkomst of gedraging niet beperkt tot de werkelijke gevolgen, aangezien eveneens rekening moet worden gehouden met de potentiële gevolgen van de betrokken overeenkomst of de betrokken gedraging voor de mededinging op de interne markt (arresten van 21 januari 1999, Bagnasco e.a., C-215/96 en C-216/96, EU:C:1999:12, punt 34; 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, punt 50; 28 februari 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C-1/12, EU:C:2013:127, punt 71, en 26 november 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punt 30), heeft het slechts zelden de gelegenheid gehad om zelf te beoordelen of een gedraging of overeenkomst potentiële gevolgen teweegbracht die tot de vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperking konden leiden.

1108 In het arrest van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie (142/84 en 156/84, EU:C:1987:490), heeft het Hof voor het eerst de inaanmerkingneming van de potentiële gevolgen van een overeenkomst onderzocht. In de zaak die tot dat arrest had geleid, had de Commissie een klacht afgewezen en vastgesteld dat de overeenkomsten die zij in het kader van die klacht moest onderzoeken niet in strijd waren met de verdragsregels inzake mededinging (arrest van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, EU:C:1987:490, punt 1). Het Hof heeft bij die gelegenheid gepreciseerd dat de Commissie, wanneer zij vaststelde dat een overeenkomst niet in strijd was met het mededingingsrecht, niet alleen rekening moest houden met de gevolgen die de bedingen van die overeenkomst ten tijde van het onderzoek ervan door de Commissie hadden, maar ook met de gevolgen die zij in de toekomst zouden kunnen hebben, gelet op de nog niet gerealiseerde mogelijkheden die zij de partijen boden. Zo bood in die zaak een overeenkomst inzake de deelneming in een concurrerende onderneming de investerende onderneming de mogelijkheid om haar positie in een later stadium te versterken door de feitelijke zeggenschap over de andere onderneming te verkrijgen, wat gevolgen kon hebben voor de onderzochte concurrentieverhoudingen (arrest van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, EU:C:1987:490, punten 37, 39, 54, 57 en 58).

1109 Aldus moet de Commissie volgens het in punt 1108 hierboven genoemde arrest bij het onderzoek van de gevolgen van een overeenkomst niet alleen rekening houden met de werkelijke gevolgen van de bedingen die bij de vaststelling van haar besluit reeds worden uitgevoerd, maar ook met de potentiële gevolgen van de bedingen die nog niet zijn uitgevoerd.



- 1110 Het Hof heeft nadien de inaanmerkingneming van de potentiële gevolgen van een overeenkomst toegestaan in het arrest van 28 mei 1998, *Deere/Commissie* (C-7/95 P, EU:C:1998:256). In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, was een besluit aan de orde van de Commissie dat volgde op de aanmelding van een overeenkomst ter verkrijging, krachtens artikel 2, van verordening nr. 17, van een negatieve verklaring op grond waarvan de Commissie op verzoek van de betrokken ondernemingen kon vaststellen dat voor haar geen aanleiding bestond tegen een overeenkomst op te treden. In haar besluit had de Commissie vastgesteld dat de aan haar voorgelegde overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen had.
- 1111 In die zaak heeft het Gerecht, en vervolgens het Hof, een dergelijke vaststelling, die gebaseerd was op het bestaan van potentiële gevolgen, goedgekeurd.
- 1112 Ter onderbouwing van haar stelling dat de Commissie haar beoordeling moest beperken tot de inaanmerkingneming van de daadwerkelijke gevolgen van het in de overeenkomst beoogde systeem van uitwisseling van informatie, beriep de verzoekende partij zich op het feit dat dat systeem van informatie-uitwisseling al meerdere jaren in gebruik was toen het verzoek om een negatieve verklaring werd aangemeld. Het Gerecht heeft evenwel overwogen dat een dergelijk argument niet relevant was, aangezien het Verdrag zowel de daadwerkelijke gevolgen als de potentiële gevolgen van overeenkomsten verbood (arrest van 27 oktober 1994, *Deere/Commissie*, T-35/92, EU:T:1994:259, punten 59 en 61).
- 1113 Niettemin moet de irrelevantie van het argument dat de betrokken overeenkomsten of gedragingen al werden uitgevoerd, worden genuanceerd.
- 1114 In de eerste plaats waren de omstandigheden van het geval immers bijzonder, aangezien de overeenkomst waarvoor om een negatieve verklaring werd verzocht in de plaats was gekomen van een eerdere overeenkomst die niet bij de Commissie was aangemeld. De Commissie moest zich dus uitspreken over de verenigbaarheid met de mededingingsregels van die nieuwe overeenkomst en niet over de verenigbaarheid met die regels van de eerdere overeenkomst. Het is derhalve niet zeker of de Commissie voor die nieuwe overeenkomst definitieve conclusies uit de uitvoering van de eerdere overeenkomst had kunnen trekken, ondanks de gelijkenis tussen die overeenkomsten. De nieuwe overeenkomst was slechts enkele maanden van kracht geweest toen de leden besloten om haar op te schorten. De Commissie beschikte dus nog niet over de afstand die nodig is om de daadwerkelijke gevolgen ervan voor de mededinging te onderzoeken (arrest van 27 oktober 1994, *Deere/Commissie*, T-35/92, EU:T:1994:259, punten 2 en 4).
- 1115 In de tweede plaats heeft het Gerecht in het arrest van 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services/Commissie* (T-168/01, EU:T:2006:265, punt 163), in het kader van een onderzoek van de potentiële gevolgen voor de mededinging van een overeenkomst aangegeven dat, aangezien de uitvoering van de betrokken overeenkomst enkele maanden na de inwerkingtreding ervan al was opgeschort, en dat was gebleven tot aan de vaststelling van het in die zaak bestreden besluit van de Commissie, het door de Commissie verrichte onderzoek van de overeenkomst moest worden opgevat als hoofdzakelijk gericht op de potentiële gevolgen ervan.
- 1116 Het Gerecht heeft in dat arrest dus een uitdrukkelijk verband vastgesteld tussen het niet uitvoeren van de betrokken overeenkomst en het door de Commissie verrichte onderzoek van de potentiële gevolgen ervan.
- 1117 In de derde plaats heeft het Gerecht in het arrest van 30 juni 2016, *CB/Commissie* (T-491/07 RENV, niet gepubliceerd, EU:T:2016:379, punten 243, 247, 248 en 250), de potentiële gevolgen van een besluit van een ondernemersvereniging voor de mededinging onderzocht, door de gevolgen in aanmerking te nemen die de betrokken maatregelen zouden hebben indien zij zouden worden uitgevoerd, wat, wederom, een verband legt tussen het onderzoek van de potentiële gevolgen van het besluit van een ondernemersvereniging en het feit dat het nog niet is uitgevoerd. Benadrukt moet

worden dat de Commissie in het betrokken besluit [beschikking C(2007) 5060 definitief van 17 oktober 2007 inzake een procedure op grond van artikel (101 VWEU) (COMP/D 1/38606 - Groupement des cartes bancaires „CB”)] onderscheid had gemaakt tussen het onderzoek van de potentiële gevolgen – dat wil zeggen de gevolgen die de maatregelen zouden hebben indien de opschorting ervan zou worden beëindigd (overwegingen 261 en verder) – en het onderzoek van de gevolgen die zich hadden voorgedaan in de periode waarin de betrokken maatregelen werden uitgevoerd (overwegingen 310 en verder).

- 1118 Gepreciseerd moet worden dat de Commissie de betrokken ondernemingen in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 27 september 2006, GlaxoSmithKline Services/Commissie (T-168/01, EU:T:2006:265), en 30 juni 2016, CB/Commissie (T-491/07 RENV, niet gepubliceerd, EU:T:2016:379), geen sanctie heeft opgelegd, maar hun heeft bevolen om de betrokken inbreuk onmiddellijk te beëindigen.
- 1119 Hieraan moet nog worden toegevoegd dat het in de in punt 1118 hierboven genoemde zaken de betrokken ondernemingen waren die de maatregelen bij de Commissie hadden aangemeld (zie in die zin arresten van 27 september 2006, GlaxoSmithKline Services/Commissie, T-168/01, EU:T:2006:265, punt 10, en 30 juni 2016, CB/Commissie, T-491/07 RENV, niet gepubliceerd EU:T:2016:379, punt 8).
- 1120 In de meeste gevallen waarin de Unierechters in het kader van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging de rechtspraak hebben toegepast op grond waarvan een vaststelling van de beperkende gevolgen kan worden afgeleid uit de potentiële gevolgen van die maatregelen, ging het dus niet om een besluit van de Commissie dat ertoe strekte een reeds opgetreden gedraging met beperkende gevolgen te bestraffen, maar om een besluit van de Commissie dat een dergelijke gedraging beoogde te voorkomen door de gevolgen in aanmerking te nemen die de betrokken maatregelen zouden kunnen hebben indien zij zouden worden uitgevoerd. Dat was onder meer ook het geval in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie (142/84 en 156/84, EU:C:1987:490), waarin de Commissie een klacht had afgewezen door de gevolgen te beoordelen die een beding van de overeenkomst zou kunnen hebben indien de daarin beoogde mogelijkheid zou worden verwezenlijkt.
- 1121 Op het gebied van mededingingsregelingen bestaat er dus geen precedent waarin het Hof of het Gerecht zou hebben aanvaard dat de Commissie zich enkel op de potentiële gevolgen van de betrokken maatregel kan baseren om een inbreuk vast te stellen en om, op basis van een dergelijke vaststelling, een geldboete op te leggen aan de plegers van die inbreuk.
- 1122 Wanneer de bedingen van een overeenkomst zijn uitgevoerd en het mogelijk is om de gevolgen ervan voor de mededinging te beoordelen door de relevante feitelijke ontwikkelingen in aanmerking te nemen die zich hebben voorgedaan voordat de Commissie zich uitsprak en met name na de sluiting van de overeenkomst, zou het paradoxaal zijn dat de Commissie enkel de mededingingsversturende gevolgen zou hoeven aan te tonen die die bedingen zouden kunnen hebben, en te dien einde de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking zou kunnen verrichten zonder dergelijke feitelijke ontwikkelingen in aanmerking te nemen (zie de punten 1084, 1092 en 1102 hierboven).
- 1123 Het zou tevens paradoxaal zijn dat de Commissie zich voor de vaststelling van een inbreuk waarbij sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen (en die dus met een geldboete kan worden bestraft) enkel zou hoeven te baseren op het feit dat de bedingen van een overeenkomst die zijn uitgevoerd waarschijnlijke mededingingsversturende gevolgen hebben en niet op het feit dat zij dergelijke gevolgen teweeg hebben gebracht, terwijl het Hof heeft geoordeeld dat een vrijstelling van de verplichting om de mededingingsversturende gevolgen van een overeenkomst te bewijzen slechts het gevolg kan zijn van een kwalificatie van een mededingingsbeperking naar strekking, die slechts zou moeten worden toegepast op overeenkomsten die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat

het overbodig kan worden geacht voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt (arrest van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 51). Indien de Commissie zich, teneinde te bewijzen dat reeds uitgevoerde overeenkomsten mededingingsversturende gevolgen hebben gehad, enkel op de gevolgen zou hoeven baseren die zij waarschijnlijk konden hebben, dan zou het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde onderscheid tussen mededingingsbeperkende strekking of mededingingsbeperkende gevolgen zijn relevantie verliezen.

- 1124 Uit het voorgaande volgt dat, aangezien de betrokken overeenkomsten waren uitgevoerd en de Commissie in het bestreden besluit heeft vastgesteld dat een inbreuk was gepleegd, waardoor zij de partijen bij de overeenkomsten een geldboete heeft kunnen opleggen, de in de punten 1107 tot en met 1120 hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak met betrekking tot de inaanmerkingneming, in het kader van beperkende gevolgen, van de potentiële gevolgen van overeenkomsten, niet van toepassing is.
- 1125 Bovendien moet worden opgemerkt dat de in punt 1124 hierboven genoemde rechtspraak moet worden onderscheiden van die met betrekking tot de inaanmerkingneming van de gevolgen voor de mededinging van een beperking van de mededinging, ook als die enkel potentieel is.
- 1126 Dienaangaande onderzocht het Gerecht in het arrest van 12 juni 1997, Tiercé Ladbroke/Commissie (T-504/93, EU:T:1997:84, punten 157 tot en met 160), dat is aangehaald in overweging 1217 van het bestreden besluit, de wettigheid van een besluit waarbij de Commissie een klacht had afgewezen op grond met name dat de litigieuze overeenkomst, bij gebreke van een feitelijke mededinging op de betrokken markt, buiten de werkingssfeer viel van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, dat thans artikel 101, lid 1, VWEU is. Het Gerecht heeft geoordeeld dat, aangezien de overeenkomst de potentiële mededinging kon beperken, de Commissie de haar door de verzoekende partij ter kennis gebrachte elementen rechtens en feitelijk niet met de vereiste zorgvuldigheid had onderzocht. Bijgevolg heeft het Gerecht het aan hem voorgelegde besluit op dat punt nietig verklaard.
- 1127 Uit een dergelijk precedent, dat de afwijzing van een klacht betrof, kan niet worden afgeleid dat het enkele feit dat een overeenkomst de potentiële mededinging „kan” beperken noodzakelijkerwijs tot de vaststelling van mededingingsbeperkende gevolgen moet leiden, maar veeleer dat de Commissie niet bij voorbaat de mogelijkheid van mededingingsbeperkende gevolgen van de hand kan wijzen wanneer een overeenkomst enkel een beperking van een potentiële mededinging en niet van een feitelijke mededinging tot gevolg kan hebben.
- 1128 Wanneer de Commissie dus een besluit neemt waarbij zij een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU vaststelt, waardoor zij de plegers van die inbreuk op basis van een dergelijke vaststelling een geldboete kan opleggen, ontslaat de enkele vaststelling door de Commissie van het bestaan van potentiële mededinging en van een beperking van de handelingsvrijheid, of zelfs van de uitschakeling, van een potentiële concurrent, haar niet van haar verplichting om de daadwerkelijke gevolgen van de betrokken maatregel voor de mededinging te beoordelen wanneer de in de punten 1107 tot en met 1120 hierboven aangehaalde rechtspraak niet van toepassing is.
- 1129 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het voor de vaststelling van het bestaan van mededingingsversturende gevolgen van een overeenkomst noodzakelijk is dat uit de gezamenlijke bestanddelen van de overeenkomst valt af te leiden, dat de mededinging „in feite” is verhinderd, beperkt of vervalst (arrest van 30 juni 1966, LTM, 56/65, EU:C:1966:38, blz. 415).
- 1130 Gelet op de uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende vereisten ten aanzien van de feitelijke, wordt aldus van de Commissie verlangd dat zij, teneinde het bestaan van mededingingsversturende gevolgen van een overeenkomst te bewijzen, in het kader van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking alle relevante feitelijke ontwikkelingen in aanmerking neemt die zich voordat zij zich uitsprak en met name na de sluiting van de overeenkomst hebben voorgedaan.

- 1131 In dat verband moet volgens het Hof bij de beoordeling van de gevolgen van een overeenkomst tussen ondernemingen in het licht van artikel 101 VWEU rekening worden gehouden met het concrete kader waarin de betrokken overeenkomst voorkomt, met name de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, de aard van de betrokken goederen of diensten, en de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en zijn opgebouwd (arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 165).
- 1132 Het scenario waarvan wordt uitgegaan in de hypothese dat de betrokken overeenkomst niet zou bestaan, moet bijgevolg, volgens de door het Hof gebruikte bewoordingen, „realistisch” zijn (zie in die zin arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punt 166).
- 1133 Het Hof heeft gepreciseerd dat in het kader van het onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst rekening moest worden gehouden met de ontwikkelingen die zich zonder die overeenkomst waarschijnlijk op de markt zouden voordoen (zie in die zin arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punten 167 tot en met 169).
- 1134 Het vereiste van waarschijnlijkheid en feitelijkheid dat van toepassing is op de beschrijving van de mededinging zoals die zich zonder overeenkomst zou hebben afgespeeld (een van de onderdelen van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking) strookt bovendien met de benadering die de Commissie in meerdere richtsnoeren heeft gekozen en op grond waarvan zij moet nagaan of de beperkende gevolgen van de maatregelen die zij onderzoekt in voldoende mate waarschijnlijk zijn.
- 1135 Aldus is in de eerste plaats in punt 24 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel [101], lid 3, [VWEU], waarnaar de Commissie in overweging 1219 van het bestreden besluit verwijst, bepaald dat „[o]m beperking van de mededinging ten gevolge te hebben, moet een overeenkomst daadwerkelijk of potentieel in zoverre de mededinging ongunstig beïnvloeden dat zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen doet verwachten op het punt van prijzen, productie, innovatie of het aanbod of kwaliteit van de goederen en diensten”.
- 1136 In de tweede plaats is in punt 19 van de richtsnoeren van 2001 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten gepreciseerd dat vele horizontale samenwerkingsovereenkomsten niet gericht zijn op een mededingingsbeperking en daarom een analyse van de gevolgen van iedere overeenkomst noodzakelijk is. Hieraan is toegevoegd dat voor dat onderzoek niet volstaat dat de overeenkomst de mededinging tussen de partijen beperkt, maar het tevens waarschijnlijk moet zijn dat die overeenkomst de mededinging op de markt op zodanige wijze zal beïnvloeden dat negatieve marktgevolgen op het gebied van prijzen, productie, innovatie dan wel de diversiteit of kwaliteit van goederen en diensten te verwachten zijn.
- 1137 In de derde plaats heeft de Commissie in de richtsnoeren van 2011 inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten bevestigd dat zij een dergelijke benadering handhaafde. Aldus preciseert zij in punt 28 van die richtsnoeren, waarnaar zij in voetnoot 1733 van het bestreden besluit verwijst, dat mededingingsbeperkende gevolgen op de relevante markt zich kunnen voordoen wanneer met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht dat de partijen op basis van de overeenkomst in staat zouden zijn op winstgevende wijze hun prijzen te verhogen of producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie te verminderen.
- 1138 Bovendien heeft de Commissie in het bestreden besluit zelf (overweging 1218) in herinnering gebracht dat de mededingingsbeperkende gevolgen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid moesten worden vastgesteld.



1139 Gelet op alle voorgaande overwegingen moet worden nagegaan of de Commissie, ondanks de hypothetische benadering die zij voor de vergelijking in het kader van het onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen heeft gekozen (zie de punten 1076 tot en met 1102 hierboven), in casu heeft bewezen dat de beperkende gevolgen van de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten in voldoende mate realistisch en waarschijnlijk waren.

*iii) Beoordelingsfout*

1140 De Commissie heeft zowel de gevolgen van het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding in de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst onderzocht, als van de overdracht onder licentie van de technologie van Krka aan Servier, door voor elk van die drie maatregelen na te gaan wat de mededinging zou zijn geweest zoals die zich zonder die maatregel zou hebben afgespeeld (zie onder meer de overwegingen 1825 tot en met 1829 van het bestreden besluit).

1141 Voor elk van die drie maatregelen moet worden nagegaan of de Commissie op goede gronden het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen heeft kunnen vaststellen.

*– Verhandelingsverbod in de schikkingsovereenkomst*

1142 Er zij aan herinnerd dat, om te kunnen beoordelen of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het gevolg ervan is, de mededinging moet worden gezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen (zie punt 1076 hierboven).

1143 In casu is de werkingssfeer van het verhandelingsverbod beperkt tot die van het 947-octrooi dat het voorwerp van de geschillen tussen Servier en Krka is.

1144 Toen de schikkingsovereenkomst nog niet was gesloten, werd het feitelijke kader van de mededinging gevormd door, ten eerste, de pogingen van de generieke ondernemingen, waaronder Krka, om tot de markt toe te treden in aanwezigheid van drempels die verband hielden met de octrooien van Servier, en met name met het 947-octrooi, en, ten tweede, de octrooigeschillen tussen die ondernemingen en Servier.

1145 Zoals in punt 234 hierboven is gepreciseerd, heeft de verlening van een octrooi tot specifiek voorwerp de octrooihouder, ter beloning van de creatieve inspanning van de uitvinder, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten (arrest van 31 oktober 1974, Centrafarm en De Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, punt 9). Een door een openbare autoriteit verleend octrooi wordt normalerwijs verondersteld geldig te zijn en wettig toe te behoren aan de onderneming die hiervan houdster is. Het loutere feit dat een onderneming houdster is van een dergelijk exclusief recht heeft normalerwijs tot gevolg dat de concurrenten worden geweerd, aangezien deze krachtens de publieke regelgeving verplicht zijn dit exclusieve recht te eerbiedigen (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 362).

1146 Het klopt dat een markttoetreding met risico van een generieke onderneming op zich niet onrechtmatig is (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 122). Niettemin is een dergelijke toetreding des te onwaarschijnlijker wanneer de generieke onderneming de geldigheid van het octrooi erkent of haar kansen om het octrooi ongeldig te laten verklaren klein acht.

- 1147 Het al dan niet erkennen van de geldigheid van het betrokken octrooi door een generieke onderneming, dan wel haar perceptie van de kracht van dat octrooi is dus doorslaggevend voor de vaststelling of zij waarschijnlijk met risico tot de markt zal toetreden.
- 1148 In het gedeelte van het bestreden besluit dat is gewijd aan het onderzoek van het waarschijnlijke gedrag van Krka zonder overeenkomst (overwegingen 1825 tot en met 1834) heeft de Commissie evenwel onvoldoende rekening gehouden met de gevolgen die het 947-octrooi en de erkenning van de geldigheid ervan door Krka hadden kunnen hebben voor de beoordeling van dat gedrag in het kader van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking.
- 1149 In dat gedeelte van het bestreden besluit wordt immers niet verwezen naar de gebeurtenissen – zoals de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 waarbij het octrooi geldig is verklaard en de tegen Krka door een rechter in het Verenigd Koninkrijk uitgesproken voorlopige maatregel – die doorslaggevend zijn voor de beoordeling van de mogelijke erkenning door Krka van de geldigheid van het 947-octrooi of van haar perceptie van haar kansen op succes om het octrooi ongeldig te laten verklaren, terwijl die gebeurtenissen zich niettemin reeds vóór de sluiting van de schikkingsovereenkomst tussen Servier en Krka hebben voorgedaan.
- 1150 Bovendien brengt de Commissie in de overwegingen 1828 tot en met 1834 van het bestreden besluit in het kader van het onderzoek van het waarschijnlijke gedrag van Krka zonder de overeenkomsten, niet de, in die context belangrijke, omstandigheid in herinnering dat meerdere elementen in het dossier de vaststelling staaften dat het product van Krka inbreuk op het 947-octrooi kon maken.
- 1151 Een en ander bevestigt dat de hypothetische benadering van de Commissie (zie de punten 1077 tot en met 1103 hierboven) ertoe heeft geleid dat zij niet alleen is voorbijgegaan aan de gebeurtenissen die zich na de sluiting van de overeenkomsten hebben voorgedaan, maar, meer in het algemeen, aan de feitelijke gebeurtenissen zoals die tot aan het moment dat zij haar besluit heeft genomen, hadden kunnen worden vastgesteld.
- 1152 De aarzeling van de Commissie om met name de gevolgen van het 947-octrooi in aanmerking te nemen, vloeit voort uit haar overweging in het kader van haar onderzoek van de beperking naar strekking dat de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst in feite was gebaseerd op de prikkel voor Krka om met de beperkende bedingen van die overeenkomst in te stemmen en niet op een oprechte erkenning van de geldigheid van het 947-octrooi. Vanuit een dergelijk oogpunt kon Krka volgens de Commissie geenszins de erkenning van de geldigheid van het 947-octrooi aanvoeren, aangezien een dergelijke erkenning bij voorbaat was ontkracht.
- 1153 Het Gerecht heeft, ten aanzien van de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst, evenwel de door de Commissie vastgestelde prikkel en beperking naar strekking van de hand gewezen, waardoor de inaanmerkingneming van de perceptie van Krka van de kracht van het 947-octrooi of van haar erkenning van de geldigheid van dat octrooi weer volledig relevant is.
- 1154 In herinnering moet worden gebracht dat ten tijde van de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst ernstige aanwijzingen bestonden waaruit de partijen bij die overeenkomsten konden opmaken dat het 947-octrooi geldig was (zie de punten 967 en 968 hierboven). In het Verenigd Koninkrijk, dat wil zeggen in één van de drie landen (waaronder ook Frankrijk en Nederland) waar de Commissie het bestaan van beperkende gevolgen heeft onderzocht en vastgesteld, was zelfs een voorlopige maatregel uitgesproken jegens Krka, alsook jegens Apotex, een andere concurrent van Servier.

- 1155 Weliswaar is het door Servier in Hongarije ingediende verzoek om een voorlopige maatregel dat ertoe strekte de verhandeling van een door Krka op de markt gebrachte generieke versie van perindopril wegens inbreuk op het 947-octrooi te verbieden, in september 2006 afgewezen, maar had die procedure, anders dan de in punt 1154 hierboven genoemde procedures, geen betrekking op één van de landen waar de Commissie het bestaan van beperkende gevolgen heeft vastgesteld.
- 1156 Bovendien hadden Servier en Krka weliswaar reeds contact gehad voordat het EOB op 27 juli 2006 de geldigheid van het 947-octrooi bevestigde (zie met name overweging 837 van het bestreden besluit), maar had dat contact niet tot een overeenkomst geleid (overwegingen 856 tot en met 859 van het bestreden besluit) en zijn er pas na die beslissing van het EOB nieuwe onderhandelingen begonnen (overweging 898 van het bestreden besluit). De beslissing van het EOB van 27 juli 2006 waarbij de geldigheid van het 947-octrooi is bevestigd, is dus op zijn minst één van de factoren geweest die aanleiding hebben gegeven tot de sluiting van de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst, wat een extra aanwijzing is dat die overeenkomsten gebaseerd waren op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het octrooi (zie punt 971 hierboven).
- 1157 Zoals hierboven is gepreciseerd (zie punt 947 hierboven), moet hieraan nog worden toegevoegd dat de sluiting van een licentieovereenkomst, die voor iedere licentienemer enkel relevant is op voorwaarde dat de licentie daadwerkelijk wordt gebruikt, berust op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het octrooi. Aldus blijkt uit de sluiting zelf van de licentieovereenkomst dat Krka uiteindelijk de geldigheid van het 947-octrooi erkende, wat door meerdere aanwijzingen wordt bevestigd (zie de punten 999 en 1001 hierboven).
- 1158 Uit de stukken van het dossier blijkt zelfs dat Krka van mening leek te zijn dat het zonder een licentieovereenkomst met Servier weinig waarschijnlijk of zelfs uitgesloten was dat zij met risico tot de 18 tot 20 betrokken markten zou toetreden (punten 1001 en 1012 hierboven).
- 1159 Tot slot heeft de Commissie in het bestreden besluit (overweging 1693) aangegeven dat Krka „na de beslissing van de [oppositieafdeling] uiteindelijk niet meer met risico [had] willen toetreden in Frankrijk, in het Verenigd Koninkrijk en tot andere markten in West-Europa”.
- 1160 Gelet op de hierboven uiteengezette elementen moet worden vastgesteld dat niet is bewezen dat Krka zonder overeenkomst waarschijnlijk met risico tot de markten van de 18 tot 20 betrokken lidstaten, en met name tot de markten van Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, zou zijn toetreden.
- 1161 Aan de voorgaande vaststelling wordt niet afgedaan door de andere elementen van het dossier die relevant zouden kunnen zijn om te bewijzen dat Krka zonder overeenkomst met Servier tot de markt zou zijn toetreden. Die elementen zijn met name vermeld in het gedeelte van het bestreden besluit waarin de Commissie betoogt dat Krka een potentiële concurrent van Servier was.
- 1162 In de eerste plaats zij eraan herinnerd (zie punt 1026 hierboven) dat het feit dat Krka de betwisting van de octrooien van Servier en de verhandeling van haar product heeft voortgezet terwijl de geldigheid van het 947-octrooi door de oppositieafdeling van het EOB was bevestigd, logischerwijs kan worden verklaard door de wens van Krka om haar positie te versterken tijdens de onderhandelingen die zij mogelijk met Servier ging voeren om tot een schikkingsovereenkomst te komen.
- 1163 Bovendien leidde de voortzetting van de betwisting van het octrooi van Servier niet tot nieuwe inbreukrisico's voor Krka. Die voortzetting had enkel de verhoging van haar proceskosten tot gevolg. Wat de voortzetting van de verhandeling van haar product betreft, heeft zij zich beperkt tot vijf markten in Midden- en Oost-Europa waarvoor de Commissie geen beperkende gevolgen heeft vastgesteld. Bovendien waren op vijf van de zeven markten waarop de licentie van toepassing was nog geen equivalenten van het 947-octrooi verleend (overweging 1755 van het bestreden besluit). Aldus waren de risico's die Krka liep in ieder geval op een aantal markten waar zij is gebleven, beperkt (zie punt 1027 hierboven).

- 1164 Het feit dat Krka de betwisting van het octrooi van Servier en de verhandeling van haar product heeft voortgezet, kan dus niet tot de vaststelling leiden dat Krka de geldigheid van het 947-octrooi niet erkende en bijgevolg waarschijnlijk met risico tot de markten van de 18 tot 20 betrokken lidstaten, of in ieder geval tot de drie markten waarvoor de Commissie mededingingsbeperkende gevolgen heeft vastgesteld, zou zijn toegetreden.
- 1165 In de tweede plaats kon weliswaar uit de opmerkingen van de vertegenwoordigers van Krka worden opgemaakt dat de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 hen onaangenaam had verrast (overweging 1688 van het bestreden besluit), maar kon op basis van die opmerkingen niet worden vastgesteld dat Krka ondanks die beslissing waarschijnlijk tot de drie nationale markten waarvoor de Commissie het bestaan van een inbreuk met beperkende gevolgen heeft vastgesteld, zou zijn toegetreden.
- 1166 In de derde plaats wijdt de Commissie een punt van het bestreden besluit aan het „voornemen [van Krka] om [tot de markt] toe te treden”. Dit zeer bondige punt bestaat slechts uit overweging 1699, die tamelijk kort is. In die overweging merkt de Commissie op dat Krka „zelfs” na de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 bereid „leek” te zijn om de lancering met risico door haar partners te steunen, en dat zij bleef toezeggen dat zij haar product zou leveren „indien de octrooidrempels zouden worden getrotseerd”. Bovendien wordt in die overweging gepreciseerd dat één van de handelspartners van Krka erop heeft aangedrongen dat zij haar product zou leveren „indien het 947-octrooi zou worden nietig verklaard”, en dat sommige partners van Krka „na de nietigverklaring van het 947-octrooi op de [betrokken] markten” met dat product tot de markt zijn toegetreden.
- 1167 Uit de in punt 1166 hierboven aangehaalde fragmenten blijkt niet zozeer dat Krka het voornemen had om tot de drie nationale markten waarvoor de Commissie het bestaan van beperkende gevolgen heeft vastgesteld, toe te treden, maar veeleer hoe belangrijk de door het 947-octrooi opgeworpen „octrooidrempel” na de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 was geworden voor zowel Krka als voor haar handelspartners.
- 1168 Gelet op alle hierboven uiteengezette elementen staat niet vast dat Krka zonder de schikkingsovereenkomst en de licentieovereenkomst waarschijnlijk tot de drie nationale markten waarvoor de Commissie het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen heeft vastgesteld, zou zijn toegetreden.
- 1169 De Commissie heeft in het bestreden besluit evenmin bewezen dat Krka zonder die overeenkomsten waarschijnlijk vóór de datum waarop de inbreuk is beëindigd – te weten op 6 juli 2007 voor het Verenigd Koninkrijk, op 12 december 2007 voor Nederland en op 16 september 2009 voor Frankrijk – tot de betrokken markten zou zijn toegetreden.
- 1170 De door de Commissie gekozen hypothetische benadering (zie de punten 1079 tot en met 1103 hierboven) heeft er immers toe geleid dat zij weinig aandacht heeft geschonken aan de gebeurtenissen die zich daadwerkelijk – en in het bijzonder na de sluiting van de overeenkomst – hebben voorgedaan, en dus aan de uit die gebeurtenissen voortvloeiende mogelijke verandering van de perceptie van Krka van de geldigheid van het 947-octrooi.
- 1171 Het Gerecht mag bij de beoordeling van de bepalende kenmerken van een inbreuk, welke niet onder zijn volledige rechtsmacht, maar onder de wettigheidstoetsing vallen, niet zijn eigen motivering in de plaats stellen van die van de Commissie (zie in die zin arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 73 en punten 75 tot en met 77).
- 1172 Het Gerecht mag op basis van de elementen in het dossier dus niet voor de eerste keer beoordelen of in de periode na de sluiting van de overeenkomsten mogelijk sprake zou zijn geweest van mededingingsbeperkende gevolgen vanwege een verandering van Krka’s erkenning van de geldigheid van het 947-octrooi.



- 1173 Hoe dan ook kan niet op basis van de elementen in het dossier worden vastgesteld dat Krka in de periode tussen de sluiting van de overeenkomsten en het einde van de inbreuk zonder de overeenkomsten waarschijnlijk tot de drie betrokken nationale markten zou zijn toegetreden.
- 1174 Bovendien moet worden benadrukt dat de Commissie helemaal niet beweert dat Krka zonder overeenkomst waarschijnlijk tot de markt zou zijn toegetreden. In het punt „Waarschijnlijk gedrag zonder de overeenkomsten met Krka” van het bestreden besluit baseert de Commissie zich immers niet, in ieder geval niet uitdrukkelijk, op een hypothese dat Krka zonder overeenkomst vervroegd tot de drie betrokken markten zou zijn toegetreden, maar enkel op een hypothese dat er op die markten nog steeds een „concurrentiële dreiging” zou zijn geweest (zie punt 1096 hierboven).
- 1175 Volgens de Commissie zou aldus „van Krka – als potentiële generieke nieuwkomer met perindopril in het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Nederland – nog steeds een concurrentiële dreiging zijn uitgegaan” (overweging 1825 van het bestreden besluit). De Commissie preciseert dat van Krka met name als leverancier van de lokale wederverkooppartners nog steeds een dreiging zou zijn uitgegaan (overweging 1828 van het bestreden besluit).
- 1176 De Commissie merkt tevens op dat de partijen bij de overeenkomst, indien geen prikkel zou hebben bestaan, een minder beperkende overeenkomst zouden hebben kunnen sluiten op grond waarvan Krka vervroegd tot de markt had kunnen toetreden of aan haar een licentie zou zijn verleend voor het gehele grondgebied van de Unie (overweging 1831 van het bestreden besluit).
- 1177 Tot slot merkt de Commissie op dat „Krka zonder de in de overeenkomst neergelegde beperkingen een belangrijke potentiële concurrent van Servier [bleef]” (overweging 1834 van het bestreden besluit).
- 1178 Vastgesteld moet worden dat de Commissie, door enkel aan te voeren dat van Krka nog steeds een „concurrentiële dreiging” voor Servier zou zijn uitgegaan, terwijl, ten eerste, het niet evident is dat een loutere „dreiging”, anders dan de markttoetreding van een generieke onderneming, mededingingsbevorderende gevolgen heeft en, ten tweede, de gevolgen van die „dreiging” in casu aanzienlijk werden getemperd door de aanwezigheid van het 947-octrooi en door de bevestiging van de geldigheid ervan door de bevoegde autoriteiten (zie de punten 1142 tot en met 1169 hierboven), niet heeft bewezen dat de mededinging zoals die zich zonder de schikkingsovereenkomst zou hebben afgespeeld, waarschijnlijk opener zou zijn geweest.
- 1179 Dienaangaande kan worden opgemerkt dat de Commissie had moeten preciseren wat, in het bijzonder op het punt van de prijzen, productie, kwaliteit of diversiteit van de producten, dan wel de innovatie (zie de punten 1135 tot en met 1137 hierboven), de waarschijnlijke gevolgen zouden zijn geweest van de „concurrentiële dreiging” die zonder de schikkingsovereenkomst nog steeds van Krka voor Servier zou zijn uitgegaan, wat de Commissie bijvoorbeeld zou hebben kunnen doen door aan te tonen dat Servier, vanwege de afwezigheid van een dreiging, haar uitgaven voor onderzoek en ontwikkeling had beperkt.
- 1180 Benadrukt moet worden dat het door de Commissie verrichte onderzoek van de marktmacht van Servier en van de structuur van de betrokken markt, die wordt gekenmerkt door het (vrijwel) ontbreken van mededingingsbronnen, weliswaar zou kunnen bevestigen dat een overeenkomst die aan de markttoetreding van een potentiële concurrent in de weg staat beperkende gevolgen heeft, maar niet volstaat om aan te tonen dat een overeenkomst die het bestaan van een „concurrentiële dreiging” in gevaar brengt waarschijnlijke en concrete beperkende gevolgen heeft.
- 1181 Ongeacht de structuur van de markt blijven de mededingingsversturende gevolgen van het handelingsverbod immers hoofdzakelijk hypothetisch indien de betrokken potentiële concurrent zich, gelet op de feitelijke gebeurtenissen zoals die konden worden vastgesteld op het moment dat de Commissie haar besluit heeft genomen, waarschijnlijk zelfs zonder dat beding op vergelijkbare wijze

zou hebben kunnen gedragen als toen het beding van kracht was, wat wil zeggen dat Krka in casu niet tot de drie markten waarvoor de Commissie het bestaan van beperkende gevolgen heeft vastgesteld, zou zijn togetreden.

1182 Wat bovendien de hypothese betreft dat zonder de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst en in het bijzonder zonder de prikkel die zij volgens de Commissie bevatten, een andere overeenkomst zou zijn gesloten op grond waarvan Krka vervroegd tot de markt had kunnen toetreden of aan haar een licentie zou zijn verleend voor het gehele grondgebied van de Unie (zie punt 1176 hierboven, alsook overweging 1142 van het bestreden besluit), wordt geenszins onderbouwd dat die hypothese waarschijnlijk is, des te minder daar het bestaan van een prikkel niet door de Commissie is vastgesteld, zoals blijkt uit het onderzoek van het middel betreffende de afwezigheid van een mededingingsbeperking naar strekking.

1183 Tot slot moet worden benadrukt dat het concrete kader waarin de tussen Servier en Krka gesloten schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst voorkomen, dat zich kenmerkt door de aanwezigheid van een octrooi waarvan de geldigheid door het EOB was bevestigd (zie punt 1144 hierboven), verschilt van het kader dat aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie* (T-461/07, EU:T:2011:181, punten 187 en 191), dat de Commissie onder meer in overweging 1219 van het bestreden besluit heeft aangehaald. Bij gebreke van contextuele elementen die vergelijkbaar zijn met die welke verband houden met het bestaan van een octrooi en met de erkenning van de geldigheid ervan – welke elementen in het voorgaande in herinnering zijn gebracht (onder meer in de punten 1145 tot en met 1159 hierboven) en die in het onderhavige geschil doorslaggevend zijn – had het Gerecht in dat arrest op basis van de enkele omstandigheid dat een onderneming die door een uitsluitingsbeding in de litigieuze maatregel werd geraakt een potentiële concurrent was, overwogen dat de Commissie op goede gronden had kunnen vaststellen dat die onderneming zonder het uitsluitingsbeding tot de markt zou zijn togetreden.

1184 Voorts moet nog worden opgemerkt dat het Gerecht in het arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie* (T-461/07, EU:T:2011:181), een beschikkingspraktijk van de Commissie heeft afgekeurd op grond waarvan zij, indien sprake is van de uitschakeling van een potentiële concurrent, geen rekening zou hoeven te houden met de feitelijke gebeurtenissen zoals die konden worden vastgesteld op het moment dat zij haar besluit heeft genomen.

1185 Overigens zou een dergelijke praktijk, indien zij zou worden goedgekeurd, in bepaalde gevallen tot een tegenstrijdig resultaat kunnen leiden, bijvoorbeeld indien de enige bestaande potentiële concurrent die door een overeenkomst wordt uitgeschakeld bij de uitvoering hiervan zou verdwijnen vanwege bijvoorbeeld een faillissement, welke omstandigheid logischerwijze de uitsluitingsgevolgen van de overeenkomst zou neutraliseren, tenzij die gevolgen als hypothetisch zouden worden beschouwd en niet, zoals de rechtspraak vereist, als realistisch (zie de punten 1129 en 1132 hierboven).

1186 In casu kan dus niet onder verwijzing naar het arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie* (T-461/07, EU:T:2011:181), worden vastgesteld dat sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen.

1187 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet heeft bewezen dat het in de schikkingsovereenkomst opgenomen verhandelingsverbod beperkende gevolgen voor de mededinging heeft.

*– Niet-betwistingsbeding in de schikkingsovereenkomst*

1188 Vooraf moet worden opgemerkt dat de Commissie in het punt „Waarschijnlijk gedrag zonder de overeenkomsten met Krka” van het bestreden besluit geen enkel element noemt dat betrekking heeft op het waarschijnlijke gedrag van Krka ten aanzien van het 340-octrooi, voor welk octrooi ook een niet-betwistingsbeding in de schikkingsovereenkomst is opgenomen.

- 1189 Bijgevolg heeft de Commissie de in het kader van het onderzoek van de beperkende gevolgen verrichte vergelijking tussen de mededinging met en de mededinging zonder die overeenkomsten (zie punt 1076 hierboven) beperkt tot het 947-octrooi.
- 1190 De niet-inaanmerkingneming van het 340-octrooi kan worden verklaard door het feit dat dat octrooi volgens de Commissie slechts van gering belang is voor de bescherming die het Servier kan verlenen tegen de markttoetreding van generieke ondernemingen (overweging 114 van het bestreden besluit).
- 1191 Bovendien preciseert de Commissie, nog steeds in het punt „Waarschijnlijk gedrag zonder de overeenkomsten met Krka” van het bestreden besluit, dat het „aannemelijk [lijkt] dat Krka zonder de niet-betwistingsverbintenis de geldigheid van het 947-octrooi bij de rechterlijke instanties in het Verenigd Koninkrijk en voor het EOB zou blijven betwisten” (overweging 1827 van het bestreden besluit).
- 1192 Aldus heeft de Commissie haar vaststelling van de beperkende gevolgen gebaseerd op het feit dat Krka zonder het niet-betwistingsbeding de procedures bij de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk en voor het EOB waarbij zij betrokken was, zou hebben voortgezet.
- 1193 In dat verband zij eraan herinnerd dat een niet-betwistingsbeding als zodanig de mededinging beperkt, voor zover het in strijd is met het algemeen belang dat de opheffing vereist van alle belemmeringen van de economische activiteit die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (zie in die zin arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie, 193/83, EU:C:1986:75, punt 92).
- 1194 Derhalve moet worden nagegaan of de toepassing van het niet-betwistingsbeding en meer in het bijzonder de terugtrekking van Krka uit de procedures waarbij zij betrokken was, van invloed is geweest op de ongeldigverklaring van het 947-octrooi.
- 1195 Er zij aan herinnerd dat Servier en Krka ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten in twee procedures tegenover elkaar stonden en dat het de schikkingsovereenkomst is die ertoe heeft geleid dat Krka die procedures niet heeft voortgezet.
- 1196 Zo had Servier in het Verenigd Koninkrijk op 2 augustus 2006 bij de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court), een vordering ingesteld tegen Krka wegens inbreuk op het 947-octrooi. Tevens had zij een verzoek om een voorlopige maatregel ingediend. Op 1 september 2006 had Krka een reconventionele vordering tot nietigverklaring van het 947-octrooi ingesteld. Op 3 oktober 2006 had de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court), het verzoek van Servier om een voorlopige maatregel toegewezen en het op 1 september 2006 door Krka ingediende verzoek om een verkorte procedure (motion of summary judgment) voor de ongeldigverklaring van het 947-octrooi afgewezen. Overeenkomstig de tussen de partijen gesloten schikkingsovereenkomst is op 1 december 2006 de aanhangige procedure beëindigd en de voorlopige maatregel opgeheven.
- 1197 Wat betreft het geschil voor het EOB hadden tien generieke ondernemingen, waaronder Krka, in 2004 oppositie ingesteld tegen het 947-octrooi teneinde het in zijn geheel te laten herroepen. Daarbij hadden zij als gronden aangevoerd dat de uitvinding niet nieuw was, dat er geen uitvinderswerkzaamheid was en dat de uitvinding onvoldoende was geopenbaard. Op 27 juli 2006 had de oppositieafdeling van het EOB de geldigheid van dat octrooi bevestigd na lichte wijzigingen in de aanvankelijke claims van Servier. Zeven ondernemingen hadden beroep tegen deze beslissing van de oppositieafdeling ingesteld. Krka heeft zich op 11 januari 2007 uit de oppositieprocedure teruggetrokken overeenkomstig de tussen de partijen gesloten schikkingsovereenkomst.

- 1198 Niettemin zij eraan herinnerd dat Servier op 1 augustus 2006 bij de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court), in het Verenigd Koninkrijk ook een vordering wegens inbreuk op het 947-octrooi had ingesteld tegen Apotex Inc., omdat laatstgenoemde op 28 juli 2006 een generieke versie van perindopril op de markt had gebracht. Apotex had een reconventionele vordering tot nietigverklaring van dat octrooi ingesteld. Op 8 augustus 2006 had Apotex bij wege van voorlopige maatregel een verbod opgelegd gekregen om perindopril in te voeren, ter verkoop aan te bieden of te verkopen.
- 1199 Naar aanleiding van de door Apotex ingestelde reconventionele vordering heeft de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court), het 947-octrooi op 6 juli 2007 ongeldig verklaard, omdat de uitvinding ten opzichte van het 341-octrooi niet nieuw was en niet op uitvindingswerkzaamheid berustte. Bijgevolg is de maatregel onmiddellijk opgeheven en heeft Apotex de verkoop van haar generieke versie van perindopril op de markt in het Verenigd Koninkrijk kunnen hervatten.
- 1200 De Commissie heeft overwogen dat op die datum in het Verenigd Koninkrijk de inbreuk voor wat betreft de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten was beëindigd.
- 1201 Wat bovendien het geschil voor het EOB betreft, heeft de technische kamer van beroep van het EOB naar aanleiding van de procedure die onder meer door Krka was ingesteld, bij beslissing van 6 mei 2009 de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 vernietigd en het 947-octrooi herroepen.
- 1202 De Commissie heeft overwogen dat op die datum de inbreuk voor wat betreft de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten was beëindigd, voor zover zij in bepaalde lidstaten nog voortduurde.
- 1203 Wat betreft het verloop van de procedures betreffende het 947-octrooi die zijn voortgezet nadat Krka zich, zoals hierboven is uiteengezet, uit de procedures waarbij zij partij was had teruggetrokken, kan niet worden overwogen dat het waarschijnlijk of zelfs aannemelijk is dat, indien geen schikkingsovereenkomst tussen de partijen zou zijn gesloten, de voortzetting van de procedures door Krka tot een snellere of meer volledige ongeldigverklaring van dat octrooi zou hebben geleid.
- 1204 De Commissie heeft in het bestreden besluit niet bewezen en zelfs niet aangevoerd dat de ongeldigverklaring van het 947-octrooi sneller zou zijn uitgesproken of vollediger zou zijn geweest indien Krka niet met het in de schikkingsovereenkomst opgenomen niet-betwistingsbeding had ingestemd.
- 1205 De omstandigheid dat „Krka [...] recentelijk [overwoog] dat haar argumenten in het kader van het octrooigeding tot de meest overtuigende argumenten behoorden en een bijzondere bedreiging voor het 947-octrooi vormden” of dat de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk ondanks hun afwijzing van het door Krka ingediende verzoek om een verkorte procedure hadden overwogen dat zij een „solide basis” had om de geldigheid van het 947-octrooi te betwisten (overweging 1827 van het bestreden besluit) kan niet tot de conclusie leiden dat de deelname van Krka aan de betrokken procedures tot een snellere of meer volledige ongeldigverklaring van het octrooi zou hebben geleid.
- 1206 Evenmin kan de bewering van de Commissie in overweging 1712 van het bestreden besluit dat „de uitschakeling van een sterke tegenstander gevolgen [kan] hebben voor de uitkomst van het geding/de oppositie” tot de conclusie leiden dat de gevolgen van het voor Krka geldende niet-betwistingsbeding waarschijnlijk of zelfs aannemelijk waren.
- 1207 Het stond immers aan de Commissie om op voldoende nauwkeurige en onderbouwde wijze te bewijzen in welk opzicht, indien Krka de procedures waarbij zij betrokken was, zou hebben voortgezet, de argumenten van Krka dan wel haar bijzondere positie in het geding doorslaggevende gevolgen hadden kunnen hebben, niet voor de uitkomst van de geschillen, aangezien twee van die geschillen – te weten dat voor het EOB, dat na de terugtrekking van Krka is voortgezet, en dat tussen



Servier en Apotex voor de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) – hoe dan ook tot een ongeldigverklaring van het 947-octrooi hebben geleid, maar voor de termijn waarbinnen die ongeldigverklaring is uitgesproken of voor de omvang ervan.

- 1208 Bovendien mag het Gerecht bij de beoordeling van de bepalende kenmerken van een inbreuk, welke niet onder zijn volledige rechtsmacht, maar onder de wettigheidstoetsing vallen, niet zijn eigen motivering in de plaats stellen van die van de Commissie (arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 73 en punten 75 tot en met 77).
- 1209 Het staat dus niet aan het Gerecht om voor de eerste keer – op basis van andere elementen in het dossier dan die welke de Commissie heeft aangedragen om de beperkende gevolgen van het niet-betwistingsbeding te bewijzen – na te gaan of de voortzetting van de deelname van Krka aan de lopende gedingen tot een snellere of meer volledige ongeldigverklaring van het 947-octrooi zou hebben geleid.
- 1210 Hieraan moet nog worden toegevoegd dat de mededingingsversturende gevolgen van een niet-betwistingsbeding, ongeacht de structuur van de betrokken markt – ook als die, zoals in casu, volgens de Commissie wordt gekenmerkt door het (vrijwel) ontbreken van mededingingsbronnen – hoofdzakelijk hypothetisch blijven indien het, gelet op de feitelijke gebeurtenissen zoals die kunnen worden vastgesteld op het moment dat de Commissie haar besluit neemt, waarschijnlijk is dat het betrokken octrooi, te weten in casu het 947-octrooi, zonder dat beding op hetzelfde moment en bij eenzelfde maatregel ongeldig zou zijn verklaard (zie punt 1181 hierboven).
- 1211 Bovendien heeft de Commissie, anders dan overweging 1712 van het bestreden besluit lijkt te suggereren, niet aangetoond dat de procedure tussen Servier en Krka voor de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk tot de vaststelling had kunnen leiden dat de technologie van Krka niet-inbreukmakend was. De procedures waarbij Krka en Apotex betrokken waren, waren immers door Servier ingestelde inbreukprocedures en de in reactie hierop door die twee generieke ondernemingen ingestelde reconventionele vorderingen tot nietigverklaring van het 947-octrooi. Die procedures waren dus vergelijkbaar. De volledige procedure waarbij Apotex betrokken was, is beëindigd door de ongeldigverklaring van het 947-octrooi en dus zonder dat het nodig was om na te gaan of haar technologie inbreukmakend was. Gelet op de gelijkenis tussen de procedures en het ontbreken van door de Commissie aangedragen tegenbewijs, is het aannemelijk dat dit ook voor Krka het geval zou zijn geweest.
- 1212 Daarenboven is niet bewezen dat de procedure voor het EOB tot de vaststelling had kunnen leiden dat de technologie van Krka een niet-inbreukmakende technologie was, aangezien die procedure enkel de geldigheid van het 947-octrooi betrof.
- 1213 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet heeft bewezen dat het in de schikkingsovereenkomst opgenomen niet-betwistingsbeding beperkende gevolgen voor de mededinging had.

– *Overdracht onder licentie van de technologie van Krka*

- 1214 Aangaande de licentieovereenkomst waarbij Krka haar technologie aan Servier heeft verkocht, heeft de Commissie enkel overwogen dat Krka zonder die overeenkomst „vrij [zou] zijn gebleven om haar rechten op de technologie met betrekking tot perindopril over te dragen of onder licentie over te dragen” (overweging 1829 van het bestreden besluit), wat, aangezien het om een loutere overdracht van een goed in combinatie met een licentie gaat en niet om een uitsluitingsmaatregel zoals een verhandelingsverbod die kan zijn, niet volstaat voor de vaststelling van het bestaan van waarschijnlijke gevolgen voor met name de prijzen, productie, kwaliteit of diversiteit van de producten, dan wel de innovatie (zie de punten 1135 tot en met 1137 hierboven). Het bestaan van mededingingsversturende gevolgen is des te minder bewezen daar het met de technologie van Krka onmogelijk was om het 947-octrooi te omzeilen. Bijgevolg is het, gelet op de ernstige aanwijzingen die konden doen

vermoeden dat dat octrooi geldig was, weinig aannemelijk dat generieke concurrenten van Servier zonder de overdrachtovereenkomst zouden hebben geprobeerd om de technologie van Krka aan te schaffen.

- 1215 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie niet heeft bewezen dat de overdracht onder licentie van de technologie van Krka beperkende gevolgen voor de mededinging had.
- 1216 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie niet heeft bewezen dat sprake was van uit de schikkingsovereenkomst of uit de overdrachtsovereenkomst voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen die in die mate realistisch of waarschijnlijk waren dat zij het bestaan van beperkende gevolgen heeft kunnen vaststellen. Hieraan moet worden toegevoegd dat de vaststelling van dergelijke beperkende gevolgen niet waarschijnlijker is wanneer beide overeenkomsten in hun geheel worden beschouwd.
- 1217 Bijgevolg moet de grief betreffende de beoordelingsfout worden toegewezen, die als zodanig volstaat voor de gegrondverklaring van het volledige door verzoeksters aangevoerde middel dat is ontleend aan de onjuiste vaststelling door de Commissie van uit de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten voortvloeiende beperkende gevolgen.
- 1218 Voorts moet nog worden nagegaan of de Commissie in haar besluit daarenboven heeft blijk gegeven van onjuiste rechtsopvattingen.

*iv) Onjuiste rechtsopvatting*

- 1219 Zoals is opgemerkt (zie de punten 1092 en 1102 hierboven) heeft de Commissie overwogen dat zij, aangezien zij had bewezen dat de schikkingsovereenkomst een potentiële concurrent van Servier uitsloot, niet verplicht was om, teneinde de mededinging aan te tonen zoals die zich zonder een overeenkomst zou hebben afgespeeld (een van de onderdelen van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking), de feitelijke gebeurtenissen in aanmerking te nemen zoals die hadden kunnen worden vastgesteld toen zij haar besluit nam. Integendeel. Door zich te baseren op haar gangbare praktijk inzake de inaanmerkingneming van de potentiële gevolgen van een overeenkomst, op grond waarvan het volstaat om de „waarschijnlijke” mededingingsverstoringe gevolgen van die overeenkomst aan te tonen (zie de punten 1080 en 1085 hierboven), heeft de Commissie gemeend dat zij haar beschrijving van de mededinging zoals die zich zonder een overeenkomst zou hebben afgespeeld, kon baseren op hypothesen of mogelijkheden.
- 1220 Zoals blijkt uit het hierboven uiteengezette onderzoek van de grief betreffende de beoordelingsfout waren bepaalde gebeurtenissen die de Commissie niet in aanmerking heeft genomen, niet alleen relevant, maar ook doorslaggevend voor het verrichten van de in punt 1076 hierboven genoemde vergelijking.
- 1221 Aldus heeft de Commissie wat het verhandelingsverbod betreft weliswaar de beslissing van het EOB van 27 juli 2006 en de door de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk jegens Krka en Apotex uitgesproken maatregelen in aanmerking genomen teneinde aan te tonen dat Krka een potentiële concurrent was, maar heeft zij die gebeurtenissen niet naar behoren in beschouwing genomen om na te gaan of Krka zonder overeenkomst waarschijnlijk tot de markt zou zijn toegetreden, en heeft zij dienaangaande enkel opgemerkt dat er zonder overeenkomst nog steeds een „concurrentiële dreiging” van Krka zou zijn uitgegaan.
- 1222 Wat het niet-betwistingsbeding betreft, heeft de Commissie geen rekening gehouden met de uitkomst van de door andere generieke ondernemingen tegen het 947-octrooi ingestelde procedures, die ondanks de beëindiging door Krka van al haar geschillen zijn voortgezet.

- 1223 Wat tot slot de structuur van de markt betreft – een horizontale vraag die zowel het verhandelingsverbod als het niet-betwistingsbeding betreft – is de Commissie enkel nagegaan welke concurrentiebronnen ten tijde van de sluiting van de laatste in het bestreden besluit besproken schikkingsovereenkomst bekend waren, en heeft zij enkel opgemerkt dat de „kans groot” was dat die bronnen als gevolg van een overeenkomst of anderszins van de mededinging zouden worden uitgesloten, zonder rekening te houden met het feit dat gedurende de inbreuk van een dergelijke uitsluiting geen sprake is geweest (overweging 1846 van het bestreden besluit).
- 1224 Een dergelijke redenering blijkt uitdrukkelijk uit voetnoot 2445 van het bestreden besluit, waarin de Commissie zich, voor de vaststelling van de beperkende gevolgen van het niet-betwistingsbeding, baseert op het feit dat er nog maar weinig met Servier concurrerende ondernemingen over waren die de lopende procedures waarschijnlijk zouden voortzetten of nieuwe procedures zouden beginnen en dat „het aannemelijk [was] dat Servier met die ondernemingen wilde schikken”, waardoor iedere mogelijke voortzetting of instelling van een procedure tegen het 947-octrooi uitgesloten zou zijn. Hoewel het klopt dat Servier die ondernemingen heeft benaderd, is zij niet tot een schikking met hen gekomen. Dit geldt met name voor één van die ondernemingen, die precies in de periode dat het niet-betwistingsbeding door Krka werd uitgevoerd uiteindelijk de nietigverklaring van het 947-octrooi heeft verkregen.
- 1225 Het beperkte karakter van het door de Commissie verrichte onderzoek kon niet worden gerechtvaardigd op grond van de rechtspraak van de Unierechters. De in de punten 1107 tot en met 1120 hierboven besproken rechtspraak met betrekking tot de inaanmerkingneming van de potentiële gevolgen van de overeenkomsten was immers in casu niet van toepassing (zie punt 1124 hierboven).
- 1226 Hetzelfde gold, om de in de punten 1183 tot en met 1186 hierboven genoemde redenen, voor de toepassing van de oplossing die is gekozen in het arrest van 14 april 2011, *Visa Europe en Visa International Service/Commissie* (T-461/07, EU:T:2011:181), met betrekking tot overeenkomsten die de potentiële mededinging uitschakelen (zie de punten 1183 tot en met 1186 hierboven).
- 1227 Derhalve moet worden vastgesteld dat de Commissie een onvolledig onderzoek heeft verricht van de situatie die zij moest beoordelen om na te gaan of de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen hadden, en dat uit de onvolledigheid van het onderzoek van de Commissie blijkt dat zij de rechtspraak van de Unierechters onjuist heeft toegepast en dus, zoals verzoeksters terecht stellen, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 1228 Bovendien hoeft de Commissie volgens de door haar gekozen benadering enkel de uitschakeling van een potentiële concurrent vast te stellen teneinde mededingingsbeperkende gevolgen te kunnen aantonen in een context waarin de structuur van de markt wordt gekenmerkt door het (vrijwel) ontbreken van mededingingsbronnen en door marktmacht van de originatoronderneming.
- 1229 Op basis van een dergelijke benadering zou de Commissie, indien die benadering zou worden toegestaan, in zaken als die in casu, waarin sprake is van beperkende bedingen die zijn gekoppeld aan een schikkingsovereenkomst inzake octrooien op geneesmiddelen, het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen in wezen kunnen vaststellen door enkel na te gaan of aan twee van de drie voorwaarden is voldaan die zijn vereist voor de vaststelling van het bestaan van een beperking naar strekking, namelijk het bestaan van potentiële mededinging en het bestaan van mededingingsbeperkende bedingen.
- 1230 Dit zou de taak van de Commissie aanzienlijk vergemakkelijken, aangezien het, zoals blijkt uit het onderzoek van het middel betreffende de beperking naar strekking, bijzonder ingewikkeld is om na te gaan of aan de derde voorwaarde, te weten het bestaan van een prikkel, is voldaan.

- 1231 Gelet op de strengere eisen inzake bewijs die gelden voor de vaststelling van een mededingingsbeperking naar strekking (zie punt 1123 en de punten 1128 tot en met 1139 hierboven), kan een dergelijke oplossing, die haaks staat op de geest van het in het Verdrag neergelegde onderscheid tussen mededingingsbeperkingen naar strekking en mededingingsbeperkende gevolgen, evenwel niet worden aanvaard.
- 1232 Uit het voorgaande volgt dat de grief betreffende een onjuiste rechtsopvatting moet worden toegewezen, die als zodanig volstaat voor de gegrondverklaring van het volledige door verzoeksters aangevoerde middel dat is ontleend aan de onjuiste vaststelling door de Commissie van uit de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten voortvloeiende beperkende gevolgen.
- 1233 Aangezien ook het middel betreffende de afwezigheid van een beperking naar strekking gegrond is verklaard, moet worden vastgesteld dat de Commissie ten aanzien van de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten ten onrechte het bestaan van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU heeft vastgesteld.
- 1234 Bijgevolg moet, zonder dat het nodig is om de andere in het kader van het onderhavige middel door verzoeksters aangevoerde grieven en het middel betreffende de kwalificatie van Krka als potentiële concurrent te onderzoeken, artikel 4 van het bestreden besluit worden nietig verklaard, voor zover de Commissie in dat artikel ten aanzien van de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten de deelname van Servier aan een inbreuk op grond van artikel 101, lid 1, VWEU heeft vastgesteld.

## ***10. Middel betreffende de definitie van het begrip „mededingingsbeperkende gevolgen”***

### ***a) Argumenten van partijen***

[omissis]

### ***b) Beoordeling door het Gerecht***

- 1247 Om de redenen die reeds in de punten 566 tot en met 570 en in de punten 743 en 909 hierboven zijn uiteengezet ten aanzien van andere middelen die zijn opgeworpen tegen de vaststelling van het bestaan van beperkende gevolgen die voortvloeien uit de overeenkomsten die Servier heeft gesloten met Niche en Unichem, Matrix, Teva en Lupin, moet dit middel als niet ter zake dienend worden afgewezen.

## ***11. Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot de kwalificatie als afzonderlijke inbreuken***

### ***a) Kwalificatie van de vijf overeenkomsten als afzonderlijke inbreuken***

#### ***1) Argumenten van partijen***

[omissis]

#### ***2) Beoordeling door het Gerecht***

- 1254 Uit het bestreden besluit blijkt dat verzoeksters, zonder dat zij dit betwisten, afzonderlijke overeenkomsten met een verschillende werkingssfeer, met verschillende partijen en in verschillende economische en juridische contexten hebben gesloten, die op verschillende data zijn ondertekend (met uitzondering van de overeenkomsten met Niche en Matrix). Verzoeksters stellen evenwel dat, ondanks



die verschillen, de sluiting van die overeenkomsten één enkele inbreuk vormt, omdat het betrokken product hetzelfde is, het toepassingsgebied en de duur van de overeenkomsten in zekere mate identiek zijn, de methode en de voorwaarden voor de uitvoering ervan dezelfde zijn en de natuurlijke persoon die aan hun kant bij de sluiting van de overeenkomsten betrokken was, dezelfde is.

- 1255 Vooraf moet worden opgemerkt dat het onderhavige middel, waarbij kritiek wordt geuit op het feit dat niet is erkend dat in casu sprake is van één enkele inbreuk, subsidiair wordt opgeworpen (zie punt 1248 hierboven) voor het geval de middelen zouden worden afgewezen die zijn gericht tegen de verkeerde toepassing van het recht en de beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de litigieuze overeenkomsten als beperkingen naar strekking en als overeenkomsten met beperkende gevolgen. Aangezien de middelen betreffende de kwalificatie van de tussen verzoeksters en Krka gesloten overeenkomsten als mededingingsbeperking zijn toegewezen, zal het onderhavige middel dus slechts worden onderzocht voor zover hierbij kritiek wordt geuit op de kwalificatie van de door verzoeksters met Niche, Matrix, Teva en Lupin gesloten overeenkomsten als afzonderlijke inbreuken.
- 1256 Wat betreft de relevantie van het middel stelt de Commissie in wezen dat het als niet ter zake dienend moet worden afgewezen, aangezien verzoeksters hoe dan ook niet hebben bewezen dat de geldboete noodzakelijkerwijs lager zou zijn geweest indien de Commissie de betrokken overeenkomsten als één enkele inbreuk zou hebben aangemerkt.
- 1257 Allereerst zij eraan herinnerd dat het al dan niet falen van een middel betrekking heeft op de mogelijkheid dat het, zo het gegrond is, tot de door de verzoeker nagestreefde nietigverklaring kan leiden, en niet op het belang dat deze bij het instellen van een dergelijk beroep of het aanvoeren van een bepaald middel kan hebben. Die vragen houden namelijk verband met de ontvankelijkheid van het beroep en van het middel (arrest van 21 september 2000, EFMA/Raad, C-46/98 P, EU:C:2000:474, punt 38).
- 1258 Vervolgens kan de wettigheid van een besluit waarbij de deelname van een onderneming aan een inbreuk is vastgesteld, niet afhankelijk worden gesteld van de wettigheid van de aan die onderneming opgelegde geldboete, met name voor zover de Commissie, indien zij aantoonde dat er een gewettigd belang bestaat bij een dergelijke vaststelling, over de bevoegdheid beschikt om een dergelijk besluit tot vaststelling van een inbreuk te nemen zonder een geldboete op te leggen (zie in die zin arresten van 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie, T-22/02 en T-23/02, EU:T:2005:349, punt 31, en 16 november 2006, Peróxidos Orgánicos/Commissie, T-120/04, EU:T:2006:350, punt 18). Derhalve kunnen de middelen die het opleggen van sancties betreffen per definitie slechts betrekking hebben op de oplegging van de geldboete en niet op de vaststelling van de inbreuk zelf (zie in die zin arrest van 27 juni 2012, Bolloré/Commissie, T-372/10, EU:T:2012:325, punt 81). Daarentegen kunnen de middelen die betrekking hebben op de vaststelling van de inbreuk zelf in beginsel tot de nietigverklaring leiden van niet alleen het besluit waarbij de deelname van een onderneming aan een inbreuk is vastgesteld, maar ook, als gevolg hiervan, van de aan die onderneming opgelegde geldboete.
- 1259 In casu betekent dit dat, moest het Gerecht oordelen dat de Commissie ten onrechte in plaats van één enkele inbreuk afzonderlijke inbreuken heeft vastgesteld op grond van elk van de litigieuze overeenkomsten, het bestreden besluit zou moeten worden nietig verklaard voor zover daarbij wordt vastgesteld dat ten aanzien van verzoeksters sprake is van afzonderlijke inbreuken en bijgevolg voor zover hun daarbij uit hoofde van die inbreuken geldboeten worden opgelegd, ongeacht de vraag of die nietigverklaring een voor verzoeksters gunstige invloed zou hebben op het totaalbedrag van de aan hen opgelegde afzonderlijke geldboeten, welk bedrag in voorkomend geval opnieuw zou moeten worden berekend indien aan hen in het kader van een nieuw besluit één enkele geldboete zou worden opgelegd. Er zij immers aan herinnerd dat de volledige rechtsmacht die het Gerecht krachtens artikel 31 van verordening nr. 1/2003 heeft, slechts ziet op de door het Gerecht verrichte beoordeling van de door de Commissie opgelegde boete, zodat de bepalende kenmerken van de inbreuk die door

de Commissie op rechtmatige wijze is geconstateerd in het ter toetsing aan het Gerecht voorgelegde besluit, niet mogen worden gewijzigd (arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 77).

1260 Ten overvloede moet hoe dan ook worden overwogen dat, moest het Gerecht oordelen dat de Commissie ten onrechte in plaats van één enkele inbreuk afzonderlijke inbreuken heeft vastgesteld, dit gevolgen voor de hoogte van de geldboete zou hebben.

1261 Er zij immers aan herinnerd dat de kwalificatie van een aantal onrechtmatige handelingen als één en dezelfde inbreuk of als verschillende afzonderlijke inbreuken in beginsel niet zonder invloed op de mogelijke sanctie is, aangezien de vaststelling van verschillende inbreuken kan leiden tot de oplegging van verschillende afzonderlijke geldboeten, waarbij telkens de in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 gestelde grenzen, dat wil zeggen het maximum van 10 % van de omzet in het aan de vaststelling van het besluit voorafgaande boekjaar, in acht moet worden genomen. Aldus mag de Commissie in één enkel besluit twee afzonderlijke inbreuken vaststellen en twee geldboeten opleggen waarvan het totale bedrag groter is dan het in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde maximum van 10 %, mits het bedrag van elke geldboete dat maximum niet overschrijdt. Voor de toepassing van bovengenoemd maximum van 10 % is immers irrelevant of afzonderlijke inbreuken op de mededingingsregels van de Unie in de loop van één procedure dan wel in de loop van onderscheiden, in de tijd gescheiden procedures worden bestraft, daar het maximum van 10 % op elke inbreuk op artikel 101 VWEU van toepassing is (zie arrest van 6 februari 2014, AC-Treuhand/Commissie, T-27/10, EU:T:2014:59, punten 230-232 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu moet evenwel worden vastgesteld dat, zoals verzoeksters in het verzoekschrift beamen, het totaalbedrag van de voor de inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU aan verzoeksters opgelegde geldboeten lager is dan het in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde maximum van 10 % van de omzet in het aan de vaststelling van het besluit voorafgaande boekjaar. Bijgevolg kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten dat zij heeft besloten aan hen afzonderlijke geldboeten op te leggen om voor al die geldboeten samen dat maximum van 10 % te kunnen overschrijden.

1262 Zoals blijkt uit de overwegingen 3120, 3121 en 3128 van het bestreden besluit heeft de Commissie niettemin, omdat zij verzoeksters voor iedere inbreuk op artikel 101 VWEU een afzonderlijke geldboete heeft opgelegd, die bedragen naar beneden gecorrigeerd, teneinde te voorkomen dat het gelijktijdig opleggen van meerdere geldboeten een mogelijk onevenredig resultaat zou geven. Het is namelijk vanwege haar beslissing om meerdere afzonderlijke geldboeten aan verzoeksters op te leggen, dat de Commissie op de waarde van de verkopen van verzoeksters, waarop zij de hoogte van iedere geldboete heeft gebaseerd, een gemiddelde korting van 54,5 % heeft toegepast, die een afspiegeling is van de mate van temporele en geografische overlap van de bijbehorende inbreuken. Teneinde aan te tonen dat het middel faalt, zou de Commissie dus hoe dan ook moeten bewijzen dat de aan verzoeksters opgelegde geldboete even hoog zou zijn geweest bij de vaststelling van één enkele inbreuk, wat weinig waarschijnlijk lijkt.

1263 Derhalve moet het middel ten gronde worden onderzocht.

1264 Volgens vaste rechtspraak kan een schending van artikel 101, lid 1, VWEU niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortdurende gedraging, ook al zouden een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortdurende gedraging ook op zich, afzonderlijk, een schending van deze bepaling kunnen opleveren. Wanneer de verschillende handelingen vanwege hun identieke doel, de mededinging binnen de interne markt te verstoren, deel uitmaken van een „totaalplan”, mag de Commissie de aansprakelijkheid voor deze handelingen dus bepalen aan de hand van de deelneming aan de betrokken inbreuk in haar geheel (arresten van 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 41, en 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/Commissie en Commissie/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P en C-294/13 P, EU:C:2015:416, punt 156).

- 1265 Een onderneming die aan één enkele complexe inbreuk, zoals hierboven bedoeld, heeft deelgenomen door eigen gedragingen die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormden en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beoogden te leveren, kan aldus voor de gehele duur van haar deelneming aan die inbreuk eveneens aansprakelijk zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk. Dit is het geval wanneer vast komt te staan dat de betrokken onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de inbreukmakende gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of verrichtten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden (arresten van 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, punten 42 en 60, en 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/Commissie en Commissie/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P en C-294/13 P, EU:C:2015:416, punt 157).
- 1266 Aldus kan volgens de rechtspraak van het Hof door toepassing van het begrip „één enkele inbreuk” onder bepaalde voorwaarden de aansprakelijkheid voor een geheel van inbreukmakende gedragingen worden toegekend aan alle deelnemers aan één van de gedragingen die van dat geheel deel uitmaken. Een dergelijke toekenning is echter slechts mogelijk indien met name een aan alle deelnemers gemeenschappelijke doelstelling kan worden vastgesteld.
- 1267 De noodzaak van een gemeenschappelijke doelstelling of een gemeenschappelijk doel blijkt niet alleen uit de in de punten 1264 en 1265 hierboven aangehaalde arresten, maar ook uit eerdere rechtspraak.
- 1268 Zo heeft het Hof in het arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 82 en 83), de redenering van het Gerecht bevestigd dat, ten eerste, de vastgestelde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, aangezien zij alle hetzelfde doel hadden, stelsels van regelmatige bijeenkomsten en van vaststellingen van richtprijzen en quota vormden, die op hun beurt pasten in het kader van een aantal door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel, te weten het verstoren van de prijsontwikkeling, en dat het, ten tweede, gekunsteld zou zijn deze voortgezette gedraging die door één enkel doel werd gekenmerkt op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen, terwijl het om één inbreuk ging waaraan geleidelijk gestalte was gegeven door zowel verboden overeenkomsten als verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
- 1269 Evenzo heeft het Hof in het arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 258 en 259), geoordeeld dat, wanneer verschillende handelingen, wegens hun identieke doel om de mededinging op de interne markt te verstoren, deel uitmaken van een „totaalplan”, de Commissie de verantwoordelijkheid voor die handelingen mag bepalen aan de hand van de deelneming aan de betrokken inbreuk in haar geheel. Het Hof heeft in dat verband benadrukt dat het kunstmatig was om een overeenkomst die wordt gekenmerkt door een aantal handelingen met eenzelfde economisch doel, namelijk de eerbiediging van de thuismarkten, op te splitsen in verschillende afzonderlijke gedragingen.
- 1270 Overigens moet worden benadrukt dat het bestaan van een gemeenschappelijk doel inherent is aan het in de rechtspraak van het Hof gebruikte begrip „totaalplan”, aangezien een dergelijk plan niet zou kunnen bestaan zonder een door alle deelnemers onderschreven gemeenschappelijk doel.
- 1271 Tot slot moet worden opgemerkt dat de complementariteit van de overeenkomsten of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen een objectieve aanwijzing kan vormen voor het bestaan van een totaalplan dat als enige doel heeft de mededinging te beperken. Van een dergelijke complementariteit is sprake wanneer elke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging bedoeld is om het hoofd te bieden aan een of meer gevolgen van de normale mededinging en zij door hun wisselwerking bijdragen tot de verwezenlijking van één enkel doel, namelijk de mededinging beperken (zie in die zin

arresten van 28 april 2010, Amann & Söhne en Cousin Filterie/Commissie, T-446/05, EU:T:2010:165, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 16 september 2013, Masco e.a./Commissie, T-378/10, EU:T:2013:469, punten 22, 23 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Thans moeten in het licht van voorgaande algemene overwegingen de bijzondere omstandigheden van het geval worden onderzocht.

- 1272 Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat verzoeksters partij waren bij afzonderlijke schikkingsovereenkomsten die, naargelang van de overeenkomst, met één of met meerdere verschillende generieke ondernemingen waren gesloten, en dat die afzonderlijke overeenkomsten als zodanig een inbreuk vormden op artikel 101 VWEU, zoals blijkt uit het onderzoek van de middelen die specifiek tegen elk van de overeenkomsten zijn gericht.
- 1273 In een dergelijke context had de Commissie, gelet op de hierboven in herinnering gebrachte rechtspraak, de betrokken schikkingsovereenkomsten uitsluitend als één enkele voortgezette inbreuk op artikel 101 VWEU kunnen aanmerken indien zij met name had kunnen vaststellen dat die overeenkomsten deel uitmaakten van een totaalplan.
- 1274 Bijgevolg vereiste de vaststelling van één enkele inbreuk dat Servier en alle betrokken generieke ondernemingen de litigieuze overeenkomsten met ten minste één gemeenschappelijk doel hadden gesloten.
- 1275 Het bestaan van een dergelijk nauwkeurig omschreven doel wordt evenwel niet, althans niet uitdrukkelijk, door verzoeksters aangevoerd.
- 1276 Dat van een dergelijk doel sprake is, blijkt evenmin uit de stukken van het dossier.
- 1277 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het begrip „gemeenschappelijk doel” of „één enkel doel” niet kan worden bepaald door een algemene verwijzing naar de verstoring van de mededinging op de markt waarop de inbreuk betrekking heeft, aangezien de beperking van de mededinging, als doel of gevolg, een wezenlijk element is van elke gedraging die binnen de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt. Een dergelijke definitie van het begrip „gemeenschappelijk doel” dreigt het begrip „één enkele voortdurende inbreuk” een deel van zijn zin te ontnemen, daar zij ertoe zou leiden dat verschillende bij artikel 101, lid 1, VWEU verboden gedragingen in een sector van de economie stelselmatig als bestanddelen van één enkele inbreuk zouden moeten worden aangemerkt (zie arrest van 28 april 2010, Amann & Söhne en Cousin Filterie/Commissie, T-446/05, EU:T:2010:165, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 1278 Uit de stukken van het dossier blijkt niet dat Servier en de generieke ondernemingen een gemeenschappelijk doel hadden dat nauwkeuriger zou kunnen worden omschreven dan met een loutere algemene verwijzing naar de verstoring van de mededinging op de markt waarop de inbreuk betrekking heeft.
- 1279 Overigens hadden de generieke ondernemingen geen schikkingsovereenkomsten gesloten die hen onderling verbonden, maar enkel overeenkomsten die elk van hen met Servier verbonden. Daarenboven volgden de aldus gesloten overeenkomsten, met uitzondering van de Matrix-overeenkomst, met name op nationale geschillen met Servier die specifiek waren voor elk van de generieke ondernemingen en waarbij de andere betrokken generieke ondernemingen niet betrokken waren. Tot slot verschilden die op verschillende data gesloten overeenkomsten qua inhoud. Zo hielden de Niche- en Matrix-overeenkomsten een loutere betaling in omgekeerde richting in, voorzag de Teva-overeenkomst in een exclusieve-afnamebeding en was de Lupin-overeenkomst gekoppeld aan de sluiting van een overeenkomst waarbij Lupin octrooiaanvragen overdroeg aan Servier.



- 1280 Hieraan moet worden toegevoegd dat de inwerkingtreding van de afzonderlijke overeenkomsten niet afhankelijk was van de inwerkingtreding van de andere overeenkomsten, en geen enkel beding van de overeenkomsten voorzag in een coördinatie tussen de gedragingen van de verschillende generieke ondernemingen, dan wel een dergelijke coördinatie tot gevolg had. Voorts blijkt niet uit de stukken van het dossier dat die ondernemingen de door hen ondernomen stappen om de mededinging te beperken op enigerlei wijze hebben gecoördineerd. Bij het ontbreken van dergelijke verbanden tussen de overeenkomsten of van aanwijzingen dat ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten sprake was van een afstemming tussen de generieke ondernemingen, is de enige coördinatie die uit de stukken van het dossier naar voren komt, de door Servier uitgevoerde coördinatie voor de sluiting van de verschillende overeenkomsten.
- 1281 Gelet op de voorgaande overwegingen kan niet worden vastgesteld dat de betrokken generieke ondernemingen deelnamen aan een totaalplan. Integendeel. Vastgesteld moet worden dat zij, zoals de Commissie terecht in haar verweerschrift benadrukt, enkel de kans aangrepen die de voorgenomen ontwerpovereenkomst met Servier elk van hen bood. Aldus heeft iedere generieke onderneming deelgenomen aan een autonome overeenkomst tot marktuitsluiting, zonder bij te dragen aan een geheel van overeenkomsten met een gemeenschappelijk doel.
- 1282 Bij gebreke van een aan Servier en iedere generieke onderneming gemeenschappelijk doel en dus van een totaalplan heeft de Commissie terecht vastgesteld dat de betrokken schikkingsovereenkomsten niet één enkele inbreuk vormden.
- 1283 Aan de voorgaande conclusie kan niet worden afgedaan door de andere argumenten van verzoeksters.
- 1284 In de eerste plaats waren verzoeksters weliswaar partij bij alle betrokken schikkingsovereenkomsten en heeft de Commissie kunnen overwegen dat sommige generieke ondernemingen ervan op de hoogte waren gebracht dat verzoeksters andere schikkingsovereenkomsten met generieke ondernemingen hadden gesloten, maar volstaat het enkel kennis hebben van andere mededingingsversturende praktijken evenwel niet voor de vaststelling van één enkele inbreuk. Hoewel een dergelijke kennis een noodzakelijke voorwaarde is om een onderneming aansprakelijk te stellen voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van eenzelfde inbreuk (zie punt 1265 hierboven), kan zij als zodanig immers niet als bewijs dienen voor het bestaan van een gemeenschappelijk subjectief element en in het bijzonder niet voor het bestaan van een aan alle deelnemers gemeenschappelijk doel of gemeenschappelijke doelstelling, welke als enige het bewijs kan leveren voor het bestaan van één enkele inbreuk (zie in die zin arresten van 12 december 2007, BASF en UCB/Commissie, T-101/05 en T-111/05, EU:T:2007:380, punt 205, en 28 april 2010, Amann & Söhne en Cousin Filterie/Commissie, T-446/05, EU:T:2010:165, punt 108).
- 1285 In de tweede plaats verwijten verzoeksters de Commissie dat zij in overweging 3120 van het bestreden besluit drie eerdere besluiten heeft genoemd, die irrelevant waren of niet-inroepbaar, omdat sommige van die besluiten niet waren gepubliceerd. Er zij echter aan herinnerd dat de Commissie hoe dan ook op objectieve gronden verschillende procedures kan inleiden, verschillende inbreuken kan vaststellen en verschillende geldboeten kan opleggen (zie arrest van 28 april 2010, Amann & Söhne en Cousin Filterie/Commissie, T-446/05, EU:T:2010:165, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg kan de omstandigheid dat de Commissie eerdere al dan niet relevante of gepubliceerde besluiten heeft aangehaald, in casu niet leiden tot de onrechtmatigheid van het bestreden besluit, aangezien de Commissie in iedere zaak verplicht is om na te gaan of er objectieve redenen zijn om het bestaan van één enkele inbreuk te kunnen vaststellen. Hieraan kan ten overvloede nog worden toegevoegd dat de Commissie de betwiste eerdere besluiten in casu enkel heeft aangevoerd ter illustratie van gevallen waarin afzonderlijke geldboeten voor afzonderlijke inbreuken zijn opgelegd, nadat zij eraan had herinnerd dat ingevolge artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 en overeenkomstig de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, afzonderlijke geldboeten zouden moeten worden opgelegd voor iedere inbreuk.

- 1286 In de derde plaats verwijten verzoeksters de Commissie dat zij haar onderzoek tegenstrijdig heeft gemotiveerd. Volgens hen kon de Commissie de kwalificatie van de schikkingsovereenkomsten als één enkele inbreuk op artikel 101 VWEU niet uitsluiten, aangezien zij in het gedeelte van het bestreden besluit betreffende het misbruik van machtspositie heeft overwogen dat diezelfde overeenkomsten één enkele inbreuk op artikel 102 VWEU vormden.
- 1287 Een dergelijk betoog kan evenwel niet worden aanvaard.
- 1288 Het begrip „één enkele inbreuk” in de zin van artikel 101 VWEU heeft immers betrekking op bilaterale of multilaterale betrekkingen tussen meerdere ondernemingen, terwijl het begrip „misbruik van machtspositie” door een onderneming haar unilaterale betrekkingen omvat, zoals die welke door de Commissie zijn vastgesteld in het gedeelte van het bestreden besluit aangaande de toepassing van artikel 102 VWEU. Aangezien het hier om twee afzonderlijke begrippen gaat, die op verschillende criteria berusten, kan het bestaan van één enkele inbreuk in de zin van artikel 101 VWEU niet worden vastgesteld op basis van de omstandigheid dat de gedraging van één van de aan die inbreuk deelnemende ondernemingen daarenboven als misbruik van machtspositie is aangemerkt. Dit is des te meer het geval wanneer de kwalificatie als misbruik van machtspositie, zoals in casu, deels berust op de inaanmerkingneming van een gedraging die niet in het kader van artikel 101 VWEU is onderzocht, namelijk de aanschaf door verzoeksters van de technologie van Azad.
- 1289 Bovendien moet worden opgemerkt dat de Commissie in het gedeelte van het bestreden besluit aangaande de toepassing van artikel 102 VWEU, niet heeft vastgesteld dat verzoeksters bij de uitvoering van hun strategie om hun concurrenten via schikkingsovereenkomsten en via de aanschaf van de technologie van Azad uit te sluiten, samen met de generieke ondernemingen een gemeenschappelijk doel zouden hebben nagestreefd, wat een noodzakelijke voorwaarde is voor de erkenning van één enkele inbreuk in de zin van artikel 101 VWEU. Verzoeksters beweren trouwens niet dat de Commissie een dergelijke vaststelling zou hebben gedaan. Bijgevolg kunnen zij dat gedeelte van het bestreden besluit niet op goede gronden als argument aanvoeren voor hun conclusie dat de Commissie de schikkingsovereenkomsten als één enkele inbreuk had moeten aanmerken.
- 1290 Uit een en ander volgt dat het onderhavige middel moet worden afgewezen.

## ***b) Kwalificatie van de overeenkomsten met Niche en met Matrix als afzonderlijke inbreuken***

### *1) Argumenten van partijen*

[omissis]

### *2) Beoordeling door het Gerecht*

- 1293 Uit punt 5 en overweging 3120 van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie de twee overeenkomsten die verzoeksters (en Biogaran) met Niche hebben gesloten (schikkingsovereenkomst en licentie- en leveringsovereenkomst) en de met Matrix gesloten schikkingsovereenkomst als twee afzonderlijke inbreuken op artikel 101 VWEU heeft beschouwd. Verzoeksters stellen dat die overeenkomsten één enkele inbreuk vormen.
- 1294 De Commissie stelt dat het middel als niet ter zake dienend moet worden afgewezen, aangezien verzoeksters hoe dan ook niet hebben bewezen dat de geldboete noodzakelijkerwijs lager zou zijn geweest indien de Commissie de met Niche en met Matrix gesloten overeenkomsten als één enkele inbreuk zou hebben aangemerkt. Uit de punten 1256 tot en met 1263 hierboven blijkt niettemin dat indien dit middel gegrond zou zijn, het bestreden besluit zou moeten worden nietig verklaard en de geldboete opnieuw zou moeten worden berekend. Bijgevolg moet het onderhavige middel als ter zake

dienend worden aangemerkt, net als het middel waarbij in algemene zin kritiek wordt geuit op de kwalificatie van de verschillende door verzoeksters gesloten overeenkomsten als afzonderlijke inbreuken.

- 1295 Wat de gegrondheid van dit middel betreft, zij eraan herinnerd dat het voor de vaststelling van het bestaan van één enkele inbreuk aan de Commissie staat om aan te tonen dat de betrokken overeenkomsten deel uitmaken van een totaalplan dat door de betrokken ondernemingen wetens en willens ten uitvoer wordt gelegd met als enig doel, de mededinging te beperken, en dat zij in dit verband verplicht is om alle feiten te onderzoeken die het bestaan van dat totaalplan kunnen aantonen of weerleggen (zie in die zin arrest van 16 september 2013, Masco e.a./Commissie, T-378/10, EU:T:2013:469, punten 22 en 23; zie ook de punten 1264-1269 hierboven).
- 1296 In casu kan inderdaad uit de door verzoeksters aangevoerde argumenten worden afgeleid dat zij, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in overweging 1472 van het bestreden besluit, de betrokken overeenkomsten met „dezelfde beweegredenen” hebben gesloten en in dat verband eenzelfde doel nastreefden, namelijk de definitieve beslechting van het lopende geschil, het voorkomen van toekomstige gedingen inzake het product van Niche/Matrix en de uitsluiting, tegen betaling, van dat product als potentiële mededingingsbron. Dat verzoeksters datzelfde doel nastreefden bij de sluiting van de overeenkomsten met Niche en met Matrix blijkt in het bijzonder uit het feit dat die overeenkomsten op dezelfde datum, op dezelfde plaats en door dezelfde vertegenwoordiger van verzoeksters zijn ondertekend, uit het feit dat zij dezelfde temporele en geografische werkingsfeer hadden, uit het feit dat de overeenkomsten met name betrekking hadden op hetzelfde product – waarbij vergelijkbare verplichtingen golden voor Niche en voor Matrix – en, tot slot, uit het niet betwiste feit dat het in het belang van verzoeksters was om overeenkomsten te sluiten met beide ontvangende partijen bij het betrokken gemeenschappelijke perindoprilproject (zie in dat verband overweging 2940 van het bestreden besluit).
- 1297 Op basis van dergelijke feitelijke gegevens kan evenwel niet worden vastgesteld dat Niche en Matrix bij de sluiting van de betrokken overeenkomsten samen eenzelfde doel nastreefden waaruit een gemeenschappelijk plan bleek, laat staan dat zij dat gemeenschappelijke plan met verzoeksters deelden.
- 1298 Hoewel de sluiting van de overeenkomsten op dezelfde dag en op dezelfde plaats inderdaad aantoont dat sprake was van een onderling verband en dat Servier, die beide overeenkomsten heeft ondertekend, daarmee eenzelfde doel nastreefde, kan op basis van die enkele sluiting immers niet worden vastgesteld dat de andere ondertekenaars, Niche en Matrix, een gemeenschappelijk plan hadden. Evenzo blijkt weliswaar uit de vertegenwoordiging van Niche en Matrix door eenzelfde advocaat – wat ook verklaart dat de twee waardeoverdrachten zijn overgemaakt op eenzelfde rekening, namelijk op die van hun gemeenschappelijke vertegenwoordiger – dat er geen belangenconflict tussen hen bestond, maar kan enkel op basis hiervan niet worden vastgesteld dat sprake was van gemeenschappelijke belangen, des te meer daar de betrokken vertegenwoordiger de vertegenwoordiger van Niche was, die Matrix enkel bij de ondertekening van de Matrix-overeenkomst heeft vertegenwoordigd (overwegingen 575 en 576 van het bestreden besluit). Hoewel beide overeenkomsten de verhandeling van het product van Niche/Matrix inderdaad verbieden, moet worden opgemerkt dat de Niche-overeenkomst in algemene zin betrekking heeft op alle potentiële inbreukmakende producten die Niche alleen of samen met andere partners zou kunnen ontwikkelen, net als de Matrix-overeenkomst in algemene zin betrekking heeft op alle potentiële inbreukmakende producten die Matrix alleen of samen met andere partners zou kunnen ontwikkelen (volgens de in elk van de overeenkomsten gebruikte definitie van „process”), wat daarenboven de gelijkenis tussen de bedingen van de overeenkomsten relativerend. Dienaangaande moet nog worden vermeld dat de bedingen van de Niche- en Matrix-overeenkomsten trouwens niet volkomen identiek zijn, gelet op met name de verschillen tussen de geschillen tussen Servier en Niche enerzijds en die tussen Servier en Matrix anderzijds. Zo bevat enkel de Niche-overeenkomst bedingen die voorzien in de beëindiging van de bij de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk en de voor het EOB lopende

procedures (artikelen 2 en 7 van de Niche-overeenkomst), aangezien Matrix bij geen van die geschillen rechtstreeks was betrokken (zie ook artikel 9 van de Niche-overeenkomst, die evenmin een tegenhanger heeft in de Matrix-overeenkomst).

- 1299 Dat Niche en Matrix een gemeenschappelijk plan zouden hebben, kan evenmin worden bewezen door de afspraak die zij zouden hebben gemaakt over de uitvoering van de met verzoeksters gesloten overeenkomsten. Een dergelijke afspraak kan immers niet als genoegzaam bewezen worden beschouwd door de enkele vermelding van, ten eerste, een mondeling overeengekomen verdeling van de schadeloosstelling van de klanten van Niche en, ten tweede, een verzoek van Niche aan Matrix om een schriftelijke bevestiging van die overeenkomst. Die afspraak wordt zelfs weersproken door de concrete uitvoering van de overeenkomsten, die zich met name heeft vertaald in de eenzijdige opschorting door Matrix van de overeenkomst tussen Niche en Matrix.
- 1300 Uit het verloop van de onderhandelingen over de betrokken overeenkomsten blijkt evenmin dat Niche en Matrix die overeenkomsten met eenzelfde doel zouden hebben gesloten. Uit meerdere niet betwiste elementen in het dossier en in het bestreden besluit (overwegingen 574-577 van dat besluit) blijkt immers dat de sluiting door Matrix van haar overeenkomst met Servier veeleer voortkomt uit haar wil om een door verzoeksters geboden kans aan te grijpen (zie ook punt 1281 hierboven) dan uit een gemeenschappelijk plan met haar partner Niche om hun gemeenschappelijke perindoprilproject te beëindigen. Ten eerste is Matrix meer bepaald pas twee dagen vóór de sluiting van haar eigen overeenkomst met verzoeksters op de hoogte gebracht van het bestaan van onderhandelingen tussen Niche en verzoeksters en is zij pas op de dag vóór de sluiting van de overeenkomst summier geïnformeerd over de status van die onderhandelingen. Ten tweede kan uit overweging 577 van het bestreden besluit worden afgeleid dat de deelname van Matrix aan de onderhandelingen hoofdzakelijk betrekking heeft gehad op het bedrag van de waardeoverdracht.
- 1301 Tot slot kan worden opgemerkt dat de kwalificatie van de overeenkomsten met Niche en met Matrix als één enkele inbreuk tot gevolg zou hebben dat die inbreuk de tussen Niche en Biogaran gesloten overeenkomst zou omvatten, van welke overeenkomst de Commissie, zonder dat dit door verzoeksters wordt betwist, heeft overwogen dat zij deel uitmaakt van de inbreuk die verzoeksters uit hoofde van de Niche-overeenkomst wordt verweten (zie met name overweging 3006 van het bestreden besluit). Een dergelijke buiten Matrix om tussen Biogaran en Niche onderhandelde overeenkomst, die geen betrekking heeft op het product van Niche/Matrix en die een ander voorwerp heeft dan de Matrix-overeenkomst (licentie- en leveringsovereenkomst betreffende andere geneesmiddelen) kan evenwel niet worden beschouwd als een overeenkomst die deel uitmaakt van een mogelijk gemeenschappelijk plan tussen Niche en Matrix, laat staan van een mogelijk gemeenschappelijk plan tussen die twee ondernemingen en verzoeksters.
- 1302 Bijgevolg moet worden overwogen dat de Commissie het recht niet verkeerd heeft toegepast en geen beoordelingsfout heeft gemaakt door de overeenkomsten die verzoeksters en Biogaran met Niche hebben gesloten en de overeenkomst die verzoeksters met Matrix hebben gesloten als afzonderlijke inbreuken aan te merken. Hieruit volgt tevens dat verzoeksters de Commissie niet kunnen verwijten dat zij hen tweemaal voor dezelfde feiten heeft bestraft. Aangezien de Commissie heeft vastgesteld dat er sprake was van twee afzonderlijke inbreuken, mocht zij verzoeksters immers twee afzonderlijke geldboeten opleggen. De bijzondere omstandigheden waarin de Matrix-overeenkomst is gesloten en de specifieke strekking van die overeenkomst vereisen evenwel dat die kenmerken, zoals in de punten 1692 tot en met 1699 hierna zal worden uiteengezet, genoegzaam in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de evenredigheid van de voor die overeenkomst opgelegde geldboete ten opzichte van de geldboete die voor de Niche-overeenkomst is opgelegd.
- 1303 Uit al het voorgaande volgt dat het onderhavige middel en derhalve de middelen betreffende de verkeerde toepassing van het recht en de beoordelingsfout met betrekking tot de kwalificatie als afzonderlijke inbreuken in hun geheel moeten worden afgewezen.



## **12. Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot de afbakening van de relevante markt van de eindproducten**

### **a) Argumenten van partijen**

[omissis]

### **b) Beoordeling door het Gerecht**

<sup>1367</sup> Verzoeksters, ondersteund door interveniënte, voeren in wezen drie grieven aan.

<sup>1368</sup> Allereerst verwijten verzoeksters de Commissie met hun eerste grief dat zij geen rekening heeft gehouden met de specifieke kenmerken van de farmaceutische sector, aangezien zij haar onderzoek van de relevante markt hoofdzakelijk heeft gebaseerd op de prijzen van geneesmiddelen en niet op de therapeutische substitueerbaarheid. Die grief berust op twee onderdelen, waarvan het eerste betrekking heeft op het feit dat de Commissie niet alle elementen van de economische context in aanmerking heeft genomen en het tweede op het feit dat de Commissie een buitensporig gewicht aan de prijsfactor heeft toegekend.

<sup>1369</sup> Met hun tweede grief betwisten zij vervolgens de stelling van de Commissie dat ACE-remmers vanuit therapeutisch oogpunt onvoldoende substitueerbaar waren. Zij uiten kritiek op het onderscheid tussen perindopril en andere ACE-remmers in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen, op het fenomeen van „inertie” van artsen ten aanzien van nieuwe patiënten, op de geringe veranderingsbereidheid van patiënten die een continue behandeling ondergaan en op het door de Commissie verrichte onderzoek van de promotionele inspanningen.

<sup>1370</sup> Met hun derde grief betwisten verzoeksters tot slot subsidiair de methodologische tekortkomingen van het econometrische onderzoek naar de natuurlijke gebeurtenissen dat de Commissie heeft verricht om aan te tonen dat de ACE-remmers geen aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenden op perindopril.

<sup>1371</sup> Alvorens in te gaan op elk van die drie grieven, dient in het kader van een reeks opmerkingen vooraf te worden herinnerd aan, ten eerste, de omvang van de toetsing door de Unierechter op het gebied van het mededingingsrecht en, ten tweede, de in de rechtspraak geformuleerde elementen voor het onderzoek van de afbakening van de relevante productmarkt, in het bijzonder in de farmaceutische sector, welke elementen tevens zullen worden gezien in het licht van de antwoorden van de partijen op de vragen van het Gerecht over de respectieve rol van de therapeutische substitueerbaarheid en de prijsfactoren in dat onderzoek.

#### *1) Opmerkingen vooraf*

##### *i) Omvang van de toetsing door de Unierechter*

<sup>1372</sup> Er zij aan herinnerd dat het recht van de Unie voorziet in een stelsel van rechterlijke toetsing van de besluiten van de Commissie inzake procedures op grond van artikel 102 VWEU (zie arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bij die rechterlijke toetsing is sprake van toetsing van de wettigheid van de handelingen van de instellingen zoals neergelegd in artikel 263 VWEU, welke toetsing krachtens artikel 261 VWEU kan worden aangevuld met volledige rechtsmacht wat betreft de in verordeningen neergelegde sancties (arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 71).

- <sup>1373</sup> Zoals het Hof reeds heeft verklaard, heeft de wettigheidstoetsing van artikel 263 VWEU betrekking op alle aspecten van de in procedures op grond van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU vastgestelde besluiten van de Commissie, welke door het Gerecht grondig, zowel juridisch als feitelijk, worden getoetst op basis van de door verzoekers aangevoerde middelen en rekening houdende met alle door verzoekers aangedragen informatie, ongeacht of het gaat om informatie van vóór of na het vastgestelde besluit en of die informatie reeds in de administratieve procedure dan wel pas in het bij het Gerecht ingestelde beroep wordt overgelegd, voor zover sprake is van informatie die relevant is voor de toetsing van de wettigheid van het besluit van de Commissie (arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 72).
- <sup>1374</sup> Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Unierechter volgens vaste rechtspraak weliswaar in het algemeen een volledige toetsing verricht om vast te stellen of aan de voorwaarden voor toepassing van de bepalingen inzake mededinging is voldaan, maar bij de toetsing van een ingewikkelde economische beoordeling door de Commissie niet anders kan dan zich beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arresten van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, EU:C:1985:327, punt 34; 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, EU:C:1987:490, punt 62, en 10 april 2008, Deutsche Telekom/Commissie, T-271/03, EU:T:2008:101, punt 185).
- <sup>1375</sup> Het Hof heeft geoordeeld dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge heeft wat economische vraagstukken betreft, maar dat dit niet wegneemt dat de Unierechter de interpretatie door de Commissie van economische gegevens mag toetsen. De Unierechter moet immers niet slechts nagaan of de bewijselementen waarop de Commissie zich baseert, materieel juist, betrouwbaar en coherent zijn, maar ook of deze elementen het relevante feitenkader vormen dat voor de beoordeling van een ingewikkelde situatie in aanmerking moet worden genomen, en of zij de eraan verbonden conclusies kunnen dragen (arresten van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 39; 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 54, en 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 54). Wanneer de Commissie voor de kwalificatie van een gedraging in het kader van de bepalingen van artikel 102 VWEU daadwerkelijk een belangrijke rol toekent aan een economische analyse van de mogelijkheid om met behulp van kortingen een concurrent uit te sluiten die even efficiënt is (criterium van de „as efficient competitor”; hierna: „AEC-criterium”), dient de Unierechter alle argumenten te onderzoeken die zijn aangevoerd door de onderneming die op grond van dat criterium is bestraft (zie in die zin arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 141-144).
- <sup>1376</sup> Voorts zij eraan herinnerd dat het, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, op het gebied van het mededingingsrecht aan de Commissie staat om in het geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de bewijzen te leveren die rechtens genoegzaam aantonen dat de feiten die een inbreuk vormen, zijn gepleegd. Eventuele twijfel die bij de rechter leeft, dient in het voordeel te spelen van de onderneming waaraan het besluit houdende vaststelling van een inbreuk is gericht (arresten van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie, C-89/11 P, EU:C:2012:738, punten 71 en 72, en 16 februari 2017, Hansen & Rosenthal en H&R Wax Company Vertrieb/Commissie, C-90/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:123, punten 17 en 18).
- <sup>1377</sup> Hoewel het bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels moet worden geleverd door de autoriteit die de inbreuk aanvoert, moet de onderneming die verweer voert tegen een vastgestelde inbreuk, het bewijs leveren dat aan de voorwaarden is voldaan om dat verweer te laten gelden, zodat die autoriteit andere bewijzen moet aanvoeren. En zelfs indien de bewijslast volgens die beginselen rust op de Commissie of de betrokken onderneming, kunnen de door een partij aangevoerde feiten van dien aard zijn dat zij de andere partij verplichten een verklaring of rechtvaardiging te geven, bij ontbreken

waarvan mag worden geconcludeerd dat aan de regels inzake de bewijslast is voldaan (zie arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punten 29 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>1378</sup> Indien de Commissie zich baseert op bewijs dat in beginsel toereikend is om het bestaan van de inbreuk aan te tonen, kan de enkele verwijzing door de betrokken onderneming naar het mogelijkerevijs voorvallen van een omstandigheid die de bewijskracht van dit bewijs kan aantasten, er dus niet toe leiden dat de Commissie het tegenbewijs moet leveren dat deze omstandigheid de bewijskracht van dat bewijs niet kon aantasten. De betrokken onderneming moet integendeel rechtens genoegzaam bewijzen dat de door haar aangevoerde omstandigheid zich heeft voorgedaan en dat deze omstandigheid afbreuk doet aan de bewijskracht van het bewijs waarop de Commissie zich baseert, tenzij een dergelijk bewijs niet kan worden geleverd ten gevolge van het gedrag van de Commissie zelf (arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie, C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 76).

<sup>1379</sup> Tot slot zij eraan herinnerd dat het Hof en het Gerecht in het kader van de wettigheidstoetsing krachtens artikel 263 VWEU in geen geval hun eigen motivering in de plaats kunnen stellen van die van de instelling die de handeling heeft verricht (arresten van 27 januari 2000, DIR International Film e.a./Commissie, C-164/98 P, EU:C:2000:48, punt 38; 24 januari 2013, Frucona Košice/Commissie, C-73/11 P, EU:C:2013:32, punt 89, en 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 73). Aangezien de wettigheidstoetsing van het bestreden besluit betrekking heeft op de motivering van dat besluit, kan de rechter noch ambtshalve, noch op verzoek van de instelling, gronden toevoegen aan de door de instelling in dat besluit gebruikte motivering.

*ii) Afbakening van een relevante productmarkt in de farmaceutische sector*

<sup>1380</sup> In de eerste plaats wordt de betrokken markt afgebakend ter bepaling van het kader waarbinnen de vraag moet worden beoordeeld of een bepaalde onderneming zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen (arrest van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, EU:C:1983:313, punt 37).

<sup>1381</sup> Volgens vaste rechtspraak moeten bij het onderzoek of een onderneming eventueel een machtspositie op een bepaalde markt bezit, de concurrentiemogelijkheden worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle producten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten kunnen worden vervangen (arresten van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, EU:C:1983:313, punt 37, en 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie, T-229/94, EU:T:1997:155, punt 54). De Commissie mag zich niet beperken tot een onderzoek van de objectieve kenmerken van de betrokken producten en diensten. Ook de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt moeten in aanmerking worden genomen teneinde na te gaan of de betrokken onderneming in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (arresten van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, EU:C:1983:313, punt 37, en 17 december 2003, British Airways/Commissie, T-219/99, EU:T:2003:343, punt 91).

<sup>1382</sup> Zoals bovendien uit punt 7 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt blijkt, omvat de relevante productmarkt alle producten of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als substitueerbaar worden beschouwd.

- 1383 Daarenboven is in punt 25 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt gepreciseerd dat de afbakening van de markt het resultaat is van een reeks bewijselementen aan de hand waarvan kan worden beoordeeld in hoeverre substitutie zou plaatsvinden. De contouren van de markt moeten worden afgebakend door empirisch bewijsmateriaal te onderzoeken en door alle informatie te gebruiken die voor de beoordeling van een concreet geval relevant kan zijn.
- 1384 In de punten 15 tot en met 19 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt preciseert de Commissie dat de marktbeepaling om procedurele en praktische redenen is toegespitst op de prijzen en in het bijzonder op de substitutie aan de vraagzijde welke voortvloeit uit kleine permanente wijzigingen van de betrokken prijzen. De Commissie verklaart dat zij voornemens is de substitueerbaarheid aan de vraagzijde theoretisch te beoordelen door uit te gaan van een hypothetische kleine, maar duurzame wijziging van 5 tot 10 % van de relatieve prijs van het product op basis waarvan de relevante markt is bepaald, en na te gaan of deze hypothetische verhoging rendabel zou kunnen zijn voor de hypothetische monopolist die het betrokken product aanbiedt. Deze economische test, zoals uiteengezet in punt 17 van de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, houdt in dat wanneer substitutie volstaat om de prijsverhoging onrendabel te maken wegens de eruit voortvloeiende daling van de afzet, de substitutieproducten moeten worden geacht aanzienlijke concurrentiedruk op het betrokken product uit te oefenen.
- 1385 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat de concurrentieverhoudingen in de farmaceutische sector andere mechanismen volgen dan die welke de concurrentiële interacties bepalen die normalerwijs plaatsvinden op markten die niet zo zwaar gereguleerd zijn (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 183). Zoals bovendien is beschreven in de mededeling van de Commissie van 8 juli 2009 met de titel „Samenvatting van het verslag over het sectorale onderzoek naar de farmaceutische sector”, is de farmaceutische sector immers „atypisch” in die zin dat de vraag naar receptgeneesmiddelen wordt gestuurd door de voorschrijvende artsen en niet door de eindgebruiker (de patiënt). Op hun beurt laten de artsen zich bij hun voorschrijfkeuzen hoofdzakelijk leiden door de werkzaamheid van de geneesmiddelen. Bijgevolg vormen naast prijsindicatoren niet-tarifaire factoren, zoals het therapeutische gebruik, relevante elementen voor de bepaling van de markt, voor zover zij de keuze van artsen bepalen (zie in die zin arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 187).
- 1386 Uit de rechtspraak blijkt bovendien dat de specifieke kenmerken van de mededinging in de farmaceutische sector geen afbreuk doen aan de relevantie van prijsgerelateerde factoren voor de beoordeling van de concurrentiedruk, met dien verstande dat deze factoren in hun specifieke context dienen te worden beoordeeld (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 183).
- 1387 In het kader van een procedure die is ingeleid voor misbruik van machtspositie in de farmaceutische sector kan de Commissie, teneinde de betrokken markt af te bakenen, haar beoordeling met name baseren op de grotere doeltreffendheid van het betrokken farmaceutische product, het verschil in therapeutisch gebruik ten opzichte van andere farmaceutische producten, de asymmetrische substitutie die de stijging van de verkoop van dat product en de overeenkomstige daling of stagnatie van de verkoop van andere producten kenmerkt en prijsgerelateerde indicatoren, zoals deze voortvloeien uit het geldende regelgevingskader (zie in die zin arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punten 61, 153, 182, 183, 203 en 219-222).
- 1388 Wat het therapeutische gebruik betreft, moeten voor de afbakening van de betrokken markt de verschillen en overeenkomsten in het gebruik tussen farmaceutische producten of productgroepen worden beoordeeld. De Commissie kan op goede gronden overwegen dat het verschil in therapeutisch gebruik tussen twee, voor de behandeling van dezelfde aandoeningen bestemde farmaceutische producten een bewijs is voor de conclusie dat de betrokken markt slechts één van die producten omvat (zie in die zin arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 153).



- 1389 Het Gerecht heeft de partijen verzocht om ter terechtzitting aan te geven wat in casu de respectieve rol van de therapeutische substitueerbaarheid en van de prijsfactoren was bij de afbakening van de relevante markt in de farmaceutische sector, met name in het licht van het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266).
- 1390 Zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft benadrukt, is de omstandigheid dat de door de prijzen uitgeoefende concurrentiedruk in de farmaceutische sector aanzienlijk wordt getemperd door, ten eerste, het belang dat voorschrijvende artsen hechten aan de therapeutische aspecten van geneesmiddelen voor de behandeling van eenzelfde aandoening en, ten tweede, het regelgevingskader dat de geneesmiddelenprijzen en de vergoeding van geneesmiddelen door zorgverzekeraars regelt, een voor het onderzoek van de relevante markt belangrijk gegeven dat de afbakening van kleine markten kan rechtvaardigen.
- 1391 Het feit dat die tempering deels voortvloeit uit het regelgevingskader kan niet aan die vaststelling afdoen. De omstandigheid dat het ontbreken van concurrentiedruk of de geringe omvang ervan zijn oorsprong vindt in het regelgevingskader dat bepaalt onder welke voorwaarden producten met elkaar in concurrentie treden, doet immers geen afbreuk aan het feit dat de vaststelling dat deze concurrentiedruk niet bestaat of onbeduidend is, relevant is in het kader van de bepaling van de markt. Wanneer vaststaat dat een groep producten geen aanzienlijke concurrentiedruk van andere producten ondervindt, zodat deze groep kan worden geacht een relevante productmarkt te vormen, is de aard van de factoren die deze groep producten voor aanzienlijke concurrentiedruk behoeden, of het type ervan, immers van weinig belang, aangezien de vaststelling dat een dergelijke concurrentiedruk ontbreekt de conclusie wettigt dat een onderneming met een machtspositie op de aldus bepaalde markt de belangen van de consumenten op deze markt zou kunnen aantasten door haar positie te misbruiken en aldus te verhinderen dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd (zie in die zin arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punten 97, 174 en 175).
- 1392 Hoewel het regelgevingskader van de farmaceutische sector de door de prijzen uitgeoefende concurrentiedruk tussen substitueerbare geneesmiddelen vaak tempert, bevat het niettemin mechanismen die die druk versterken door de afgifte van vergunningen voor het in de handel brengen van generieke geneesmiddelen te versoepelen, door ervoor te zorgen dat voor die geneesmiddelen veel lagere prijzen kunnen worden vastgesteld dan voor de oorspronkelijke referentiegeneesmiddelen en door de voorschrijvende artsen en de apothekers sterk aan te moedigen of zelfs te dwingen om het oorspronkelijke geneesmiddel te vervangen door de generieke versie ervan. Aldus kan heel eenvoudig de concurrentiedruk op de prijs en de verkopen van een oorspronkelijk geneesmiddel worden vastgesteld die voortvloeit uit de markttoetreding van de generieke versie ervan. In de onderhavige zaak staat bijvoorbeeld vast dat de toetreding van generiek perindopril in het Verenigd Koninkrijk tot een prijsverlaging van circa 90 % van perindopril heeft geleid. Niettemin kan die substitutie, wanneer de regelgeving hierin voorziet, slechts plaatsvinden tussen het oorspronkelijke referentiegeneesmiddel en de generieke versies ervan en niet tussen verschillende moleculen, evenmin wanneer de betrokken geneesmiddelen tot dezelfde therapeutische klasse behoren en dezelfde werkwijze hebben.
- 1393 Hoewel bij de afbakening van de relevante markt in de farmaceutische sector genoegzaam rekening moet worden gehouden met de relatief geringe druk die de prijzen als gevolg van met name het regelgevingskader uitoefenen, moet hierbij niettemin tevens rekening worden gehouden met een andere voor die sector specifieke factor, die essentieel is voor het analyseren van de concurrentiële interacties, namelijk de keuze van de behandeling door de voorschrijvende artsen, die zich niet hoofdzakelijk laten leiden door de kosten van de verkrijgbare geneesmiddelen en zelfs niet door een klassieke beoordeling van de prijskwaliteitverhouding van die geneesmiddelen, maar door hun perceptie van de therapeutische voor- en nadelen van die geneesmiddelen (zie naar analogie aangaande de afbakening van de relevante markt voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU, arrest van 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a., C-179/16, EU:C:2018:25, punt 65).

- 1394 Geneesmiddelen die op recept worden verstrekt, zijn immers geen producten zoals andere producten die vrij tussen verkopers en consumenten op een markt worden verhandeld en waarvan de prijs wordt vastgesteld op het punt waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten, maar producten die voor patiënten toegankelijk zijn via zorgprofessionals, te weten artsen en apothekers, en die overwegend collectief worden vergoed. De regels die de geneesmiddelenprijzen en de voorwaarden voor de vergoeding ervan door zorgverzekeraars bepalen, zijn een afspiegeling van de bijzondere aard van die producten, evenals de regels die de publiciteitsmogelijkheden voor die producten beperken of die bepalen dat zij worden verkocht in de apotheek onder de verantwoordelijkheid van apothekers.
- 1395 De vrije keuze van artsen uit de op de markt verkrijgbare oorspronkelijke geneesmiddelen of uit de oorspronkelijke geneesmiddelen en de generieke versies van andere moleculen, en het prioritair belang dat voorschrijvende artsen aan de therapeutische aspecten hechten, kunnen in voorkomend geval tot een aanzienlijke concurrentiedruk van kwalitatieve, niet-tarifaire aard leiden, die buiten de gebruikelijke prijsdrukmechanismen om wordt uitgeoefend. Van een dergelijke druk kan zowel sprake zijn in het geval dat de therapeutische voordelen van een geneesmiddel duidelijk superieur blijken aan die van andere voor de behandeling van dezelfde aandoening verkrijgbare geneesmiddelen, als in het geval dat de verkrijgbare geneesmiddelen door de voorschrijvende artsen als gelijkwaardig worden erkend of beschouwd.
- 1396 Wanneer een geneesmiddel therapeutisch gezien duidelijk superieur blijkt aan andere geneesmiddelen of zelfs de enige door de wetenschappelijke wereld aanbevolen therapeutische optie is, is het immers mogelijk dat het ongeacht de prijs door de voorschrijvende artsen wordt gekozen, zelfs als die prijs aanmerkelijk hoger is dan die van andere verkrijgbare geneesmiddelen. De lage prijs van de andere geneesmiddelen, die op een klassieke markt weliswaar een sterke concurrentiedruk zou moeten uitoefenen, is dan niet van doorslaggevende invloed. Het prijsverschil tussen die producten is des te minder van belang, omdat de hoogte van de vergoeding de financiële druk van de gekozen behandeling op de patiënt verlicht. Hieruit volgt dat een farmaceutische onderneming waarvan het geneesmiddel niet langer door de praktiserende artsen als gunstig wordt erkend of beschouwd, en die zou proberen om haar prijs te verlagen in de hoop haar marktaandeel te behouden, vrijwel geen kans van slagen zou hebben. Anders gezegd kan een geneesmiddel waarvan de superioriteit wordt erkend, zelfs als het duurder zou zijn aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenen op de andere verkrijgbare geneesmiddelen voor de behandeling van eenzelfde aandoening. Zo heeft zowel de Commissie als het Gerecht in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266), vastgesteld dat de protonpompremmers (PPR's) vanwege hun therapeutische superioriteit boven die van de H2-blokkers en ondanks de veel hogere prijs van de PPR's, de H2-blokkers geleidelijk aan van de markt hebben kunnen uitsluiten. Omgekeerd is het mogelijk dat geneesmiddelen die niet (langer) in staat zijn om op therapeutisch vlak met het „vlaggenschipgeneesmiddel” te concurreren, geen concurrentiedruk meer op dat geneesmiddel uitoefenen. Dergelijke elementen kunnen rechtvaardigen dat dat geneesmiddel op zich één markt vormt, die zich beperkt tot de oorspronkelijke en de generieke versie van de molecule van dat geneesmiddel.
- 1397 Wanneer de voorschrijvende artsen voor de behandeling van eenzelfde aandoening de keuze hebben uit geneesmiddelen waarvan er geen als superieur aan de andere wordt erkend of beschouwd, met name omdat zij dezelfde werkingswijze hebben of omdat zij qua therapeutische voordelen of bijwerkingen niet van elkaar kunnen worden onderscheiden, berust het onderzoek van de mededinging tussen die geneesmiddelen tevens grotendeels op een kwalitatieve vergelijking. De keuze van de praktiserende arts wordt doorgaans niet in de eerste plaats bepaald door de respectieve kosten van die behandelingen, maar door de mate waarin zij therapeutisch gezien van elkaar verschillen, door de geschiktheid ervan voor het profiel van de patiënten, door de kennis van de arts van de verschillende geneesmiddelen, dan wel door zijn persoonlijke ervaringen of door die van zijn patiënten. Er is in principe immers geen duidelijke correlatie tussen de prijs van een geneesmiddel en het therapeutische belang ervan: een geneesmiddel is niet beter omdat het duurder is dan zijn concurrenten en is niet slechter dan zijn concurrenten vanwege zijn lagere prijs. De hogere prijs van

een nieuw geneesmiddel is overigens niet per definitie afhankelijk van de therapeutische innovaties die dat geneesmiddel zou toevoegen – vooral niet als het tot dezelfde therapeutische klasse als andere geneesmiddelen behoort en dezelfde werkingswijze als die geneesmiddelen heeft – en kan met name worden verklaard door de afschrijving van hogere onderzoeks- of productiekosten of door de hogere promotiekosten ten opzichte van die voor een ouder geneesmiddel.

1398 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft benadrukt, kan de prijsvariabele tussen als volstrekt gelijkwaardig erkende of beschouwde geneesmiddelen inderdaad van belang kan zijn. Een aanzienlijke, met name uit de markttoetreding van de generieke versie van een geneesmiddel voortvloeiende prijsdaling van dat geneesmiddel kan rechtvaardigen dat artsen aan dat geneesmiddel de voorkeur geven en dat de zorgverzekeraars en de regelgevende autoriteiten het voorschrijven van de generieke versie ervan stimuleren. Evenzo kan de toetreding van de generieke versie van een ander, als gelijkwaardig of als substitueerbaar erkend of beschouwd geneesmiddel de positie van het betrokken oorspronkelijke geneesmiddel op de markt in gevaar brengen. Dan kan er concurrentiedruk worden uitgeoefend door de prijs, en kan de handhaving van de prijs van het betrokken geneesmiddel een aanwijzing vormen dat de op dat geneesmiddel uitgeoefende concurrentiedruk gering is.

1399 Zoals verzoeksters ter terechtzitting terecht hebben aangevoerd, kan evenwel niet uit de enkele handhaving van de prijs van een geneesmiddel op de markt worden afgeleid dat het geen aanzienlijke concurrentiedruk ondervindt van de oorspronkelijke, noch de generieke versies van de als gelijkwaardig of als substitueerbaar beschouwde of erkende geneesmiddelen.

1400 Het feit dat artsen op basis van andere overwegingen dan kostenoverwegingen vrij tussen die geneesmiddelen kunnen kiezen, kan immers leiden tot grote verschillen in de gebruiksfrequentie van die producten, in de mate van loyaliteit van artsen aan die geneesmiddelen en in de perceptie die artsen op een bepaald moment bij hun voorschrijfbeslissingen hebben van de voordelen ervan. Aldus kunnen de beslissingen van artsen van aanzienlijke invloed zijn op de ontwikkeling van de respectieve marktaandeelen van de verschillende verkrijgbare geneesmiddelen en kunnen zij de farmaceutische ondernemingen in een positie plaatsen waarin zij afhankelijk zijn van de keuzen van de voorschrijvende artsen, net zoals iedere producent van een goed, in een situatie waarin de goederen eenvoudig substitueerbaar zijn, afhankelijk is van de consumenten.

1401 Dat is de reden dat de fabrikanten van die geneesmiddelen, die in hun commerciële strategie overigens een geringe rol toebedelen aan de prijs van hun product, vaak aanzienlijke inspanningen leveren om hun product te promoten teneinde de loyaliteit van voorschrijvende artsen te vergroten of nieuwe voorschrijvende artsen te werven, hetzij door middel van door die fabrikanten gefinancierd wetenschappelijk onderzoek waarin zij zich beijveren om hun product van die van hun concurrenten te onderscheiden, hetzij door middel van rechtstreeks bij voorschrijvende artsen verrichte promotionele activiteiten, die de meest diverse vormen kunnen aannemen. Die promotionele inspanningen vertegenwoordigen een aanzienlijk percentage, van soms bijna 30 %, van de omzet van de betrokken producten, wat de farmaceutische sector onderscheidt van andere sectoren waar de promotionele activiteiten niet dezelfde intensiteit hebben. Zoals verzoeksters hebben aangevoerd, kunnen dergelijke inspanningen een aanwijzing vormen dat sprake is van daadwerkelijke mededinging tussen de betrokken ondernemingen.

1402 In een dergelijke situatie, waarin sprake is van als gelijkwaardig of als substitueerbaar erkende of beschouwde geneesmiddelen, moet bij het marktonderzoek in het bijzonder worden gelet op elementen waarmee het bestaan van kwalitatieve of niet-tarifaire concurrentiedruk kan worden vastgesteld, die zich met name vertalen in inspanningen om nieuwe voorschrijvende artsen te werven die de eerste keuze van de behandeling maken, in de overstap op andere concurrerende geneesmiddelen door patiënten die voortdurend onder behandeling staan en in de intensiteit van de promotionele activiteiten voor een geneesmiddel wanneer gelijkwaardige of minder kostbare alternatieven bestaan.

<sup>1403</sup> Indien niet kan worden vastgesteld dat er sprake is van elementen als genoemd in punt 1402 hierboven, die wijzen op een niet-tarifaire concurrentiedruk, met name omdat artsen bij hun voorschrijfkeuzen blijken geven van een sterke inertie, die de oorzaak is van de loyaliteitseffecten die tot de marktafscherming leiden, kan het betrokken geneesmiddel, zolang de generieke versie ervan niet tot de markt toetreedt, voor daadwerkelijke concurrentiedruk worden behoed, des te meer daar het regelgevingskader de rol van de uit de prijzen voortvloeiende mededingingsfactoren tempert. Het kan dan gerechtvaardigd zijn om de relevante markt op het niveau van zowel de oorspronkelijke als de generieke versie van de molecule van een dergelijk geneesmiddel af te bakenen.

<sup>1404</sup> Uit de voorgaande uiteenzettingen volgt dat in de onderhavige zaak in antwoord op de argumenten van de verzoekende partijen en de Commissie moet worden nagegaan of er, zoals verzoeksters stellen, in de relevante periode geneesmiddelen bestonden die als gelijkwaardig aan perindopril werden erkend of beschouwd en perindopril bijgevolg eenvoudig konden vervangen, dan wel of perindopril zich door zijn therapeutische verdiensten voldoende van de concurrentie had onderscheiden, en moet worden nagegaan of er elementen zijn die wijzen op een door andere geneesmiddelen uitgeoefende niet-tarifaire concurrentiedruk op perindopril en die een ruimere afbakening van de markt kunnen rechtvaardigen dan die van enkel dat geneesmiddel, ondanks de door de Commissie benadrukte relatieve starheid van de perindoprilvraag ten aanzien van de prijs.

<sup>1405</sup> In het licht van al die in de punten 1380 tot en met 1404 hierboven uiteengezette overwegingen moeten de drie door verzoeksters opgeworpen hoofdgrievens worden onderzocht die zijn gericht tegen het door de Commissie in het bestreden besluit verrichte onderzoek van de relevante productmarkt.

*2) Eerste onderdeel van de eerste grief: niet-inaanmerkingneming van alle elementen van de economische context*

<sup>1406</sup> Met hun eerste grief stellen verzoeksters in wezen dat de Commissie het fundamentele beginsel heeft geschonden op grond waarvan voor de afbakening van de markt van farmaceutische producten rekening moet worden gehouden met de volledige economische context. De Commissie zou zich bovenmatig hebben gebaseerd op de prijs, zonder voldoende rekening te houden met de therapeutische substitueerbaarheid van de betrokken producten.

<sup>1407</sup> Meer in het bijzonder verwijten verzoeksters de Commissie in het eerste onderdeel van die grief dat zij in het kader van de afbakening van de markt geen rekening heeft gehouden met alle contextuele elementen. In het tweede onderdeel van de grief stellen verzoeksters dat de Commissie een buitensporig gewicht aan de prijsfactor heeft toegekend.

<sup>1408</sup> Om te beginnen moet de gegrondheid worden onderzocht van het eerste onderdeel van de grief, dat eraan is ontleend dat de Commissie voor de afbakening van de relevante markt niet alle elementen van de economische context in aanmerking heeft genomen. Voor de beoordeling van het relatieve gewicht dat de Commissie aan de prijsfactor heeft toegekend, zal het Gerecht daarentegen het tweede onderdeel van de grief onderzoeken na de wettigheid van het bestreden besluit te hebben beoordeeld voor wat betreft alle niet-tarifaire factoren die een rol kunnen spelen bij de afbakening van de relevante markt.

<sup>1409</sup> In casu moet dus worden onderzocht of de Commissie voor de afbakening van de relevante productmarkt de volledige economische context en in het bijzonder andere factoren dan de prijs in aanmerking heeft genomen.

<sup>1410</sup> Om te beginnen is de farmaceutische sector, zoals blijkt uit de in de punten 1380 tot en met 1404 hierboven uiteengezette overwegingen, een „atypische” sector waarvan de specifieke kenmerken voor de afbakening van de markt een benadering vereisen die berust op meerdere criteria, en in het bijzonder op het therapeutische gebruik van de producten.



- 1411 Allereerst moet aangaande de inaanmerkingneming van het therapeutische gebruik van de betrokken producten worden opgemerkt dat de Commissie in de overwegingen 2432 tot en met 2459 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat perindopril deel uitmaakte van de klasse van ACE-remmers, die zijn ingedeeld in ATC-niveau 3 van de WHO-classificatie. Op basis van door haar verzameld bewijs heeft de Commissie evenwel overwogen dat de geneesmiddelen die tot de klasse van ACE-remmers behoren geen homogene productgroep vormen, aangezien perindopril volgens de Commissie door de wetenschap werd erkend vanwege bepaalde kenmerken die het van andere ACE-remmers onderscheidde.
- 1412 Zoals met name blijkt uit de overwegingen 2496 tot en met 2513 van het bestreden besluit, die betrekking hebben op de overstappatronen, heeft de Commissie tevens rekening gehouden met het bestaan van zowel een „mechanisme van inertie” onder artsen en onder een groeiende groep voorschrijvende artsen die „loyaal” zijn aan perindopril dat de concurrentiedruk wat nieuwe patiënten betreft kan beperken, alsook met de geringe bereidheid van perindoprilgebruikende patiënten om over te stappen op een ander geneesmiddel.
- 1413 Bovendien heeft de Commissie in haar onderzoek van de relevante markt de promotionele inspanningen van Servier vermeld en onder meer overwogen dat uit de stabiliteit van de promotionele uitgaven kon worden opgemaakt dat geen sprake was van blootstelling aan een sterke concurrentiedruk.
- 1414 Tot slot heeft de Commissie in het kader van een analyse van de tarifaire natuurlijke gebeurtenissen overwogen dat de door de generieke versies van perindopril uitgeoefende druk als cruciaal moest worden beschouwd voor het onderzoek van de relevante markt, en dat het feit dat de door de generieke versies uitgeoefende druk groter was dan iedere andere potentiële druk er vanzelfsprekend toe leidde dat de relevante markt zich tot enkel de perindoprilmolecule beperkte (overweging 2546 van het bestreden besluit). Wat betreft de invloed van het regelgevingskader heeft de Commissie daarenboven opgemerkt dat het regelgevingskader de blootstelling van Servier aan de prijsdruk aanzienlijk had beperkt, waardoor Servier aldus vrij van iedere concurrentiedruk kon handelen (overweging 2527 van het bestreden besluit).
- 1415 Bijgevolg blijkt uit het bestreden besluit dat de Commissie zich niet enkel tot de prijsfactor heeft beperkt teneinde de relevante markt af te bakenen. In het bijzonder is het therapeutische gebruik van perindopril in aanmerking genomen als een voor het marktonderzoek relevant element. Hoewel verzoeksters, zoals blijkt uit het in de punten 1380 tot en met 1404 hierboven uiteengezette onderzoekskader, terecht opmerken dat voor de afbakening van de relevante markt rekening moet worden gehouden met de therapeutische kenmerken van geneesmiddelen, kunnen zij dus niet op goede gronden aanvoeren dat de Commissie in casu niet de volledige economische context en in het bijzonder niet het therapeutische gebruik van de geneesmiddelen in aanmerking heeft genomen.
- 1416 Van de onjuiste toepassing van het recht die verzoeksters de Commissie in dat verband verwijten, is dus geen sprake.
- 1417 Derhalve moet het eerste onderdeel van de eerste grief worden afgewezen.

*3) Tweede grief: niet-inaanmerkingneming door de Commissie van de therapeutische substitueerbaarheid van ACE-remmers*

- 1418 Met hun tweede grief voeren verzoeksters in wezen aan dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de onderlinge therapeutische substitueerbaarheid van ACE-remmers. In de eerste plaats stellen zij dat de Commissie ten onrechte heeft overwogen dat perindopril zich vanwege zijn bijzondere eigenschappen van andere ACE-remmers onderscheidde, in de tweede plaats dat de mededinging tussen ACE-remmers wat nieuwe patiënten betreft groot was, in de derde plaats dat de Commissie de

bereidheid van perindoprilgebruikers om van geneesmiddel te veranderen heeft onderschat, en tot slot dat promotionele activiteiten één van de wezenlijke dimensies zijn van de mededinging op de betrokken markt.

*i) Onderscheid tussen perindopril en andere ACE-remmers in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen*

<sup>1419</sup> De Commissie heeft in het bestreden besluit, en met name in de overwegingen 2449, 2499 en 2519, in wezen overwogen dat ACE-remmers op therapeutisch vlak een heterogene geneesmiddelklasse vormden, dat die heterogeniteit in verband kon worden gebracht met de verschillen in doeltreffendheid en individuele tolerantie, en dat het therapeutische gebruik van perindopril verschilde van dat van andere ACE-remmers. Zij heeft opgemerkt dat ACE-remmers weliswaar een geneesmiddelklasse vormden in de zin van het derde niveau van de door de WHO gebruikte ATC-classificatie, maar dat het evenwel onjuist zou zijn om ACE-remmers simpelweg als een homogene klasse te beschouwen. Volgens haar werd perindopril wetenschappelijk erkend vanwege bepaalde eigenschappen die het van andere ACE-remmers onderscheidde. Ter onderbouwing van die overwegingen heeft de Commissie zich met name gebaseerd op medische aanbevelingen, op een aantal wetenschappelijke onderzoeken, op interne documenten van Servier en op een enquête die is gehouden onder artsen die perindopril voorschrijven.

<sup>1420</sup> Verzoeksters betwisten de overweging van de Commissie dat perindopril met name vanwege de bijzondere eigenschappen ervan in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen, op therapeutisch vlak niet door andere ACE-remmers kan worden vervangen. Zij stellen dat ACE-remmers tot een homogene klasse behoren waarbinnen geen sprake is van een significant verschil dat zou kunnen rechtvaardigen dat de enkele perindopriilmolecule een markt op zich zou vormen.

<sup>1421</sup> Thans moeten alle relevante elementen worden onderzocht op basis waarvan kan worden beoordeeld of perindopril door de voorschrijvende artsen werd beschouwd als een geneesmiddel dat op therapeutisch vlak door andere ACE-remmers kon worden vervangen. In casu zal achtereenvolgens rekening worden gehouden met de in het bestreden besluit opgenomen algemene informatie over dat geneesmiddel, met het ATC-classificatiesysteem, met de medische aanbevelingen, met de medische onderzoeken, met het door bepaalde lokale autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk gevoerde beleid, met de interne documenten van Servier, met de door de Commissie gehouden enquête onder voorschrijvende artsen en met de antwoorden van de fabrikanten van andere ACE-remmers op de door de Commissie gestelde vragen.

<sup>1422</sup> In de eerste plaats wordt in de overwegingen 2143 tot en met 2164 van het bestreden besluit om te beginnen algemene informatie over perindopril uiteengezet die betrekking heeft op met name de werkingswijze, de belangrijkste indicaties, de contra-indicaties en de bijwerkingen van dat geneesmiddel.

<sup>1423</sup> Opgemerkt moet worden dat die algemene beschrijving van perindopril geen enkele informatie bevat waarmee perindopril van andere ACE-remmers kan worden onderscheiden.

<sup>1424</sup> Wat de bijwerkingen betreft, wordt in overweging 2149 van het bestreden besluit inderdaad opgemerkt dat perindopril volgens de medische literatuur doorgaans goed wordt getolereerd en de bijwerkingen ervan vergelijkbaar zijn met die van andere ACE-remmers, en dat Servier haar product in haar interne documenten heeft geprezen om de hoge mate van tolerantie en de mate waarin het juist wordt gebruikt. Niettemin moet worden benadrukt dat uit de medische literatuur zelf, die door de Commissie in overweging 2149 van het bestreden besluit wordt aangehaald, blijkt dat de bijwerkingen van perindopril vergelijkbaar zijn met die van andere ACE-remmers. In haar verweerschrift erkent de Commissie vervolgens uitdrukkelijk dat ACE-remmers vergelijkbare bijwerkingen hebben, hetgeen niet in het bestreden besluit is vermeld.

- 1425 Uit de in het bestreden besluit gepresenteerde algemene informatie over perindopril blijkt dus dat ACE-remmers qua werkingswijze, belangrijkste indicaties, contra-indicaties en bijwerkingen vergelijkbaar zijn.
- 1426 In de tweede plaats voorziet het ATC-classificatiesysteem – waarmee de mededingingsautoriteiten rekening houden voor de beoordeling van de onderlinge therapeutische substitueerbaarheid van geneesmiddelen en voor de afbakening van de relevante markt – in een indeling van farmaceutische producten in vijf verschillende niveaus en in een classificatie naar de organen waarop zij inwerken en naar hun chemische, farmacologische en therapeutische eigenschappen. Het derde niveau van de ATC-classificatie groepeerde farmaceutische producten naar hun therapeutische indicaties, het vierde niveau neemt de werkingswijze in aanmerking en het vijfde niveau definieert de engste klassen, die de individueel beschouwde werkzame stoffen bevatten.
- 1427 Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie betreffende de afbakening van de markt in de farmaceutische sector blijkt dat de analyse over het algemeen begint vanaf het derde niveau. Niettemin kunnen de andere niveaus van de ATC-classificatie eveneens in aanmerking worden genomen wanneer blijkt dat een voldoende sterke concurrentiedruk wordt uitgeoefend op andere niveaus en dat het derde niveau bijgevolg geen correcte afbakening van de markt mogelijk maakt (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 154).
- 1428 In casu heeft de Commissie haar analyse niet beperkt tot het derde niveau van de ATC-classificatie, maar heeft zij de relevante markt afgebakend op het vijfde niveau van die classificatie, te weten de perindopril-molecule, de werkzame stof van Coversyl. Hoewel het op zich niet laakbaar is om de relevante markt op het vijfde niveau van de ATC-classificatie af te bakenen, moet worden vastgesteld dat alle ACE-remmers, waarvan er zestien zijn, zowel op het derde niveau van de ATC-classificatie, dat overeenkomt met de therapeutische indicaties, als op het vierde niveau van die classificatie, dat overeenkomt met de werkingswijze, in eenzelfde groep met de naam „remmers van het angiotensine-converterend enzym” zijn ingedeeld.
- 1429 Aldus kan, wat het therapeutische gebruik betreft, op basis van het ATC-classificatiesysteem geen onderscheid van welke aard dan ook worden gemaakt tussen perindopril en de andere ACE-remmers. Dat systeem bevestigt dat ACE-remmers wat indicaties en werkingswijze betreft niet van elkaar verschillen, hetgeen overigens niet wordt betwist.
- 1430 In de derde plaats houdt de analyse van de relaties tussen de verschillende geneesmiddelen tegen hypertensie rekening met de relevante medische aanbevelingen, zoals de Commissie in overweging 2172 van het bestreden besluit terecht benadrukt.
- 1431 De medische aanbevelingen zijn bedoeld om artsen deugdelijke informatie te verstrekken die hen in hun dagelijkse praktijk kan helpen bij het nemen van beslissingen. Zij berusten op alle beschikbare bronnen van wetenschappelijk bewijs, waaronder de belangrijke klinische onderzoeken en de meta-analyses ervan, en geven een overzicht van de medische kennis die in de onderzochte periode beschikbaar was.
- 1432 De Commissie heeft in het bestreden besluit een analyse verricht van de gemeenschappelijke aanbevelingen van de WHO en de International Society of Hypertension (ISH) uit 1999, van de aanbevelingen van de European Society of Hypertension (ESH) en de European Society of Cardiology (ESC) uit 2003 en 2007, van de aanbevelingen van de British and Irish Hypertension Society (BIHS) uit 1999 en 2004 en van de aanbevelingen van het National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE, nationaal instituut voor gezondheid en klinische excellentie, Verenigd Koninkrijk) uit 2004 en 2006.

- 1433 De gemeenschappelijke aanbevelingen van de WHO en de International Society of Hypertension (ISH) uit 1999 vermelden dat ACE-remmers dezelfde belangrijkste en secundaire indicaties, en dezelfde belangrijkste en secundaire contra-indicaties hebben. Het bestreden besluit noemt uit die aanbevelingen geen enkel element waarmee ACE-remmers van elkaar kunnen worden onderscheiden.
- 1434 In de aanbevelingen van de European Society of Hypertension (ESH) en de European Society of Cardiology (ESC) uit 2003 en 2007, die door de nationale cardiologieverenigingen in onder meer Frankrijk, Nederland en Polen zijn goedgekeurd, wordt een globale analyse gemaakt van de eigenschappen, de werking en de indicaties van alle ACE-remmers en wordt niet specifiek één van de moleculen van die geneesmiddelklasse aangeraden. In die aanbevelingen wordt tussen de geneesmiddelen uit de klasse van ACE-remmers, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de geneesmiddelen uit de klasse van calciumantagonisten en diuretica, geen enkele onderverdeling gemaakt. Die aanbevelingen raden aan om van geneesmiddelklasse te veranderen indien een geneesmiddel niet werkt of niet wordt getolereerd.
- 1435 Het klopt dat de aanbevelingen van de European Society of Hypertension (ESH) en de European Society of Cardiology (ESC) preciseren dat er zelfs binnen eenzelfde geneesmiddelklasse verschillen tussen de afzonderlijke producten zijn wat typen bijwerkingen en de frequentie ervan betreft. Die overweging heeft evenwel niet specifiek betrekking op de klasse van ACE-remmers en bevat geen enkele verduidelijking aangaande de betrokken geneesmiddelen en de aard van de betrokken bijwerkingen. De enkele verwijzing naar de aanbevelingen in verband met het verschil in bijwerkingen tussen verschillende producten uit eenzelfde geneesmiddelklasse volstaat derhalve niet om te kunnen vaststellen dat wat bijwerkingen betreft sprake is van een concreet verschil tussen perindopril en andere ACE-remmers.
- 1436 Evenzo beweert de Commissie in overweging 2181 van het bestreden besluit dat volgens de aanbevelingen van de European Society of Hypertension (ESH) en de European Society of Cardiology (ESC) bij de keuze van een geneesmiddel tegen hypertensie rekening moet worden gehouden met de individuele patiënt, wat van aanzienlijk belang zou zijn voor de beoordeling van de relevante markt. Maar uit de vermelding in die aanbevelingen dat de gevoeligheid voor bepaalde bijwerkingen van persoon tot persoon verschilt, kan niet worden afgeleid dat ACE-remmers wat bijwerkingen betreft van elkaar zouden verschillen. Hieruit volgt dat de Europese aanbevelingen voor de behandeling van hypertensie geen enkel element bevatten waarmee perindopril wat therapeutisch gebruik betreft van andere ACE-remmers kan worden onderscheiden.
- 1437 De aanbevelingen van de British and Irish Hypertension Society (BIHS) uit 1999 en 2004 vermelden het bestaan van indicaties, contra-indicaties en bijwerkingen – zoals hoesten – die alle geneesmiddelen uit de klasse van ACE-remmers met elkaar gemeen hebben. De aanbevelingen van het NICE uit 2004 en 2006 adviseren geneesmiddelen die in eerste en in twee instantie moeten worden voorgeschreven, maar maken dienaangaande geen enkel onderscheid tussen de verschillende ACE-remmers.
- 1438 De in het bestreden besluit geanalyseerde medische aanbevelingen, die de praktiserende artsen voorzien van deugdelijke informatie die berust op alle beschikbare bronnen van wetenschappelijk bewijs, waaronder de belangrijke klinische onderzoeken en de meta-analyses ervan, maken dus geen enkel onderscheid tussen de geneesmiddelen uit de klasse van ACE-remmers. Evenals de ATC-classificatie bevestigen die aanbevelingen de homogeniteit van de klasse van ACE-remmers wat therapeutisch gebruik betreft.
- 1439 In de vierde plaats heeft de Commissie in het bestreden besluit medische onderzoeken naar perindopril geanalyseerd, waaronder zowel onderzoeken die bij aanvang van de onderzochte periode beschikbaar waren als onderzoeken die tussen 2000 en 2010 zijn gepubliceerd.



- 1440 Wat betreft de medische onderzoeken naar perindopril die aan het begin van de periode 2000-2010 beschikbaar waren, baseert het bestreden besluit zich op twee in 2001 gepubliceerde artikelen.
- 1441 Het eerste artikel vermeldt onder meer dat perindopril een ACE-remmer is die goed wordt getolereerd en die voor patiënten met milde tot matige hypertensie in termen van klinische respons significant beter is dan captopril en even doeltreffend is als andere ACE-remmers. Het tweede artikel preciseert dat de bloeddrukverlagende werking van perindopril vergelijkbaar is met of beter is dan die van andere middelen tegen hypertensie uit dezelfde therapeutische klasse, en dat hypotensie bij een eerste dosis als gevolg van een extreme bloeddrukverlaging minder vaak voorkomt met perindopril dan met andere ACE-remmers, wat voor bepaalde groepen patiënten een voordeel is.
- 1442 Het bestreden besluit maakt hieruit op dat op de publicatiedatum van die artikelen reeds een omvangrijk wetenschappelijk corpus bestond dat suggereerde dat perindopril als een eersterangs ACE-remmer moest worden beschouwd. Niettemin moet worden vastgesteld dat hoewel die twee artikelen perindopril wat bloeddrukverlaging betreft inderdaad als doeltreffend of als beter dan andere behandelingen beschouwen, slechts één van beide artikelen die superioriteit van perindopril noemt en enkel ten opzichte van één van de zestien ACE-remmers, te weten captopril. Bovendien kan op basis van die artikelen niet worden beweerd dat perindopril zich wat bloeddrukverlaging betreft in positieve zin onderscheidt van andere ACE-remmers, en met name van geneesmiddelen als ramipril, lisinopril of enalapril, die Servier als concurrenten van perindopril beschouwt.
- 1443 Daarenboven beweert het tweede artikel weliswaar dat perindopril zich wat betreft hypotensie bij een eerste dosis als gevolg van een extreme bloeddrukverlaging in positieve zin onderscheidt van andere ACE-remmers, maar maakt het niet duidelijk welk belang aan die relatieve superioriteit van perindopril moet worden gehecht en onderzoekt het niet de mogelijke therapeutische voordelen van de andere ACE-remmers ten opzichte van perindopril.
- 1444 Wat betreft het medische onderzoek dat is gepubliceerd tussen 2000 en 2010, dat wil zeggen in de onderzochte periode, geeft de Commissie in overweging 2208 van het bestreden besluit aan dat zij een analyse heeft verricht van de belangrijkste onderzoeken naar perindoprilgebruik die in de interne strategiedocumenten van Servier worden genoemd.
- 1445 Zo blijkt uit het Progress-onderzoek (gepubliceerd in 2001), het Europa-onderzoek (gepubliceerd in 2003), het ASCOT-BPLA-onderzoek (gepubliceerd in 2005), het Preami- en CAFE-onderzoek (gepubliceerd in 2006), het Advance-onderzoek (gepubliceerd in 2007) en het HYVET-onderzoek (gepubliceerd in 2008) dat er wetenschappelijk bewijs bestond voor de doeltreffendheid van perindopril – al dan niet in combinatie met andere geneesmiddelen – bij het verkleinen van de kans op een cerebrovasculair accident (CVA), bij het voorkomen van risico's op grote cardiovasculaire gebeurtenissen die tot coronaire aandoeningen leiden en bij de progressieve vermindering van de vormverandering van de linkerhartkamer.
- 1446 Niettemin wordt in geen van de in punt 1445 hierboven genoemde medische onderzoeken de doeltreffendheid van perindopril vergeleken met die van andere ACE-remmers, dan wel beweerd dat perindopril relatief doeltreffender is dan andere ACE-remmers. In die omstandigheden kan op basis van de door de Commissie geanalyseerde onderzoeken niet worden overwogen dat perindopril zich qua doeltreffendheid van andere ACE-remmers zou onderscheiden.
- 1447 Bovendien zijn in het bestreden besluit niet alle verrichte onderzoeken naar het gebruik van perindopril tussen 2000 en 2010 geanalyseerd, en is met name één van die onderzoeken, dat voor dat geneesmiddel niet gunstig blijkt, niet door de Commissie onderzocht, namelijk het PEP-CHF-onderzoek (gepubliceerd in 2006), dat de doeltreffendheid van perindopril bij de behandeling van hartfalen moest aantonen. Volgens het in opdracht van Servier door professor V. opgestelde rapport, dat Servier in het kader van haar opmerkingen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt, hebben de resultaten van dat onderzoek – dat is onderbroken,

maar waarvan de resultaten niettemin zijn gepubliceerd – geenszins aangetoond dat perindopril op het gebied van hartfalen doeltreffende is. Dat medische onderzoek leidt tot relativering van het wetenschappelijke bewijs van doeltreffendheid dat in de onderzochte periode voor perindopril beschikbaar was.

- 1448 Bovendien zijn in het bestreden besluit niet de tussen 2000 en 2010 gepubliceerde medische onderzoeken naar het gebruik van andere ACE-remmers onderzocht, terwijl die onderzoeken werden genoemd in de interne strategiedocumenten van Servier. De Commissie heeft geen analyse verricht van de in overweging 2234 van het bestreden besluit genoemde medische onderzoeken naar ramipril (ASCOT-BPLA, HOPE), enalapril (SOLVD en ANBP2) en trandolapril (TRACE). Het Cochrane-onderzoek, dat Servier heeft genoemd in het kader van haar opmerkingen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en waarin de relatieve doeltreffendheid tegen hypertensie van veertien ACE-remmers wordt onderzocht, wordt niet in het bestreden besluit genoemd.
- 1449 Het feit dat de Commissie de onderzoeken naar het gebruik van andere ACE-remmers niet heeft geanalyseerd staat er, ten overvloede, aan in de weg dat de in het bestreden besluit gepresenteerde medische onderzoeken worden geacht aan te tonen dat perindopril ten opzichte van andere ACE-remmers bijzonder doeltreffend is.
- 1450 Van die onderzoeken is het HOPE-onderzoek (gepubliceerd in 2000) niet door de Commissie onderzocht, terwijl het herhaaldelijk in de interne strategiedocumenten van Servier is aangehaald en het volgens de beleidsplannen van Servier een belangrijk onderzoek is, dat heeft geleid tot een nieuwe indicatie van ramipril – die heeft bijgedragen aan een belangrijk commercieel succes – en dat door Sanofi-Aventis is gebruikt in het kader van een campagne voor de promotie van de levensreddende eigenschappen van ramipril. Anders dan de Commissie stelt, is de inhoud van het HOPE-onderzoek niet in het bestreden besluit onderzocht en wordt in overweging 2493 enkel benadrukt dat de mogelijke interpretatie van dat onderzoek in zeer grote mate afhangt van de wijze waarop de onderzoeken aan de voorschrijvende artsen worden gecommuniceerd in het kader van de promotionele inspanningen van de fabrikanten, welke overweging geen analyse is van de inhoud van dat onderzoek.
- 1451 Het Cochrane-onderzoek (gepubliceerd in april 2009) is een medische meta-analyse die de relatieve doeltreffendheid van ACE-remmers op het gebied van bloeddrukverlaging beoordeelt op basis van 92 eerdere onderzoeken naar veertien ACE-remmers. Opgemerkt moet worden dat bloeddrukverlagende werking duidelijk een wezenlijk element is voor de beoordeling van de relatieve doeltreffendheid van ACE-remmers. Zoals verzoeksters terecht benadrukken, concludeert het Cochrane-onderzoek dat, wat doeltreffendheid tegen hypertensie betreft, geen enkele ACE-remmer beter of slechter blijkt te zijn dan de andere remmers. Hoewel het Cochrane-onderzoek aan het einde van de onderzochte periode is gepubliceerd, is het niettemin relevant voor de beoordeling van de relatieve doeltreffendheid van ACE-remmers, aangezien het is gebaseerd op een groot aantal eerdere onderzoeken, waaronder die onderzoeken die de Commissie niet in het bestreden besluit heeft onderzocht.
- 1452 De Commissie stelt dat volgens de conclusie van het Cochrane-onderzoek niet kan worden uitgesloten dat er wat bloeddrukverlagende werking betreft verschillen bestaan tussen twee of meerdere betrokken geneesmiddelen, en stelt dat, ter vaststelling van het al dan niet bestaan van dergelijke verschillen tussen de afzonderlijke geneesmiddelen, vergelijkende bloeddrukverlagingstests zouden moeten worden uitgevoerd met gelijke doses van de verschillende ACE-remmers. Dat argument moet worden verworpen, aangezien de uit het onderzoek afkomstige overweging dat er onzekerheid bestaat over het verschil in bloeddrukverlagende werking tussen ACE-remmers voorkomt in het gedeelte „Bespreking” van het onderzoek en niet één van de conclusies ervan is. Het relevante punt van het gedeelte „Bespreking” van het onderzoek wordt afgesloten met de vaststelling dat het zeer waarschijnlijk is dat met de verschillende ACE-remmers dezelfde bijna-maximale bloeddrukverlaging wordt gerealiseerd.

- 1453 Daarenboven overweegt de Commissie dat het Cochrane-onderzoek het vraagstuk van de bijwerkingen niet correct heeft kunnen analyseren op basis van de gegevens waarover de auteurs ervan beschikten. Die omstandigheid heeft echter hoe dan ook geen gevolgen voor de in het onderzoek getrokken conclusie dat geen sprake is van een significant verschil tussen ACE-remmers wat bloeddrukverlaging betreft. Wat bovendien het argument van de Commissie betreft dat het onderzoek laat zien dat er tussen ACE-remmers verschillen bestaan wat betreft relatie dosis-doeltreffendheid, verkrijgbaarheid in verschillende doseringen en werkingsnelheid, moet worden opgemerkt dat het onderzoek niet benadrukt dat er op therapeutisch vlak significante verschillen tussen ACE-remmers zijn en daarentegen concludeert dat aanzienlijke besparingen kunnen worden gerealiseerd door de goedkoopste ACE-remmer in de kleinste dosis voor te schrijven.
- 1454 Aldus kan het betoog van de Commissie niet afdoen aan één van de wezenlijke, uitdrukkelijk in de conclusies en in de samenvatting van het Cochrane-onderzoek geformuleerde vaststellingen dat geen enkele ACE-remmer qua doeltreffendheid tegen hypertensie beter of slechter blijkt te zijn dan de andere ACE-remmers.
- 1455 Dat er met name qua doeltreffendheid geen verschil is tussen perindopril en de andere ACE-remmers wordt bevestigd door het in opdracht van Servier door professor V. opgestelde rapport, dat niet door de Commissie wordt betwist. Dat rapport, dat de resultaten van de medische onderzoeken naar perindoprilgebruik analyseert, alsook de resultaten van de tussen 1980 en 2010 verrichte medische onderzoeken naar het gebruik van andere ACE-remmers, waaronder het SAVE-onderzoek naar captopril, het AIRE- en HOPE-onderzoek naar ramipril en het Consensus- en SOLVD-onderzoek naar enalapril, vermeldt dat alle ACE-remmers, met uitzondering van captopril en in veel mindere mate enalapril, compatibel zijn bij één toediening per dag voor de twee belangrijkste indicaties van die klasse, te weten arteriële hypertensie en hartfalen. Net als het Cochrane-onderzoek benadrukt het rapport dat de medische onderzoeken geen enkel verschil in doeltreffendheid tegen hypertensie aantonen tussen de verschillende ACE-remmers. Dat rapport vermeldt dat volgens het beschikbare onderzoek naar captopril, enalapril, ramipril, quinapril en lisinopril, alle ACE-remmers uit die therapeutische klasse dezelfde gunstige werking hebben op het gebied van hartfalen. Hoewel er bewijs bestaat voor de doeltreffendheid van perindopril bij het voorkomen van cardiovasculaire aandoeningen, is er daarentegen geen bewijs voor de doeltreffendheid van perindopril tegen hartfalen.
- 1456 Het rapport van professor V. concludeert dat de therapeutische werking van elk van de vijf voor de behandeling van arteriële hypertensie gebruikte therapeutische klassen, en in het bijzonder die van de klasse van ACE-remmers, kan worden toegeschreven aan de werking van de klasse en niet aan de individuele eigenschappen van de voorgeschreven moleculen. Volgens dat rapport zijn er voor ramipril de meeste gegevens beschikbaar die op wetenschappelijk bewijs uit gerandomiseerd klinisch onderzoek berusten, en is die tweede-generatie-ACE-remmer dankzij zijn uitstekende farmacologische profiel en de hoge kwaliteit van zijn bewijsmateriaal – vooral op het gebied van hartfalen – de onbetwiste nummer één geworden op de markt van geneesmiddelen tegen hypertensie. Perindopril is volgens dat rapport een ACE-remmer als alle andere, die noch de krachtigste, noch de ACE-remmer met het beste farmacologische profiel is. Voor perindopril zijn op bewijs berustende gegevens op het gebied van cardiovasculaire preventie beschikbaar, hoewel de verkregen resultaten niet per definitie aantonen dat de geobserveerde werking aan perindopril kan worden toegeschreven. Daarentegen zijn er geen op bewijs berustende gegevens beschikbaar op het gebied van hartfalen en diabetische nefropathie.
- 1457 Uit het voorgaande volgt dat niet uit het gepubliceerde medische onderzoek blijkt dat perindopril op therapeutisch vlak en met name wat doeltreffendheid betreft van andere ACE-remmers verschilt. De analyse van de medische onderzoeken toont bovendien aan dat er weliswaar bewijs beschikbaar is voor de doeltreffendheid van perindopril, maar dat dit ook geldt voor andere ACE-remmers, zoals enalapril, lisinopril of ramipril, waarbij daarenboven voor laatstgenoemde remmer meer bewijs bestaat voor de doeltreffendheid ervan op het gebied van hartfalen.

- 1458 In de vijfde plaats stellen verzoeksters dat het beleid dat door lokale gezondheidszorgautoriteiten in het Verenigd Koninkrijk is geïmplementeerd, bevestigt dat perindopril vanuit therapeutisch oogpunt kan worden vervangen door andere ACE-remmers. Ter ondersteuning van hun betoog overleggen zij meerdere bijlagen die betrekking hebben op het door „primary care trusts” (PCT’s, lokale zorgautoriteiten, Verenigd Koninkrijk) geïmplementeerde beleid.
- 1459 Dienaangaande stelt de Commissie, ten eerste, dat de door verzoeksters overgelegde bijlage C29 betreffende de PCT’s in Schotland en Noord-Ierland als niet-ontvankelijk van de hand moet worden gewezen en, ten tweede, dat het gebruik door verzoeksters van de bijlagen A286, A287 en C29, die betrekking hebben op het door de lokale autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk geïmplementeerde beleid, onverenigbaar is met artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en met artikel 76 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 1460 Volgens artikel 85, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering kunnen de hoofdpartijen in de repliek en in de dupliek nog bewijs overleggen of aanbieden hun stellingen nader te bewijzen, mits de vertraging waarmee dit geschiedt, wordt gerechtvaardigd. Volgens de rechtspraak is de vervalregel van die bepaling evenwel niet van toepassing op het tegenbewijs en nadere bewijsaanbiedingen na tegenbewijs in het verweerschrift van de tegenpartij. Deze bepaling betreft namelijk nieuwe bewijsaanbiedingen en moet worden gezien in het licht van artikel 92, lid 7, van dat Reglement, dat uitdrukkelijk bepaalt dat het tegenbewijs vrij staat en nadere bewijsaanbiedingen zijn toegelaten (arresten van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punten 71 en 72, en 5 december 2006, Westfalen Gassen Nederland/Commissie, T-303/02, EU:T:2006:374, punt 189).
- 1461 De stelling dat het in bijlage C29 opgenomen bewijsmateriaal betreffende de PCT’s in Schotland en Noord-Ierland in strijd met artikel 85, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering door verzoeksters in de repliek zou zijn verstrekt, kan in casu niet als grond dienen voor de niet-ontvankelijkverklaring van dat bewijsmateriaal. Zoals verzoeksters in punt 417 van de repliek aangeven, is het bewijs in bijlage C29 immers verstrekt in antwoord op de in het verweerschrift van de Commissie geuite kritiek dat het door de PCT’s geïmplementeerde beleid op zichzelf staat en enkel een theoretische impact heeft. De vervalregel van artikel 85, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering is dus niet van toepassing op dat bewijs, zodat het betrokken bewijsmateriaal ontvankelijk is.
- 1462 Aangaande vervolgens het gebruik van de bijlagen A286 en A287 bij het op 21 september 2014 ingediende verzoekschrift, die betrekking hebben op de aanbevelingen en het geïmplementeerde beleid van de lokale autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk, moet worden vastgesteld dat het gebruik ervan verenigbaar is met artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en met artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991, dat destijds van kracht was. Evenzo is het gebruik van bijlage C29, die bij de op 29 juli 2015 ingediende repliek was gevoegd en die betrekking heeft op de documenten die afkomstig zijn van de PCT’s in Schotland en Noord-Ierland, in overeenstemming met artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en met artikel 76 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Voor de ontvankelijkheid van een beroep is het volgens vaste rechtspraak noodzakelijk dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken. Deze uitlegging van artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991 ziet ook op de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de repliek, die dient om het verzoekschrift aan te vullen (arrest van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, EU:T:2007:289, punten 94 en 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In casu zijn de bijlagen A286, A287 en C 29 weliswaar omvangrijk en bevatten zij meerdere documenten, maar zijn de door verzoeksters aangevoerde argumenten feitelijk en rechtens opgenomen in de tekst van het verzoekschrift en vervolgens in de tekst van de repliek. Door overlegging van die bijlagen – die stukken bevatten van de PCT’s in het Verenigd Koninkrijk,



waaronder van die uit Schotland en Noord-Ierland – onderbouwen verzoeksters hun betoog dat, ten eerste, de PCT's zich hebben uitgesproken over de therapeutische gelijkwaardigheid tussen perindopril en andere ACE-remmers en huisartsen hebben aangemoedigd om perindopril door andere ACE-remmers te vervangen en, ten tweede, dat beleid, dat niet op zichzelf staat, een daadwerkelijke impact heeft gehad op de vraag op lokaal niveau.

<sup>1463</sup> De Commissie kan dus niet op goede gronden stellen dat de door verzoeksters overgelegde bijlagen A286, A287 en C29 buiten de pleidooien moeten worden gelaten.

<sup>1464</sup> Voorts blijkt uit de stukken van het dossier, en met name uit overweging 2280 van het bestreden besluit, dat bepaalde PCT's zich vanaf 2005 uitdrukkelijk op het standpunt hebben gesteld dat perindopril niet doeltreffender was dan andere ACE-remmers en uit kostenoverwegingen hebben geadviseerd om andere ACE-remmers dan perindopril te gebruiken en zelfs om perindopril door een andere ACE-remmer, in het bijzonder door lisinopril of ramipril, te vervangen. De Commissie stelt ten onrechte dat de overwegingen en zienswijzen die uit de door verzoeksters overgelegde documenten met betrekking tot de PCT's naar voren komen, op zichzelf staan. Dat beleid, dat door bevoegde autoriteiten is geïmplementeerd en bovendien door een niet-verwaarloosbaar aantal PCT's in meerdere regio's van het Verenigd Koninkrijk wordt uitgevoerd, kan immers niet als een loutere individuele zienswijze worden beschouwd. Ongeacht de concrete gevolgen van de initiatieven van de PCT's, is het oordeel van die autoriteiten dat perindopril door andere ACE-remmers kan worden vervangen in tegenspraak met de door de Commissie verrichte analyse van de heterogeniteit van de klasse van ACE-remmers.

<sup>1465</sup> Bijgevolg bevestigt het beleid dat door lokale gezondheidszorgautoriteiten in het Verenigd Koninkrijk is geïmplementeerd, dat perindopril op therapeutisch vlak niet van andere ACE-remmers verschilt.

<sup>1466</sup> In de zesde plaats heeft de Commissie ten onrechte de interne documenten van Servier als argument gebruikt om aan te tonen dat perindopril vergeleken met andere ACE-remmers over bijzondere therapeutische eigenschappen beschikt.

<sup>1467</sup> Vooraf zij eraan herinnerd dat volgens de algemeen geldende bewijsregels de geloofwaardigheid en dus de bewijswaarde van een stuk afhangt van de herkomst ervan, van de omstandigheden waarin het is opgesteld, van degene tot wie het is gericht en van de redelijkheid en de geloofwaardigheid van de inhoud ervan (zie in die zin arresten van 24 oktober 1991, Atochem/Commissie, T-3/89, EU:T:1991:58, punten 31-38, en 11 maart 1999, Ensidesa/Commissie, T-157/94, EU:T:1999:54, punt 312; conclusie van rechter Vesterdorf in zijn hoedanigheid van advocaat-generaal in de zaak Rhône-Poulenc/Commissie, T-1/89, EU:T:1991:38).

<sup>1468</sup> In tegenstelling tot medische aanbevelingen zijn de interne documenten van Servier, voor zover de hierin opgenomen beoordelingen van het therapeutische gebruik van ACE-remmers zijn bedoeld om perindopril te promoten, geen afgewogen overzicht van wetenschappelijke kennis. Evenmin berusten zij, in tegenstelling tot medisch onderzoek, op methoden die de betrouwbaarheid van de verkregen resultaten moeten waarborgen. Bij de analyse van de fragmenten uit die interne documenten moet dus rekening worden gehouden met het feit dat sommige van die documenten promotionele doeleinden hebben.

<sup>1469</sup> Aldus blijkt uit de interne strategiedocumenten dat Servier de eigenschappen van perindopril positief heeft belicht in marketingboodschappen die zijn bestemd voor artsen. In de overzichtsdokumenten van de promotionele activiteiten van Servier worden de positieve resultaten van perindopril benadrukt en wordt onder verwijzing naar medisch onderzoek zelfs gesproken van een unieke werkingswijze, van het feit dat perindopril in positieve zin van zijn concurrenten kan worden onderscheiden en zelfs van een superioriteit van perindopril boven andere ACE-remmers op het vlak van onder meer de variantie-ratio van de plasmaconcentratie ervan, de doeltreffendheid op het gebied van bloeddrukverlaging, de synergie bij combinatie met een diureticum en cardiovasculaire bescherming.

- 1470 Zoals hiervoor is opgemerkt, moet bij de analyse van de inhoud van die boodschappen evenwel rekening worden gehouden met de promotionele doeleinden ervan. Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat de Commissie niet de bewering van verzoeksters betwist dat alle ACE-remmers in hun respectieve marketingboodschappen als de beste remmers werden gepresenteerd. Bovendien blijkt uit de interne strategiedocumenten van Servier, maar ook uit de in het dossier opgenomen beleidsplannen, lanceringsplannen en marketingboodschappen van andere ACE-remmers, dat de promotionele campagnes van andere ACE-remmers, zoals die van ramipril, lisinopril of trandolapril, ook zeer lovend zijn over de gepresenteerde therapeutische eigenschappen van die geneesmiddelen. In de promotionele campagnes van andere ACE-remmers worden die geneesmiddelen veelvuldig als een veel gekocht product en als een unieke ACE-remmer beschreven en worden zij als referentieproduct of als product van eerste keuze aangemerkt. Die communicatiecampagnes benadrukken de beweerde voordelen van het betrokken geneesmiddel binnen de klasse van ACE-remmers op het vlak van indicaties, doeltreffendheid of tolerantie. Zij maken soms rechtstreekse vergelijkingen met perindopril en sommige noemen de superioriteit van het geneesmiddel ten opzichte van perindopril. In die omstandigheden kan niet op basis van de inhoud van de in de interne strategiedocumenten van Servier genoemde promotieboodschappen van perindopril worden overwogen dat dat geneesmiddel zich op therapeutisch vlak van andere ACE-remmers onderscheidt.
- 1471 Uit de interne strategiedocumenten van Servier in hun geheel beschouwd, blijkt bovendien niet dat perindopril therapeutisch gezien superieur is aan andere ACE-remmers. Uit die documenten blijkt dat er dankzij onderzoeken als TRACE, AIRE of HOPE sterker bewijs voorhanden is voor de indicaties en doeltreffendheid van andere ACE-remmers, zoals ramipril, lisinopril en enalapril. Vooral ramipril wordt genoemd als een geneesmiddel waarvan is bewezen dat het doeltreffend is tegen hartfalen bij patiënten met een hoog cardiovasculair risico en bij patiënten met diabetes.
- 1472 Tot slot stelt de Commissie, met name in de overwegingen 2224 tot en met 2236 van het bestreden besluit, dat de promotionele campagnes volgens de interne documenten van Servier vooral tot doel hebben gehad om perindopril van andere ACE-remmers te onderscheiden. Uit diezelfde documenten blijkt evenwel dat die communicatiecampagnes perindopril in de ogen van artsen onvoldoende hebben kunnen onderscheiden van andere ACE-remmers. In die documenten wordt bijvoorbeeld een in juli 2007 onder huisartsen en cardiologen verricht kwalitatief onderzoek genoemd waaruit blijkt dat perindopril en ramipril als gelijkwaardig werden beschouwd. Het beleidsplan voor 2009-2010, dat aan het einde van de onderzochte periode is opgesteld, benadrukt dat er geen onderscheid is met ramipril. Wat Nederland betreft, vermelden de beleidsplannen voor 2006-2007, 2007-2008 en 2008-2009 dat veel huisartsen lisinopril als gelijkwaardig aan perindopril beschouwden.
- 1473 Bijgevolg blijkt niet uit de interne documenten van Servier dat perindopril werd erkend vanwege bijzondere therapeutische eigenschappen die het van andere ACE-remmers onderscheidden. Hoewel de onderneming, net als andere ondernemingen die ACE-remmers verhandelen, heeft geprobeerd om perindopril door middel van lovende communicatie te promoten en in positieve zin te onderscheiden, heeft die strategie perindopril volgens diezelfde documenten onvoldoende van andere ACE-remmers kunnen onderscheiden.
- 1474 In de zevende plaats heeft de Commissie haar beoordeling van de therapeutische substitueerbaarheid van perindopril gebaseerd op een onder voorschrijvende artsen gehouden enquête.
- 1475 Teneinde te bepalen tot wie de vragenlijsten moesten worden gericht, heeft de Commissie zich gebaseerd op een door Servier verstrekte lijst met perindoprilvoorschrijvende artsen, die met name alle cardiologen en huisartsen moest vermelden met wie Servier professionele en commerciële betrekkingen onderhield. Hoewel sommige van die lijsten vrijwel alle voorschrijvende artsen bevatten, is dit niet het geval voor de lijst met huisartsen uit Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk. Zoals Servier aanvoert, is er in die omstandigheden sprake van een systematische fout bij de selectie wat die twee groepen. Vastgesteld moet worden dat die systematische fout mogelijk van invloed is geweest op de

enquêteresultaten voor die twee groepen, voor zover artsen die professionele betrekkingen onderhouden met Servier er mogelijk vaker dan andere voorschrijvende artsen – die zich niet in die situatie bevinden – de voorkeur aan hebben gegeven om in het kader van hun beroepspraktijk perindopril voor te schrijven.

- 1476 Bovendien komt de presentatie van bepaalde enquêteresultaten niet overeen met de aan de voorschrijvende artsen gestelde vragen. Zo heeft de Commissie in overweging 2392 van het bestreden besluit het percentage respondenten vermeld voor wie perindopril de voorkeursbehandeling was voor de behandeling in eerste of in tweede instantie van essentiële (primaire) hypertensie, chronische ischemische hartziekten of hartfalen. Zonder te worden weersproken, benadrukken verzoeksters evenwel dat in de enquête zelf geen enkele „voorkeursbehandeling” wordt genoemd, maar wordt gevraagd voor welke cardiovasculaire aandoeningen „bij voorkeur perindopril, en geen andere behandeling, als eerstelijns-/tweedelijnsbehandeling” wordt voorgeschreven. Een positief antwoord op die vraag impliceert niet dat perindopril bij voorkeur boven andere ACE-remmers wordt voorgeschreven en geeft geen antwoord op de vraag wat het aandeel van perindopril is in de voorgeschreven eerstelijnsbehandelingen voor arteriële hypertensie. Een bevestigend antwoord op de vraag over de bijzondere doeltreffendheid van perindopril bij bepaalde groepen patiënten en op de vraag over de bij sommige groepen patiënten minder vaak voorkomende bijwerkingen, impliceert, gelet op de formulering van de vragen, evenmin per definitie dat perindopril zich volgens de voorschrijvende arts van andere ACE-remmers onderscheidde.
- 1477 Voorts blijkt uit de resultaten van die enquête dat volgens 51 % van de respondenten een gelijkwaardig geneesmiddel bestond voor 81 tot 100 % van hun patiënten die met een perindoprilbehandeling begonnen. Hieruit volgt dat het volgens een meerderheid van de ondervraagde artsen voor het overgrote deel van de patiënten die met een perindoprilbehandeling begonnen vanuit therapeutisch oogpunt mogelijk was om perindopril door een ander geneesmiddel te vervangen. De Commissie erkent bovendien in overweging 2454 van het bestreden besluit dat een meerderheid van de respondenten andere geneesmiddelen als gelijkwaardige therapeutische alternatieven voor perindopril beschouwde. De Commissie vermeldt tevens dat de praktiserende artsen in Frankrijk, Polen en het Verenigd Koninkrijk als alternatief meestal ramipril voorschreven en in Nederland meestal enalapril en lisinopril.
- 1478 Uit het voorgaande volgt dat de door de Commissie gehouden enquête niet de stelling ondersteunt dat perindopril zich van andere ACE-remmers onderscheidt.
- 1479 In de achtste plaats blijkt uit de in de overwegingen 2255 en verder van het bestreden besluit geanalyseerde antwoorden op de vragen die door de Commissie aan de fabrikanten van andere ACE-remmers zijn gesteld dat AstraZeneca – fabrikant van lisinopril – perindopril, net als vijf andere ACE-remmers, als een substituut voor haar lisinopril beschouwde tot aan de vervaldatum van haar octrooi. Evenzo heeft Merck Sharp & Dohme (MSD) – fabrikant van enalapril en lisinopril – verklaard dat Servier één van de ondernemingen is die met haar concurreert op het gebied van hypertensie, en dat het perindopril van Servier één van de behandelingen is die als alternatief kan worden gebruikt voor haar behandelingen tegen hypertensie. Zoals de Commissie in het bestreden besluit heeft opgemerkt, meent Sanofi-Aventis vervolgens weliswaar dat perindopril en ramipril niet „onderling substitueerbaar” zijn, maar houdt die bewering verband, ten eerste, met de beduidend grotere doelgroep die, gelet op de ruimere indicaties van ramipril op het gebied van cardiovasculaire sterfte, baat kan hebben bij dat geneesmiddel, en ten tweede, met het aanvankelijk ruimere assortiment doseringen van ramipril. Hoewel die elementen, zo deze al vaststaan, de mogelijkheden kunnen beperken om ramipril door perindopril te vervangen, kunnen zij hoe dan ook niet de mogelijkheden beperken om perindopril door ramipril te vervangen. Zij laten dus onverlet dat ramipril als een product kan worden beschouwd dat perindopril op therapeutisch vlak kan vervangen.

- 1480 Uit het voorgaande volgt dat de antwoorden van de originator-fabrikanten op de door de Commissie gestelde vragen bevestigen dat perindopril op therapeutisch vlak door andere ACE-remmers kan worden vervangen.
- 1481 Gelet op alle stukken van het dossier moet worden vastgesteld dat er op therapeutisch vlak, waaronder in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen, geen significant verschil bestaat tussen perindopril en andere ACE-remmers. Het dossier bevat geen objectief wetenschappelijk bewijs voor een therapeutische superioriteit van perindopril boven andere ACE-remmers. ACE-remmers worden door een ruime meerderheid van de voorschrijvende artsen als onderling substitueerbaar beschouwd en een groot aantal geneesmiddelen wordt door artsen als therapeutisch gelijkwaardig aan perindopril gezien. Bijgevolg heeft de Commissie ten onrechte overwogen dat de klasse van ACE-remmers een heterogene klasse was en dat perindopril binnen die klasse van geneesmiddelen over bijzondere therapeutische eigenschappen beschikte.
- 1482 Daarom moet het betoog van verzoeksters dat de Commissie bij de analyse van de therapeutische substitueerbaarheid van ACE-remmers een beoordelingsfout heeft gemaakt, worden aanvaard.

*ii) Verschijnsel van „inertie” van artsen wat nieuwe patiënten betreft*

- 1483 Uit overweging 2388, uit de overwegingen 2511 en verder alsook uit de overwegingen 2539 en verder van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie perindopril heeft aangemerkt als een „ervaringsgoed” dat bij nieuwe patiënten geringe concurrentiedruk ondervindt vanwege een welbekend verschijnsel van „inertie” van artsen. Hoewel artsen toegang hebben tot talrijke behandelingen, zouden zij namelijk van nature geneigd zijn om aan nieuwe patiënten geneesmiddelen voor te schrijven die in het verleden doeltreffend zijn gebleken.
- 1484 Volgens de Commissie had perindopril al vóór de onderzochte periode een groot bestand opgebouwd met continu behandelde patiënten. Het fenomeen van „inertie” van artsen, dat de onderlinge substitueerbaarheid van verkrijgbare behandelingen beperkt, zou een mechanisme zijn geweest dat de consolidatie van het bestand met perindoprilafnemers zou hebben mogelijk gemaakt. Het bestaan van een groeiende groep trouwe voorschrijvende artsen zou een verklaring zijn voor de continue groei van het bestand met perindoprilgebruikende patiënten.
- 1485 Verzoeksters betwisten die beoordeling van de Commissie door in wezen aan te voeren dat, wat nieuwe patiënten betreft, de concurrentie tussen fabrikanten van ACE-remmers groot was, en dat er geen sprake was van een „significante” inertie van artsen, maar de voorschrijvende artsen enkel niet prijsbewust waren.
- 1486 Vooraf moet worden opgemerkt dat het fenomeen van „inertie” van artsen, dat de Commissie omschrijft als de „natuurlijke” neiging om nieuwe patiënten geneesmiddelen voor te schrijven die bij voormalige patiënten tot goede resultaten hebben geleid, een element is dat, zoals de Commissie zelf in overweging 2540 van het bestreden besluit opmerkt, door de tijd heen kan variëren en afhankelijk is van het type aandoening. Het betreft een empirisch vraagstuk dat een grondig onderzoek per geval vereist.
- 1487 Zoals het Gerecht heeft geoordeeld in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266), kan de „inertie” waardoor het voorschrijfgedrag wordt gekenmerkt met name haar oorsprong vinden in de van nature voorzichtige houding van artsen ten opzichte van een nieuw product waarvan zij de eigenschappen nog niet goed kennen, en meer bepaald in hun aanzienlijke vrees voor de mogelijke bijwerkingen van dat product, bijvoorbeeld eventuele kankerverwekkende gevolgen (zie in die zin arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punten 91, 92 en 98).



- 1488 In de omstandigheden van het onderhavige geval moet dus worden nagegaan in hoeverre een fenomeen van „inertie” van artsen de onderlinge substitueerbaarheid van verkrijgbare behandelingen heeft kunnen beperken, en moet de door de Commissie als continue groei aangemerkte ontwikkeling van het bestand met perindoprilgebruikende patiënten worden verklaard.
- 1489 Zoals hiervoor is opgemerkt, blijkt in de eerste plaats niet uit de stukken van het dossier dat ACE-remmers op therapeutisch vlak een heterogene klasse vormden. Op therapeutisch vlak, waaronder in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen, is er juist geen significant verschil tussen perindopril en andere ACE-remmers. Aangezien de klasse van ACE-remmers niet heterogeen is, was er geen enkel element dat de speelruimte van artsen beperkte om andere ACE-remmers dan perindopril voor te schrijven. Uit de stukken van het dossier blijkt met name niet dat de andere ACE-remmers bijzondere vrees opriepen voor de eventuele bijwerkingen ervan. In die omstandigheden bestaat er in casu ten aanzien van het therapeutische gebruik of van de eventuele bijwerkingen van ACE-remmers geen bijzondere vrees, die tot een grote mate van „inertie” kon leiden van artsen die reeds de gelegenheid hadden gehad om perindopril voor te schrijven, wanneer die artsen ervoor kozen om nieuwe patiënten een willekeurige ACE-remmer voor te schrijven.
- 1490 Benadrukt moet worden dat de situatie van perindopril ten opzichte van andere ACE-remmers verschilt van die van PPR's ten opzichte van H2-blokkers in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, EU:T:2010:266). In die zaak werden PPR's en H2-blokkers immers op verschillende wijze gebruikt, aangezien PPR's voornamelijk werden voorgeschreven voor de behandeling van ernstige vormen van maagzuurgerelateerde maag- en darmaandoeningen, en H2-blokkers werden voorgeschreven voor de behandeling van minder ernstige of lichte vormen daarvan (zie in die zin arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 72). H2-blokkers konden geen aanzienlijke concurrentiedruk op PPR's uitoefenen, met name gelet op het belang dat artsen en patiënten hechtten aan de therapeutische superioriteit van PPR's (zie in die zin arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie, C-457/10 P, EU:C:2012:770, punt 58). In casu is geenszins bewezen dat perindopril ten opzichte van andere ACE-remmers over een therapeutische superioriteit beschikt die perindopril kan behoeden voor een aanzienlijke door ACE-remmers uitgeoefende concurrentiedruk wat nieuwe patiënten betreft.
- 1491 Bovendien is perindopril later op de markt gebracht dan meerdere andere ACE-remmers, en met name later dan lisinopril en enalapril op de markten van Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk en later dan enalapril op de markt van Polen. Perindopril kon dus ten opzichte van de eerder op de markt gebrachte ACE-remmers niet profiteren van een fenomeen van „inertie”, dat verband hield met de van nature voorzichtige houding van artsen ten opzichte van een nieuw product waarvan zij de eigenschappen nog niet goed zouden kennen.
- 1492 Aldus blijkt niet uit de stukken van het dossier dat perindopril ten opzichte van andere ACE-remmers kon profiteren van een bijzondere mate van „inertie” in het voorschrijfgedrag van artsen ten aanzien van de therapeutische eigenschappen van ACE-remmers, noch van de datum van de marktintroductie van dat geneesmiddel.
- 1493 In de tweede plaats moet de overweging van het bestreden besluit dat perindopril reeds vóór de onderzochte periode een groot bestand met continu behandelde patiënten had opgebouwd, sterk worden gerelativeerd.
- 1494 Uit de stukken van het dossier blijkt dat perindopril in januari 2000 in alle betrokken landen over een veel kleiner patiëntenbestand beschikte dan andere ACE-remmers, zoals ramipril, enalapril of lisinopril. Wat de verkoop van tabletten en capsules betreft, stond perindopril in het Verenigd Koninkrijk na lisinopril, enalapril en ramipril op de vierde plaats – met een verkoopvolume dat drie keer kleiner was dan dat van lisinopril –, stond het in Nederland na enalapril en lisinopril op de derde plaats – met een

verkoopvolume dat ruim tien keer kleiner was dan dat van enalapril –, stond het in Frankrijk na ramipril op de tweede plaats en stond het in Polen na enalapril op de tweede plaats – met een verkoopvolume dat bijna zes keer kleiner was dan dat van enalapril.

- 1495 In die omstandigheden kon een mechanisme van „inertie” in het voorschrijfgedrag van artsen, gesteld al dat het bestaan van een dergelijk fenomeen was bewezen, niet met name perindopril tot voordeel strekken, gelet op de relatieve omvang van het bestand met continue behandelde patiënten van dat geneesmiddel ten opzichte van dat van andere ACE-remmers die qua verkoopvolume een sterkere positie hadden.
- 1496 In de derde plaats moeten tevens de in het bestreden besluit vastgestelde continue groei van het bestand met perindoprilgebruikende patiënten, en, meer in het algemeen, het vastgestelde commerciële succes van perindopril worden gerelativeerd ten opzichte van de situatie van andere ACE-remmers.
- 1497 Uit de stukken van het dossier blijkt dat perindopril van alle ACE-remmers niet het geneesmiddel uit die klasse is dat in de betrokken periode het grootste succes heeft gekend. In overweging 2129 van het bestreden besluit wordt weliswaar opgemerkt dat met de mondiale verkoop van producten met het perindopril van Servier in het beste jaar ruim 800 miljoen EUR is omgezet, maar wordt nergens in het bestreden besluit de orde van grootte van de door de andere fabrikanten van ACE-remmers gerealiseerde mondiale omzet vermeld. Dienaangaande hebben verzoeksters zonder te worden weersproken ter terechtzitting aangegeven dat perindopril ten tijde van de feiten op plaats 143 stond van de wereldranglijst van bestverkochte moleculen, terwijl bijvoorbeeld het ramipril van Sanofi-Aventis op plaats 72 van de wereldranglijst stond. Hoewel perindopril op bepaalde nationale markten aanwezig is, is het vrijwel afwezig op grote markten als die van Duitsland, waar perindopril ten tijde van de feiten minder dan 1% van de verkoop van geneesmiddelen uit de klasse van ACE-remmers vertegenwoordigde. Zoals verzoeksters stellen, was ramipril in de betrokken periode de mondiale nummer één van de geneesmiddelen uit de klasse van ACE-remmers.
- 1498 Uit de stukken van het dossier blijkt dat het perindopril van Servier in de periode waarin de door het bestreden besluit beoogde praktijken plaatsvonden, ondanks de stijgende verkoop ervan nooit de bestverkochte ACE-remmer naar aantal verkochte tabletten en capsules is geweest op de vier door de Commissie gekozen nationale geografische markten. Volgens de in het bestreden besluit genoemde verkoopcijfers van tabletten en capsules stond perindopril in Nederland (in november 2007) en in het Verenigd Koninkrijk (in juni 2007) op de derde plaats en in Frankrijk (in augustus 2008) en in Polen (in mei 2006) op de tweede plaats, met verkoopvolumes die op iedere nationale markt behalve op die van Frankrijk ver achterbleven bij die van de nummer één.
- 1499 Wat groei betreft, is de verkoop van perindopril op de vier betrokken nationale markten in hun geheel beschouwd in de betrokken periode weliswaar gestegen, maar geldt dit ook voor andere ACE-remmers, zoals ramipril en lisinopril. Ten aanzien van de in het bestreden besluit genoemde verkoopcijfers van tabletten en capsules moet worden overwogen dat de verkoop van lisinopril tussen 2000 en 2010 gestaag is gegroeid, terwijl de verkoop van ramipril in die periode duidelijk harder is gegroeid dan de verkoop van perindopril.
- 1500 Gelet op de ontwikkeling van de verkoop van andere ACE-remmers moet het in het bestreden besluit genoemde fenomeen van continue groei van de perindoprilverkoop worden gerelativeerd.
- 1501 In de vierde plaats wordt het bestaan van een grote mate van „inertie” van artsen bij het voorschrijven van ACE-remmers in twijfel getrokken door de grote schommelingen in de relatieve verkoop van ACE-remmers tussen 2000 en 2010.

- 1502 Allereerst blijkt uit het in opdracht van Servier opgestelde CRA-rapport uit januari 2013 dat de relatieve verkoop van ACE-remmers tussen 2001 en 2010 grote schommelingen heeft vertoond, waarbij de respectieve posities van de geneesmiddelen zich verschillend ontwikkelden. Zo is in het Verenigd Koninkrijk tussen 2001 en 2010 het aandeel van de verkoop van perindopril in de totale in gedefinieerde dagelijkse doses uitgedrukte verkoop van ACE-remmers in geringe mate gegroeid (tussen 5 en 10 % gebleven), terwijl dat van ramipril bijna is verdubbeld (van een aandeel tussen 30 en 40 % naar een aandeel tussen 60 en 70 %) en dat van lisinopril sterk is gedaald. In diezelfde periode is in Polen het aandeel van de verkoop van perindopril sterk gedaald (van een aandeel tussen 15 en 20 % naar een aandeel tussen 10 en 15 %), terwijl ramipril een aanzienlijke groei heeft doorgemaakt (van een aandeel tussen 0 en 5 % naar een aandeel tussen 60 en 70 %). In Nederland is de verkoop van perindopril en ramipril vrijwel niet gestegen, waarbij het aandeel van de verkoop van elk van die twee geneesmiddelen in 2010 een niveau tussen 10 en 20 % heeft bereikt en enalapril in dat jaar nog steeds een aandeel in de verkoop tussen 40 en 50 % vertegenwoordigde. In Frankrijk is de verkoop van lisinopril fors gedaald (van een aandeel in de verkoop tussen 30 en 40 % in 2001 naar een aandeel tussen 5 en 10 % in 2010), terwijl het aandeel in de verkoop van perindopril aanzienlijk is gestegen (van een aandeel tussen 10 en 15 % naar een aandeel tussen 20 en 30 %), zij het minder hard dan dat van ramipril (dat van een aandeel tussen 20 en 30 % naar een aandeel tussen 50 en 60 % is gestegen).
- 1503 De Commissie stelt dat het aandeel van de verkoop van iedere ACE-remmer in de totale verkoop van die geneesmiddelklasse onjuist is berekend, voor zover die berekening berust op de in gedefinieerde dagelijkse doses uitgedrukte verkoop, waardoor de ontwikkeling van de verkoop van andere ACE-remmers, en met name die van ramipril, zou worden overschat.
- 1504 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de Commissie zelf de verkoopvolumes van de ACE-remmers hoofdzakelijk heeft geanalyseerd op basis van gedefinieerde dagelijkse doses en dus, op het gevaar af afbreuk te doen aan haar eigen analyse, in beginsel niet kan overwegen dat een dergelijke berekening geenszins relevant is voor de analyse van de ontwikkeling in de tijd van de verkoop van ACE-remmers. Bovendien oppert de Commissie voor de analyse van de ontwikkeling van de relatieve verkoop van de verschillende ACE-remmers geen enkel alternatief dat op gegevens berust die betrouwbaarder zouden zijn. Daarenboven merkt de Commissie weliswaar op dat die berekeningswijze ertoe leidt dat de waarde van de verkopen van ramipril met factor twee of meer wordt opgeblazen, maar verstrekt zij geen enkele uitleg ter ondersteuning van de stelling dat die berekeningswijze tevens tot een overschatting van het aandeel van de verkoop van andere ACE-remmers dan ramipril leidt. Tot slot blijkt hoe dan ook uit de beperkte in het bestreden besluit genoemde gegevens betreffende de in tabletten en capsules uitgedrukte verkoop van ACE-remmers, dat tussen januari 2000 en de periode 2006-2008 in ieder door het bestreden besluit onderzocht land belangrijke veranderingen in de respectieve posities van de verschillende ACE-remmers hebben plaatsgevonden, waarvan het bestaan overigens niet door de Commissie wordt betwist.
- 1505 Bovendien stelt de Commissie ten eerste dat de vergelijking tussen de marktaandelen van ACE-remmers is gebaseerd op de premisse van een markt die uit alle ACE-remmers bestaat, terwijl de afbakening van de markt juist de afbakening van de relevante markt beoogt, en ten tweede dat op basis van de analyse niet zonder meer kan worden beweerd dat de verkoop van ramipril ten koste van de verkoop van perindopril is gestegen.
- 1506 Hoewel voor de berekening van de marktaandelen van perindopril eerst de markt moet worden afgebakend en bijgevolg het begrip „marktaandelen” van de verschillende ACE-remmers in casu niet kan worden gebruikt, is de analyse van de ontwikkeling van de relatieve verkoop van ACE-remmers, die niet vooronderstelt dat er een markt van ACE-remmers bestaat, niettemin niet irrelevant met het oog op de afbakening van de relevante markt.
- 1507 Bovendien stellen verzoeksters niet dat op basis van de verschillen in de relatieve verkoop van ACE-remmers zonder meer kan worden beweerd dat perindopril concurrentiedruk ondervindt van de andere ACE-remmers. Zij voeren aan dat de verschillen in de relatieve verkoop van ACE-remmers in

één en hetzelfde land geen steun bieden voor het bestaan van een sterke mate van „inertie” van artsen bij het voorschrijven van ACE-remmers. In dat verband verstrekt de Commissie geen enkele verklaring voor de verenigbaarheid van het door haar in het bestreden besluit onderstreepte mechanisme van „inertie” van artsen met de schommelingen in de tijd van de relatieve verkoop van ACE-remmers. In die omstandigheden moet worden overwogen dat de grote veranderingen in de relatieve verkoop van ACE-remmers in de onderzochte periode, zoals verzoeksters terecht stellen, afbreuk doen aan het belang van het vermeende mechanisme van „inertie” van artsen bij het voorschrijven van ACE-remmers.

- 1508 In de vijfde plaats kan op basis van de stukken van het dossier, en in het bijzonder op basis van het Thalès-onderzoek – dat in opdracht van Servier in het kader van haar strategische planning is uitgevoerd –, de enquête die de Commissie onder voorschrijvende artsen heeft gehouden en de antwoorden van de fabrikanten van ACE-remmers op de vragen van de Commissie, niet worden bewezen dat sprake is van een significante mate van „inertie” van artsen bij het voorschrijven van perindopril.
- 1509 Het tussen december 2003 en februari 2004 uitgevoerde Thalès-onderzoek heeft betrekking op de ontwikkeling van het profiel van Franse huisartsen wat het voorschrijven van perindopril betreft. In dat onderzoek zijn de artsen die perindopril voorschrijven in drie groepen ingedeeld: de „grote voorschrijvende artsen” – met meer dan tien recepten per kwartaal – de „middelgrote voorschrijvende artsen” – met zes tot tien recepten per kwartaal – en de „kleine voorschrijvende artsen” – met één tot vijf recepten per kwartaal. Het onderzoek analyseert de ontwikkeling van de typologie van voorschrijvende artsen tussen april-juni 2003 (T0) en december 2003-februari 2004 (T2). Ter ondersteuning van haar bewijs voor het bestaan van een groeiende groep voorschrijvende artsen die „trouw” is aan perindopril merkt de Commissie op dat ten opzichte van T0, in T2 80 tot 90 % van de „grote voorschrijvende artsen”, 50 tot 60 % van de „middelgrote voorschrijvende artsen” en 60 tot 70 % van de „kleine voorschrijvende artsen” nog steeds tot dezelfde groep behoren.
- 1510 Die ontwikkelingen wijzen echter niet op een grote mate van „inertie” van artsen bij het voorschrijven van perindopril aangezien, ten eerste, de tijdsperiode van acht tot tien maanden waarin die ontwikkelingen zijn vastgesteld, beperkt is en, ten tweede, het percentage artsen dat in die beperkte tijdsperiode van groep is veranderd aanzienlijk is. Voorts moet worden opgemerkt dat het door de Commissie gebruikte Thalès-onderzoek huisartsen naargelang van de ontwikkeling van hun voorschrijfgewoonten tussen de periode T0 en T2 onderverdeelt in vier groepen, te weten „trouwe artsen”, „opgevende artsen”, „nieuwe cliënten” of „incidentele voorschrijvers”. Het onderzoek vermeldt dat het percentage „trouwe artsen”, „opgevende artsen”, „nieuwe cliënten” of „incidentele voorschrijvers” respectievelijk 30 tot 40 %, 5 tot 10 %, 10 tot 15 % en 40 tot 50 % van alle huisartsen uitmaakt. Aldus blijkt uit de resultaten van het Thalès-onderzoek dat het percentage „trouwe artsen” een minderheid vormt en kleiner is dan het percentage „incidentele voorschrijvers”. De resultaten van het Thalès-onderzoek, dat zich overigens tot Franse huisartsen beperkt, staven dus noch het belang van het mechanisme van „inertie” van artsen bij het voorschrijven van perindopril, noch het hoge percentage voorschrijvende artsen dat „trouw” is aan perindopril.
- 1511 Bovendien betwist de Commissie niet de bewering van verzoeksters dat 52 % van de respondenten in het kader van de enquête van de Commissie onder perindopril voorschrijvende artsen heeft geantwoord vaker alternatieve geneesmiddelen dan perindopril voor te schrijven. Het feit dat een meerderheid van de artsen vaker alternatieven voor perindopril dan dat geneesmiddel voorschrijft, doet eveneens afbreuk aan het bestaan van een mechanisme van „inertie” dat in het bijzonder perindopril tot voordeel zou strekken.
- 1512 Tot slot blijkt uit de antwoorden van de drie door de Commissie ondervraagde fabrikanten van ACE-remmers dat zij perindopril als een concurrent van hun eigen geneesmiddel beschouwden. In het bijzonder Sanofi-Aventis vermeldt in haar antwoord aan de Commissie uitdrukkelijk dat zij perindopril als haar belangrijkste concurrent beschouwt in Nederland, in Polen en, met ingang van 2001, in



Frankrijk, en als haar op één na belangrijkste concurrent in het Verenigd Koninkrijk. Op basis van geen enkel element in de antwoorden van de originator-fabrikanten van ACE-remmers kan worden vastgesteld dat de onderlinge concurrentiedruk tussen ACE-remmers werd beperkt door een aanzienlijk fenomeen van „inertie” van artsen ten aanzien van nieuwe patiënten.

1513 Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat de Commissie niet heeft bewezen dat, wat nieuwe patiënten betreft, een verschijnsel van „inertie” van artsen en het bestaan van een groeiende groep aan perindopril „trouwe” voorschrijvende artsen hadden geleid tot een aanzienlijke beperking van de door de andere ACE-remmers op perindopril uitgeoefende concurrentiedruk.

*iii) Veranderingsbereidheid van patiënten die een continue behandeling ondergaan*

1514 De Commissie heeft met name in de overwegingen 2496 tot en met 2510 van het bestreden besluit overwogen dat het weinig waarschijnlijk was dat patiënten die een continue behandeling met perindopril ondergingen, zouden overstappen op alternatieve geneesmiddelen wanneer ze eenmaal met perindopril waren begonnen. Aangezien perindopril een „ervaringsgoed” is, profiteerde Servier van een informatievoordeel, in die zin dat patiënten die een continue perindoprilbehandeling volgden, meer kennis van dat product hadden dan van andere behandelingen die nog niet waren geprobeerd.

1515 Volgens de Commissie moet vanwege de heterogeniteit van de geneesmiddelklasse van ACE-remmers, die in verband kan worden gebracht met de verschillen in doeltreffendheid en individuele tolerantie, worden overwogen dat een overstap op de behandeling met geneesmiddelen uit dezelfde therapeutische klasse weinig waarschijnlijk is. Die verandering van behandeling zou immers gepaard kunnen gaan met kosten als gevolg van extra medische consulten en met mogelijk zeer ernstige aan bijwerkingen gerelateerde risico's, alsook met een niet-optimale bloeddrukbeheersing.

1516 De onwaarschijnlijkheid dat patiënten die een aan hun behoeften beantwoordende continue behandeling volgen overstappen op een andere behandeling, zou volgens de Commissie met name worden bevestigd door een reeks longitudinale onderzoeken, door de resultaten van de onder voorschrijvende artsen gehouden enquête en door het op de vragenlijst van de Commissie gegeven antwoord van Sanofi-Aventis waarin zij aangeeft dat zeer beperkt werd overgestapt van ramipril op perindopril en vice versa. De Commissie stelt dat de gemiddelde duur van een behandeling met perindopril kan worden geschat op zeven tot acht jaar en dat het op basis van perindopril-herhalingsrecepten gemeten „loyaliteitspercentage” van 90 % de veroorzaakte afscherming van het bestand met perindoprilgebruikende patiënten bevestigt.

1517 Onder overlegging van een reeks bewijsstukken aan het Gerecht stellen verzoeksters dat de Commissie de veranderingsbereidheid van patiënten die een continue behandeling volgen, heeft onderschat.

1518 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de door de Commissie verrichte analyse van de overstappatronen van patiënten die een continue behandeling volgen, is gebaseerd op de heterogeniteit van de geneesmiddelklasse van ACE-remmers. Uit de motivering van het bestreden besluit, en met name uit de overwegingen 2496 en 2499, blijkt dat de Commissie zich in het kader van haar analyse van de overstappatronen tussen perindopril en andere geneesmiddelen tegen hypertensie heeft gebaseerd op de heterogeniteit van de klasse van ACE-remmers. De Commissie heeft juist gelet op de vermeende heterogeniteit van de geneesmiddelklasse van ACE-remmers geoordeeld dat de overstap op een behandeling met andere geneesmiddelen uit dezelfde therapeutische klasse gepaard kon gaan met mogelijk zeer ernstige risico's bij een verandering van behandeling.

1519 Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft de Commissie evenwel niet bewezen dat de klasse van ACE-remmers een heterogene geneesmiddelklasse is. Op therapeutisch vlak, waaronder in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen, is er juist geen significant verschil tussen perindopril en andere

ACE-remmers. Meer bepaald blijkt niet uit de stukken van het dossier dat de andere ACE-remmers de voorschrijvende artsen bijzondere vrees inboezemden voor de bijwerkingen of de geringere doeltreffendheid ervan. Aangezien de klasse van ACE-remmers in de ogen van artsen geen heterogene klasse is, wordt bijgevolg afbreuk gedaan aan de door de Commissie verrichte analyse voor wat betreft het in verband brengen met mogelijk zeer ernstige risico's van de overstap op een behandeling met andere geneesmiddelen uit dezelfde klasse. Gezien het ontbreken van verschillen in doeltreffendheid en tolerantie tussen ACE-remmers, is niet vast komen te staan dat de overstap op een behandeling met andere ACE-remmers de artsen bijzondere vrees inboezemde.

- 1520 In de tweede plaats heeft de Commissie haar beoordeling van de geringe veranderingsbereidheid van met perindopril behandelde patiënten gebaseerd op door Thalès voorbereide longitudinale onderzoeken. Die onderzoeken analyseren de voorschrijfgewoonten van huisartsen in Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk tussen juli 2005 en juni 2006. Volgens die onderzoeken is ruim 90 % van de perindoprilrecepten een herhalingsrecept. De Commissie leidt hieruit af dat wat perindopril betreft, sprake is van een zeer hoog „loyaliteitspercentage” van 90 %. Zij overweegt dat een analyse van de veranderingsbereidheid van patiënten op basis van het aantal uitgeschreven recepten een beter beeld geeft van de aard van de vraag naar perindopril dan een analyse op basis van het aantal patiënten.
- 1521 Het aandeel van de herhalingsrecepten in het totale aantal recepten geeft echter geen volledig beeld van de veranderingsbereidheid van met perindopril behandelde patiënten. Het percentage herhalingsrecepten is immers met name afhankelijk van het aantal huisartsconsulten van patiënten, dat in belangrijke mate kan variëren en overigens niet in het bestreden besluit wordt genoemd. Daarenboven is het aantal herhalingsrecepten ten opzichte van het totale aantal recepten geen graadmeter voor het percentage loyale patiënten, in de zin van het percentage met perindopril behandelde patiënten in de periode N dat in de periode N + 1 nog steeds met perindopril wordt behandeld.
- 1522 In die omstandigheden volstaan de Thalès-onderzoeken niet om de loyaliteit aan perindopril te beoordelen van patiënten die met een behandeling met dat geneesmiddel beginnen.
- 1523 In de derde plaats bevatten de Cegedim- en IMS Health-onderzoeken informatie over de bereidheid van met perindopril behandelde patiënten in Frankrijk en in het Verenigd Koninkrijk om gedurende een periode van vijf jaar van behandeling te veranderen.
- 1524 Het Cegedim-onderzoek uit oktober 2012, dat door Servier is overgelegd in het kader van haar opmerkingen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, analyseert de loyaliteit aan perindopril van patiënten van Franse huisartsen gedurende een periode van vijf jaar. De analyse richt zich op met perindopril behandelde patiënten die vijf jaar lang dezelfde huisarts hebben bezocht. Hieruit blijkt dat 20 tot 30 % van de patiënten die met een perindoprilbehandeling beginnen, binnen zes maanden met de behandeling stopt en dat 30 tot 40 % van de patiënten die langer dan zes maanden een perindoprilbehandeling volgen, overstapt op andere geneesmiddelen tegen hypertensie en die behandeling na vijf jaar niet meer volgt. Van de patiënten die na zes maanden op andere geneesmiddelen tegen hypertensie overstappen, stapt de meerderheid over op een behandeling met sartanen, terwijl ongeveer 40 % van de patiënten overstapt op een behandeling met één of meerdere ACE-remmers. Uiteindelijk wordt meer dan 50 % van de patiënten die met een perindoprilbehandeling beginnen na vijf jaar niet meer met dat geneesmiddel behandeld. Hieruit volgt dat van de patiënten die onder controle staan van eenzelfde Franse huisarts een aanzienlijk percentage van de patiënten die met een perindoprilbehandeling beginnen, binnen vijf jaar op een andere behandeling overstapt. Uit het Cegedim-onderzoek volgt tevens dat in 2005 de stromen inkomende en uitgaande patiënten (met een percentage van respectievelijk 30 tot 40 % en 15 tot 20 %) de helft van de met Coversyl behandelde patiënten vertegenwoordigden.

- 1525 Het uit december 2013 daterende IMS Health-onderzoek, dat door Servier is overgelegd, analyseert het voorschrijven van ramipril, lisinopril en perindopril tussen 2003 en 2008 aan patiënten die onder controle staan van huisartsen in het Verenigd Koninkrijk.
- 1526 De Commissie stelt dat het IMS Health-onderzoek niet door het Gerecht in aanmerking kan worden genomen, aangezien verzoeksters dat onderzoek te laat in de administratieve procedure aan de Commissie hebben verstrekt. Zoals in punt 1373 hierboven in herinnering is gebracht, voert het Gerecht niettemin een grondige wettigheidstoetsing uit, rekening houdend met alle door verzoeksters aangedragen informatie, ongeacht of het gaat om informatie van vóór of na het vastgestelde besluit, voor zover die informatie relevant is voor de wettigheidstoetsing van het Commissiebesluit. Het uit december 2013 daterende IMS Health-onderzoek, dat Servier tijdens de administratieve procedure in antwoord op de letter of facts van 18 december 2013 aan de Commissie heeft verstrekt, gaat in casu in op de stelling van de Commissie dat het weinig waarschijnlijk is dat met perindopril behandelde patiënten van behandeling veranderen. Daarom kan niet worden overwogen dat dat onderzoek een te laat ingediend stuk is dat niet in aanmerking kan worden genomen in het stadium van de wettigheidstoetsing van het bestreden besluit.
- 1527 Wat de geloofwaardigheid van het onderzoek betreft, kan de Commissie het IMS Health-onderzoek niet van de hand wijzen met het argument dat het „op maat” zou zijn uitgevoerd voor verzoeksters. Het feit dat verzoeksters zelf aan IMS Health hebben gevraagd om dat onderzoek uit te voeren, heeft niet per definitie negatieve gevolgen voor de bewijswaarde ervan, met name omdat het niet berust op de door verzoeksters zelf ter beschikking gestelde databanken. Zoals het Gerecht reeds heeft geoordeeld (arrest van 3 maart 2011, Siemens/Commissie, T-110/07, EU:T:2011:68, punt 137), is een analyse immers niet geloofwaardiger en dus bewijskrachtiger dan een loutere uit eigenbelang afgelegde verklaring van verzoeksters, wanneer zij is gebaseerd op databanken die verzoeksters ter beschikking hebben gesteld, zonder dat de juistheid of de relevantie van de betrokken gegevens aan een onafhankelijke controle zijn onderworpen. In casu is het in opdracht van Servier uitgevoerde onderzoek gebaseerd op gegevensbanken die afkomstig zijn van derden, namelijk IMS Health, van welke instelling de Commissie, zoals met name blijkt uit voetnoot 2843 van het bestreden besluit, niet heeft betwist dat zij een gerenommeerde dataleverancier in de farmaceutische sector was. De Commissie zelf heeft zich in het kader van de afbakening van de relevante markt herhaaldelijk op de gegevens van IMS Health gebaseerd.
- 1528 Bovendien volstaat het feit dat de opdracht voor het onderzoek niet aan de Commissie is verstrekt en de Commissie de resultaten niet volledig heeft kunnen reproduceren, in de omstandigheden van het onderhavige geval niet om de geloofwaardigheid van het onderzoek in twijfel te trekken. In haar antwoord op de vragenlijst van de Commissie van 17 februari 2014 heeft Servier immers uitgebreid de aan IMS Health gegeven instructies omschreven. IMS Health heeft in het onderzoek de gebruikte methodologie, aannames en definities omschreven en heeft de ruwe data en het algoritme voor de replicatie van het onderzoek verstrekt. Hoewel IMS Health inderdaad niet het onderdeel betreffende nieuwe patiënten heeft verstrekt, moet worden opgemerkt dat Servier na het verstrekken van het algoritme en de gegevensbanken er niet door de Commissie op is gewezen dat de methodologie kon afdoen aan de geloofwaardigheid van het onderzoek. Daarenboven heeft IMS Health in het onderzoek vermeld dat met nieuwe patiënten, patiënten werden bedoeld die het betrokken geneesmiddel in de twaalf maanden voorafgaand aan dat recept niet hadden gekregen, en in een brief van 1 september 2014 aangegeven dat Servier niet bij de analyse van het onderzoek betrokken was geweest, dat die analyse door IMS Health was uitgevoerd op basis van de in het onderzoek beschreven methodologie en definities, dat het onderdeel betreffende nieuwe patiënten overeenkwam met een in vergelijkbare onderzoeken gebruikte standaarddefinitie en dat de onderliggende gegevens van het bestand met nieuwe patiënten uit een gegevensbank waren vergaard door middel van geïntegreerde rapporten die toegankelijk waren vanaf een computer van de onderneming of van de cliënt, wanneer die zich op die gegevensbank had geabonneerd. In die omstandigheden kan de Commissie, gelet op met name de door Servier en IMS Health verstrekte toereikende toelichtingen, niet op goede gronden stellen dat het IMS Health-onderzoek niet als een betrouwbaar bewijsstuk kan worden aanvaard.

- 1529 Aangaande de patiënten die tussen 2003 en 2008 door Engelse huisartsen werden gevolgd, blijkt uit het IMS Health-onderzoek dat in een bepaald jaar een derde van alle met perindopril behandelde patiënten nieuwe patiënten waren. Het toont tevens aan dat perindopril hoofdzakelijk wordt vervangen ten gunste van andere klassen van geneesmiddelen tegen hypertensie, maar ook ten gunste van andere ACE-remmers. Het onderzoek vermeldt dat voor patiënten die met een perindoprilbehandeling beginnen, de gemiddelde behandeling exclusief onderbrekingen minder dan zes maanden duurt voor 24 % van hen, minder dan drie jaar voor 57 % van hen en minder dan vijf jaar voor 76 % van hen.
- 1530 Volgens de Commissie is het overstapproces regressief, dat wil zeggen dat patiënten naarmate de behandeling langer duurde steeds minder geneigd waren om met perindopril te stoppen. Niettemin moet worden opgemerkt dat volgens het Cegedim-onderzoek Franse huisartsen in het vierde en vijfde behandelingsjaar gemiddeld bijna 5 % perindoprilgebruikende patiënten netto per jaar verliezen. Volgens het IMS Health-onderzoek bedraagt de gemiddelde behandelingsduur exclusief onderbrekingen van door Engelse huisartsen gevolgde patiënten voor 12 % van die patiënten tussen de drie en vier jaar en voor 7 % van hen tussen de vier en vijf jaar. Bijgevolg blijkt uit de stukken van het dossier dat het percentage patiënten dat mogelijk in het vierde en in het vijfde behandelingsjaar met de perindoprilbehandeling stopt, significant is.
- 1531 Aldus blijkt uit het Cegedim- en het IMS Health-onderzoek dat tijdens de onderzochte periode de gemiddelde behandeling van door huisartsen in Frankrijk en Engeland gevolgde perindoprilgebruikende patiënten minder dan vijf jaar duurde. Tijdens de eerste zes maanden van de behandeling, maar ook in de eerste vijf jaar van de behandeling stapte een aanzienlijk percentage over op een andere behandeling.
- 1532 In de vierde plaats bevestigen de documenten betreffende de PCT's dat er in het Verenigd Koninkrijk door perindoprilgebruikende patiënten wordt overgestapt op andere ACE-remmers.
- 1533 Zoals hiervoor is opgemerkt, hebben sommige PCT's zich vanaf 2005 op het standpunt gesteld dat perindopril niet doeltreffender was dan andere ACE-remmers en hebben zij geadviseerd om andere ACE-remmers dan perindopril te gebruiken en zelfs om perindopril door een andere ACE-remmer te vervangen. Dat beleid, dat in sommige gevallen de vorm heeft aangenomen van richtsnoeren, formulieren of voor patiënten bestemde modelbrieven om van perindopril over te stappen op ramipril of lisinopril, speelt, gelet op het aantal betrokken PCT's en het feit dat die PCT's in verschillende delen van het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, een significante rol.
- 1534 Uit de stukken van het dossier blijkt dat dat beleid, dat in de interne strategiedocumenten van Servier vanaf 2005 als een bedreiging werd beschouwd, daadwerkelijke negatieve gevolgen heeft gehad voor de verkoop van perindopril op lokaal niveau. Zoals de Commissie benadrukt, is inderdaad niet bewezen dat het door de PCT's geïmplementeerde beleid een significante impact op nationaal niveau heeft gehad. Hoewel het in overweging 2286 van het bestreden besluit opgenomen schema laat zien dat de in gedefinieerde dagelijkse doses uitgedrukte verkoop van perindopril vanaf september 2006 vrijwel stagneert, kan op basis van de stukken van het dossier geen daadwerkelijk causaal verband worden aangetoond tussen de aanbevelingen van de PCT's en de ontwikkeling van de relatieve verkoop van perindopril en andere ACE-remmers voor het hele Verenigd Koninkrijk. Die aanbevelingen zijn niettemin relevant, voor zover zij een beeld geven van de concretisering van de overstapmogelijkheden tussen ACE-remmers op één van de door de Commissie onderzochte geografische markten.
- 1535 De Commissie kan niet beweren dat het argument van verzoeksters betreffende het door de PCT's geïmplementeerde beleid in strijd is met hun bewering dat de prijsfactor een beperkte rol speelt in de onderlinge relaties tussen ACE-remmers. Zoals blijkt uit de in de punten 1380 tot en met 1404 hierboven uiteengezette overwegingen, is de farmaceutische sector immers een „atypische” sector waarvan de specifieke kenmerken vereisen dat de markt wordt afgebakend aan de hand van een benadering die op meerdere criteria en in het bijzonder op het therapeutische gebruik van de producten berust. In casu doet het beleid van de PCT's niet aan die vaststelling af. Hoewel dat beleid



bevestigt dat ACE-remmers op therapeutisch vlak onderling substitueer zijn en dat perindoprilgebruikende patiënten van behandeling kunnen veranderen, volgt hieruit niet dat de prijsfactor een doorslaggevende of dominante rol speelt in de analyse van de concurrentiedruk tussen die geneesmiddelen.

- 1536 In de vijfde plaats overweegt de Commissie, met name op basis van de resultaten van de onder voorschrijvende artsen gehouden enquête, dat het weinig waarschijnlijk is dat met perindopril behandelde patiënten overstappen op een andere behandeling wanneer de patiënten „met succes” met perindopril worden behandeld.
- 1537 De resultaten van de door de Commissie onder voorschrijvende artsen gehouden enquête – die uitwijzen dat een ruime meerderheid van de artsen (76 %) van mening was dat patiënten die gedurende de eerste periode „met succes” met perindopril waren behandeld en voor wie die behandeling niet was gewijzigd, die behandeling met perindopril waarschijnlijk langer dan vijf jaar zouden voortzetten – doen evenwel niet af aan de vaststellingen van het Cegedim- en het IMS Health-onderzoek met betrekking tot de gemiddelde behandelingsduur en de veranderingen van behandeling door perindoprilgebruikende patiënten. De aan de voorschrijvende artsen gestelde vraag berust immers op een schatting van de waarschijnlijkheid dat de behandeling met perindopril wordt voortgezet en niet op een schatting van het daadwerkelijke percentage patiënten dat de behandeling langer dan vijf jaar voortzet. Bovendien heeft de aan de voorschrijvende artsen gestelde vraag slechts betrekking op de „met succes” behandelde patiënten voor wie de behandeling niet was gewijzigd, terwijl het Cegedim- en het IMS Health-onderzoek informatie geven over de gemiddelde behandelingsduur van perindoprilgebruikende patiënten en over alle veranderingen van behandeling die zich hebben voorgedaan, ongeacht de door de artsen beoordeelde resultaten van de behandeling met perindopril. Tot slot was zelfs wat betreft patiënten die „met succes” met perindopril waren behandeld en voor wie die behandeling niet was gewijzigd, slechts een minderheid van de ondervraagde artsen van mening dat die patiënten de behandeling met perindopril waarschijnlijk langer dan tien jaar zouden voortzetten.
- 1538 Hoewel de „met succes” met perindopril behandelde patiënten van nature minder geneigd zijn om van behandeling te veranderen dan patiënten die niet tot die groep behoren, blijven de vaststellingen van het Cegedim- en het IMS Health-onderzoek relevant voor de kwantitatieve beoordeling in hoeverre patiënten die met een behandeling beginnen, vijf jaar lang „trouw” blijven aan perindopril. Die onderzoeken laten zien dat sprake is van significante veranderingen van behandeling, die afbreuk doen aan de door de Commissie in het bestreden besluit geformuleerde beweringen betreffende de veroorzaakte afscherming van het bestand met perindoprilgebruikende patiënten.
- 1539 In de zesde plaats baseert de Commissie zich in het bestreden besluit op het feit dat Sanofi-Aventis in het antwoord op haar vragenlijst heeft aangegeven dat zeer beperkt van een behandeling met ramipril op een behandeling met perindopril en vice versa werd overgestapt en dat beide producten hun groei te danken hadden aan nieuwe patiënten die met een behandeling begonnen. Buiten het feit dat die bewering enkel de Franse markt betreft, geeft Sanofi-Aventis, zoals hiervoor is opgemerkt, in haar antwoord echter aan dat de populatie patiënten die met ramipril kon worden behandeld groter was dan de populatie die met perindopril kon worden behandeld en dat het assortiment doseringen van ramipril tot 2007 ruimer was dan dat van perindopril, welke elementen veeleer de overstap door patiënten van ramipril op perindopril kunnen beperken dan omgekeerd. Bovendien heeft Sanofi-Aventis zich niet uitgesproken over de veranderingen van behandeling in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk en heeft zij wat de Poolse markt betreft aangegeven dat zij perindopril als een product beschouwde ten koste waarvan ramipril patiënten had gekregen. Hieruit volgt dat de antwoorden van Sanofi-Aventis op de vragenlijst van de Commissie geen afbreuk doen aan de omvang van de veranderingen van behandeling door met perindopril behandelde patiënten.

1540 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie de veranderingsbereidheid van met perindopril behandelde patiënten heeft onderschat door zich daarenboven te baseren op de onjuiste hypothese dat de klasse van ACE-remmers een heterogene geneesmiddelklasse vormt. Uit de stukken van het dossier blijkt dat een significant percentage patiënten dat met een behandeling met perindopril begint binnen vijf jaar overstapt op een andere behandeling, wat afbreuk doet aan de door de Commissie geanalyseerde gemiddelde behandelingsduur en aan het belang van de veroorzaakte afscherming van het patiëntenbestand.

*iv) Promotionele inspanningen*

1541 De Commissie heeft in de overwegingen 2515 tot en met 2521 van het bestreden besluit overwogen dat promotie de mededinging kon vergroten indien de medische gemeenschap daardoor werd geïnformeerd over bijkomende therapeutische alternatieven, en met name over nieuwe producten of belangrijke nieuwe indicaties voor bestaande producten. Niettemin heeft zij overwogen dat in casu, wat de relatie tussen perindopril en de potentiële concurrenten ervan betreft, de uit promotie voortvloeiende mededinging niet als een belangrijke bron van concurrentiedruk kon worden beschouwd, aangezien iedere nieuwe poging om reeds jarenlang verhandelde geneesmiddelen te promoten enkel het vertrouwen zou versterken dat reeds bij „trouwe” voorschrijvende artsen is opgebouwd. De Commissie heeft opgemerkt dat de promotionele inspanningen van de fabrikanten van andere ACE-remmers, gelet op de belemmeringen om van behandeling te veranderen en op het feit dat de meeste patiënten een continue behandeling volgen, een beperkte potentiële impact hadden op de verkoop van perindopril. De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat het ontbreken van een door de andere fabrikanten van ACE-remmers uitgeoefende concurrentiedruk tevens bleek uit de patiëntendoelgroepen waarop Servier haar promotiebeleid richtte, uit de in de interne strategiedocumenten van Servier opgenomen analyse van de promoties en uit de stabiliteit van haar promotie-uitgaven.

1542 Verzoeksters stellen in wezen dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt door niet naar behoren rekening te houden met de grote promotionele inspanningen van de laboratoria, die één van de voornaamste dimensies van de mededinging zouden vormen en, bij het ontbreken van „inertie” van patiënten en artsen, noodzakelijk zouden zijn om het hoofd te bieden aan de mededinging.

1543 In de eerste plaats heeft de Commissie haar analyse van de promotionele inspanningen gebaseerd op het fenomeen van „inertie” van artsen en op het bestaan van belemmeringen om van behandeling te veranderen.

1544 Zoals hiervoor is opgemerkt, werd het voorschrijfgedrag van artsen echter niet gekenmerkt door een sterke mate van „inertie” en stapte een significant percentage continue behandelde patiënten over op een andere behandeling. De Commissie is bij haar overweging dat de potentiële impact van de promotionele inspanningen van de fabrikanten van andere geneesmiddelen op de verkoop van perindopril als bijzonder beperkt moest worden beschouwd dus uitgegaan van onjuiste hypothesen die haar analyse ontkrachten.

1545 In de tweede plaats heeft de Commissie haar analyse van de promotionele inspanningen gebaseerd op de patiëntendoelgroepen waarop Servier haar promotionele activiteiten richtte en op de vermeende bijzondere eigenschappen van perindopril vanuit therapeutisch oogpunt. In de overwegingen 2366 en 2519 van het bestreden besluit heeft zij opgemerkt dat de promotie-uitgaven van Servier waren gericht op potentiële nieuwe patiënten – waaronder patiënten bij wie voor het eerst hypertensie was gediagnosticeerd –, op patiënten van wie de bloeddruk niet naar tevredenheid door een ander geneesmiddel tegen hypertensie onder controle was gebracht, alsook op bepaalde patiëntengroepen waarvoor was gebleken dat perindopril over bijzondere eigenschappen beschikte.

- 1546 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat promotie, met name wanneer producten grotendeels gelijkwaardig zijn, een mededingingsinstrument kan zijn. Het feit dat perindopril zich niet in positieve zin van andere ACE-remmers onderscheidt, rijmt met de noodzaak voor Servier om consequent promotionele inspanningen te verrichten om zich op de markt te handhaven en een plaats te veroveren bij de voorschrijvende artsen. Daar perindopril van therapeutisch oogpunt niet superieur is, worden de voorschrijvende artsen immers niet aangespoord om enkel om die reden bij voorkeur perindopril voor te schrijven in plaats van een ander geneesmiddel.
- 1547 Bovendien blijkt uit de bewoordingen zelf van de overwegingen 2366 en 2519 van het bestreden besluit dat de door Servier verrichte promotionele inspanningen zowel op nieuwe patiënten waren gericht als op patiënten die reeds een ander geneesmiddel tegen hypertensie hadden gebruikt. Voorts heeft de Commissie, zoals hiervoor is opgemerkt, niet bewezen dat perindopril over bijzondere eigenschappen beschikte die het op therapeutisch vlak van andere ACE-remmers onderscheidden. Hoewel Servier heeft geprobeerd om perindopril van andere ACE-remmers te onderscheiden, hebben die inspanningen van Servier niet het gehoopte succes gehad en hebben zij perindopril niet voldoende kunnen onderscheiden van andere ACE-remmers.
- 1548 Voor zover de promotionele strategie voor perindopril op bepaalde patiëntengroepen is gericht, kan op basis van die strategie dus niet worden geconcludeerd dat de promotie een beperkte impact had op de mededinging tussen ACE-remmers.
- 1549 In de derde plaats blijkt uit de interne documenten van Servier, uit de antwoorden van de fabrikanten van andere ACE-remmers en uit de andere stukken van het dossier dat de promotionele activiteiten van de andere fabrikanten van ACE-remmers, anders dan de Commissie stelt, concurrentiedruk hebben kunnen uitoefenen op perindopril.
- 1550 Aldus blijkt uit de interne strategiedocumenten van Servier, en met name uit het document met de titel „2005/2006 orientation plan” en uit het document met de titel „Plan d’orientation Coversyl 2006/2007” dat Servier tussen 2000 en 2009 op het standpunt stond dat de mededinging op de markt voor arteriële hypertensie en op die voor hartfalen groot was. Uit die documenten blijkt tevens dat Servier andere ACE-remmers, en met name ramipril, captopril, lisinopril, enalapril, fosinopril en trandolapril als concurrenten beschouwde. Ramipril wordt herhaaldelijk genoemd in het deel van de strategische documenten over de bedreigingen voor de ontwikkeling van perindopril. Zo wordt de lancering in 2005 van het nieuwe product Co-Triatec, waarmee de promotie van het ramiprilassortiment kon worden voortgezet, als een bedreiging gepresenteerd.
- 1551 De drie door de Commissie ondervraagde originator-fabrikanten van ACE-remmers beschouwen perindopril ook als een concurrent of rivaal van hun eigen geneesmiddel. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, betekent het feit dat een bepaald product door andere ondernemingen wordt aangewezen als belangrijkste concurrentiedoelwit inderdaad niet dat het product in kwestie aanzienlijke concurrentiedruk van die andere ondernemingen ondervindt. Niettemin kan die reeks aanwijzingen in zekere zin nuttig zijn, voor zover op basis hiervan kan worden nagegaan hoe ondernemingen zelf hun positie op de markt beoordelen. Dienaangaande blijkt uit de antwoorden van de ondernemingen op de vraag van de Commissie over hun perceptie van de mededinging dat Sanofi-Aventis – fabrikant van ramipril –, AstraZeneca AB – fabrikant van lisinopril – en MSD – fabrikant van enalapril en lisinopril – perindopril als een concurrent van hun eigen geneesmiddel beschouwden. Met name uit de door Sanofi-Aventis overgelegde documenten, te weten de presentaties over de Poolse markt en de commerciële plannen voor 2008-2009, blijkt dat perindopril en enalapril volgens die onderneming de grootste en de op één na grootste rivaal van ramipril waren en dat ramipril als merk over het algemeen als beste geneesmiddel werd beschouwd.
- 1552 Bovendien blijkt uit de stukken van het dossier dat de promotionele communicatie van de andere ACE-remmers een significante impact heeft kunnen hebben op de verkoop van perindopril.

- 1553 De interne strategiedocumenten van Servier, alsook de documenten die betrekking hebben op de promotie van andere ACE-remmers laten zien dat andere ACE-remmers zich als de beste geneesmiddelen van die klasse en zelfs als superieur aan andere ACE-remmers presenteerden. Bepaalde promotieplannen van de andere ACE-remmers richtten zich rechtstreeks op het perindopril van Servier.
- 1554 Hoewel de sterke promotiedruk van sartanen en de gelijktijdige afname van de promotie van ACE-remmers in de interne documenten van Servier als een bedreiging wordt gepresenteerd, wordt de promotie van ramipril als een bedreiging voor perindopril gepresenteerd, terwijl de afname van die promotie als een gunstig vooruitzicht wordt beschouwd. De interne documenten van Servier benadrukken dat de promotie van ramipril zich baseert op het HOPE-onderzoek, dat wordt gepresenteerd als een belangrijke gebeurtenis van 2001 waaraan ramipril een sterke groei en nieuwe indicaties te danken heeft. De strategiedocumenten van Servier preciseren dat de resultaten van het HOPE-onderzoek en de positionering van ramipril van grote invloed zijn geweest op de verkoop van Coversyl 4 mg van Servier.
- 1555 Bovendien blijkt uit de stukken van het dossier en dan met name uit de in het bestreden besluit opgenomen informatie van MS Health, alsook uit het antwoord van Sanofi-Aventis op het verzoek om inlichtingen van de Commissie, dat de promotie-uitgaven van de andere fabrikanten van ACE-remmers in bepaalde perioden hoog zijn geweest, met name de uitgaven voor ramipril in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk tot 2003 of in Frankrijk tot begin 2006.
- 1556 Bijgevolg blijkt uit de stukken van het dossier, en met name uit de interne strategiedocumenten van Servier en de antwoorden van de andere fabrikanten van ACE-remmers, dat de promotionele activiteiten voor andere ACE-remmers een significante impact konden hebben op de verkoop van Servier.
- 1557 In de vierde plaats stroken ook de hoge promotie-uitgaven van Servier in de onderzochte periode met het feit dat de mededinging via promotie een mogelijke bron van concurrentiedruk is geweest in de onderlinge relaties tussen ACE-remmers, zonder dat hieraan afbreuk wordt gedaan door de beweerde stabiliteit van de promotie-uitgaven.
- 1558 De omvang van de promotie-uitgaven van Servier, die niet wordt betwist, blijken met name uit de informatie over de belangrijkste kostenposten die tot de totale kosten van de perindoprilversies hebben geleid. Die uitgaven waren met name hoog in Frankrijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk, zoals blijkt uit de in het bestreden besluit opgenomen informatie die door IMS Health is verstrekt. Zo heeft Servier in 2000 in Frankrijk tussen de 70 en 80 miljoen EUR uitgegeven aan de promotie van perindopril, terwijl de totale omzet uit het product tussen de 180 en 200 miljoen EUR bedroeg. In 2004 bedroegen de promotie-uitgaven in dat land 100 tot 120 miljoen EUR, ongeveer een derde van de totale omzet uit het product (300 tot 350 miljoen EUR).
- 1559 Hieraan moet worden toegevoegd dat de omstandigheid dat perindopril, ondanks de zeer hoge uitgaven van Servier voor de promotie ervan, in de onderzochte periode zeer winstgevend is gebleven, niet impliceert dat perindopril geen aanzienlijke concurrentiedruk van andere ACE-remmers heeft ondervonden. Bovendien merkt de Commissie in de overwegingen 2369 tot en met 2371 van het bestreden besluit weliswaar op dat de algehele winstgevendheid van perindopril hoog is, maar verbindt zij hieraan in het kader van de afbakening van de relevante markt geen gevolgen en baseert zij zich niet op die winstgevendheid om in de overwegingen 2403 tot en met 2546 van het bestreden besluit te concluderen dat de relevante productmarkt zich beperkt tot de oorspronkelijke en de generieke versie van perindopril.
- 1560 De interne strategiedocumenten van Servier onderstrepen het verband tussen de door concurrentie gekenmerkte context en de promotie-uitgaven van Servier en geven aan dat de door concurrentie gekenmerkte context een zeer grote promotionele inspanning vereist die hoofzakelijk uit



artsenbezoeken bestaat. Die documenten vermelden de wil van Servier om nieuwe klanten te werven ten koste van andere geneesmiddelen tegen hypertensie, en met name ten koste van ACE-remmers, en wijzen op de moeilijkheid voor Servier om bij huisartsen binnen te komen, met name vanwege de financiële en personele investeringen van andere fabrikanten van producten tegen hypertensie.

1561 De Commissie stelt dat de stabiele promotie-uitgaven van Servier in de onderzochte periode suggereren dat de promotie van perindopril voornamelijk op zichzelf stond en er geen sprake was van blootstelling aan een sterke concurrentiedruk.

1562 De stabiliteit van de promotie-uitgaven van Servier blijkt evenwel niet uit de stukken van het dossier, en met name niet uit de informatie van het IMS Health-onderzoek, aangezien de hoogte van de uitgaven in de onderzochte periode aanzienlijke schommelingen vertoonde. Voorts impliceert de stabiliteit van de promotie-uitgaven, gesteld al dat die is bewezen, niet per definitie dat geen sprake is van aanzienlijke door andere ACE-remmers uitgeoefende concurrentiedruk. Het op een dermate hoog niveau handhaven van de promotie-uitgaven kan getuigen van de wil van de onderneming om haar verkoop veilig te stellen ten opzichte van op therapeutisch vlak substitueerbare producten die een aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenen op perindopril. De Commissie legt niet uit waarom het voor een marktdeelnemer met een machtspositie als Servier bij het ontbreken van aanzienlijke concurrentiedruk nodig zou moeten zijn om gedurende zo'n lange periode een dusdanig aandeel van haar totale omzet aan promotie-uitgaven te besteden.

1563 Het feit dat Servier haar promotionele inspanningen heeft onderbroken toen de generieke versies tot de markt toetraden, wijst er evenmin op dat er vóór de markttoetreding van de generieke versies geen sprake was van aanzienlijke concurrentiedruk. Hoewel de verwachting dat winst uitblijft de fabrikant kan ontmoedigen om promotionele inspanningen te verrichten, kan het vooruitzicht van winst hem immers aanmoedigen om te investeren in de promotie van het product. Het is echter mogelijk dat Servier voorafgaand aan de markttoetreding van de generieke versie de legitieme verwachting koesterde dat haar promotionele inspanningen positieve resultaten zouden opleveren. Servier werd voorafgaand aan de markttoetreding van de generieke versies mogelijk aangespoord om promotionele inspanningen te verrichten in een context die, met name vanwege het ontbreken van heterogeniteit van de klasse van ACE-remmers, werd gekenmerkt door concurrentie tussen die geneesmiddelen.

1564 Bijgevolg blijkt niet uit de promotie-uitgaven van Servier in de onderzochte periode dat zij geen aanzienlijke concurrentiedruk van andere ACE-remmers zou hebben ondervonden.

1565 Derhalve volgt uit het voorgaande dat de Commissie de promotionele inspanningen van de laboratoria en het belang ervan niet naar behoren in aanmerking heeft genomen bij de analyse van de concurrentieverhoudingen tussen perindopril en de andere ACE-remmers.

1566 Uit alle hierboven in de punten 1418 tot en met 1565 uiteengezette overwegingen volgt dat de tweede door verzoeksters opgeworpen grief gegrond is.

*4) Tweede onderdeel van de eerste grief, ontleend aan het buitensporig belang van het prijscriterium in de marktanalyse, en derde, subsidiaire, grief, ontleend aan ongeldigheid van de door de Commissie verrichte econometrische analyse*

1567 Ter afbakening van de markt van de betrokken producten, heeft de Commissie in de overwegingen 2460 tot en met 2495 van het bestreden besluit een analyse gemaakt van de zogenaamde „natuurlijke” gebeurtenissen die zich op de markten van Frankrijk, Nederland, Polen en het Verenigd Koninkrijk hebben voorgedaan.

- 1568 De Commissie heeft overwogen dat, wanneer twee producten verwante substituten waren, een aanzienlijke prijsverlaging van het ene product tot een verlaging van de omzet van het andere product zou moeten leiden. De Commissie heeft door middel van een voorafgaande visuele beoordeling en vervolgens door middel van een econometrische berekening geprobeerd een beoordeling te maken van de invloed van een prijsverlaging van de andere geneesmiddelen tegen hypertensie op de verkoop van perindopril. Hiertoe heeft de Commissie in het bijzonder de invloed van de toetreding van de generieke perindoprilversies op de verkoop van perindopril vergeleken met die van de toetreding van de andere generieke ACE-remmers. Volgens de Commissie blijkt uit de omstandigheid dat de perindoprilverkoop minder nadeel had ondervonden van de toetreding van de andere generieke ACE-remmers dan van die van haar eigen generieke versies, dat de ACE-remmers wat de prijzen betreft geen aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenden op perindopril (overweging 2494 van het bestreden besluit).
- 1569 Ter afsluiting van haar analyse van de natuurlijke gebeurtenissen heeft de Commissie overwogen dat de prijzen van perindopril, naast de door het generieke perindopril uitgeoefende druk, geen aanzienlijke concurrentiedruk ondervonden van andere producten, en met name niet van andere ACE-remmers. De prijsverlagingen van de andere ACE-remmers hebben volgens de Commissie geen significante nadelige gevolgen gehad voor de verkoop en de omzet van perindopril.
- 1570 Met het tweede onderdeel van hun eerste grief stellen verzoeksters dat de Commissie bij haar analyse van de relevante productmarkt een buitensporig belang aan de prijsfactor heeft toegekend. In het kader van hun derde grief stellen zij subsidiair dat de econometrische analyse van de Commissie onjuist is.
- 1571 Zoals vooraf is opgemerkt in de punten 1385 tot en met 1404 hierboven, blijkt in de eerste plaats uit de rechtspraak dat de specifieke kenmerken van de mededinging in de farmaceutische sector geen afbreuk doen aan de relevantie van prijsgerelateerde factoren voor de beoordeling van de concurrentiedruk, met dien verstande dat deze factoren in hun specifieke context dienen te worden beoordeeld (arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie, T-321/05, EU:T:2010:266, punt 183).
- 1572 In casu kon de Commissie in het kader van de afbakening van de relevante markt dus nagaan of perindopril aanzienlijke concurrentiedruk ondervond van de relatieve prijsveranderingen van andere ACE-remmers, en rekening houden met het resultaat van dat onderzoek.
- 1573 De Commissie heeft uit haar analyse van de prijsveranderingen van andere ACE-remmers afgeleid dat perindopril hiervan geen belangrijke concurrentiedruk ondervond. De geringe gevoeligheid van perindopril voor de prijsveranderingen van andere ACE-remmers blijkt immers uit meerdere stukken van het dossier, met name uit de interne documenten van Servier dan wel uit de door de Commissie onder voorschrijvende artsen gehouden enquête. Die conclusie op zich wordt overigens niet door verzoeksters betwist. Verzoeksters zelf merken op dat artsen over het algemeen niet erg gevoelig zijn voor de prijs en zich bij hun keuzen voornamelijk laten leiden door de geschiktheid en de therapeutische doeltreffendheid van de verschillende geneesmiddelen en niet zozeer door de prijzen ervan, en dat de mededinging tussen laboratoria zich hoofdzakelijk afspeelt op andere gebieden dan de prijzen, zoals innovatie, productkwaliteit en promotie.
- 1574 Zoals verzoeksters terecht stellen, kan evenwel op basis van de analyse van de natuurlijke gebeurtenissen zoals die door de Commissie is opgevat – te weten vanuit de invalshoek van de prijsveranderingen – niet worden geconcludeerd dat een kwalitatieve, niet-tarifaire concurrentiedruk ontbreekt.
- 1575 Zoals in de punten 1395 en 1397 hierboven is opgemerkt, kunnen zowel de vrije keuze van artsen uit de op de markt verkrijgbare oorspronkelijke geneesmiddelen of uit de oorspronkelijke geneesmiddelen en de generieke versies van andere moleculen, als het prioritaire belang dat voorschrijvende artsen aan de therapeutische aspecten hechten, in voorkomend geval immers leiden tot een aanzienlijke concurrentiedruk van kwalitatieve, niet-tarifaire aard die buiten de gebruikelijke

prijzdrukmechanismen om wordt uitgeoefend. Van een dergelijke druk kan zowel sprake zijn in het geval dat de therapeutische voordelen van een geneesmiddel duidelijk superieur blijken aan die van andere voor de behandeling van dezelfde aandoening verkrijgbare geneesmiddelen, als in het geval dat de verkrijgbare geneesmiddelen door de voorschrijvende artsen als gelijkwaardig worden erkend of beschouwd.

- 1576 Wanneer de voorschrijvende artsen voor de behandeling van eenzelfde aandoening de keuze hebben uit geneesmiddelen waarvan er geen als superieur aan de andere wordt erkend of beschouwd, met name omdat zij dezelfde werkingswijze hebben of omdat zij qua therapeutische voordelen of bijwerkingen niet van elkaar kunnen worden onderscheiden, berust het onderzoek van de mededinging tussen die geneesmiddelen tevens grotendeels op een kwalitatieve vergelijking. De keuze van de praktiserende arts wordt doorgaans niet in de eerste plaats bepaald door de respectieve kosten van die behandelingen, maar door de mate waarin zij therapeutisch gezien van elkaar verschillen, door de geschiktheid ervan voor het profiel van de patiënt, door de kennis van de arts van de verschillende geneesmiddelen, dan wel door zijn persoonlijke ervaringen of door die van zijn patiënten.
- 1577 Zoals blijkt uit het antwoord op de tweede grief, was het bovendien mogelijk dat perindopril, aangezien het op therapeutisch vlak niet significant van andere ACE-remmers verschilde, werd blootgesteld aan een niet-tarifaire, kwalitatieve concurrentiedruk, die de Commissie naar behoren in aanmerking had moeten nemen. Die concurrentiedruk, die met name door middel van de promotionele activiteiten van de fabrikanten van andere ACE-remmers kon worden uitgeoefend, betrof zowel nieuwe patiënten als patiënten die reeds met een behandeling met perindopril waren begonnen.
- 1578 De omstandigheid dat perindopril niet erg gevoelig is voor de prijsveranderingen van andere ACE-remmers impliceerde dus niet per definitie dat dat geneesmiddel geen aanzienlijke concurrentiedruk van die geneesmiddelen ondervond. Uit die omstandigheid kan niet worden afgeleid dat perindopril is behoed voor een aanzienlijke concurrentiedruk die, zoals verzoeksters stellen, voortvloeit uit andere dimensies dan de prijzen, zoals innovatie, productkwaliteit en promotie. Dienaangaande brengt de Commissie zelf in overweging 2543 van het bestreden besluit in herinnering dat sprake kan zijn van economische substitueerbaarheid wanneer veranderingen in andere belangrijke economische variabelen dan de prijs tot gevolg hebben dat een belangrijk deel van de omzet van een product overgaat naar een ander product.
- 1579 De omstandigheid dat de verkoop en de prijzen van perindopril pas na de toetreding van het generieke perindopril zijn gedaald, en stabiel zijn gebleven of in mindere mate zijn veranderd toen de natuurlijke gebeurtenissen zich voordeden die verband hielden met de prijsveranderingen van andere moleculen, kan dan ook niet tot de conclusie leiden dat tot aan de komst van de generieke perindoprilversies geen concurrentiedruk bestond.
- 1580 In de tweede plaats blijkt uit de stukken van het dossier dat de Commissie, door uit de analyse van de natuurlijke gebeurtenissen af te leiden dat de ACE-remmers geen aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenden op perindopril, bij de afbakening van de productmarkt een buitensporig belang aan de prijsfactor heeft toegekend, zoals verzoeksters terecht benadrukken.
- 1581 Uit de stukken van het dossier blijkt immers dat de prijsfactor in de analyse van de Commissie een beslissende factor is geweest om de andere ACE-remmers van de relevante markt uit te sluiten. Uit de bewoordingen zelf van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie zich hoofdzakelijk heeft gebaseerd op de analyse van de tarifaire natuurlijke gebeurtenissen om ACE-remmers als ramipril, enalapril of lisinopril – die door Servier als haar naaste concurrenten zijn omschreven – van de relevante markt uit te sluiten. De Commissie heeft bijvoorbeeld in overweging 2460 en in voetnoot 3245 van het bestreden besluit de nadruk gelegd op het belang van de resultaten van haar econometrische analyse waarmee zij beoogde na te gaan of de prijsverlaging van bepaalde ACE-remmers, die het gevolg was van de lancering van de generieke versies van die geneesmiddelen, al dan niet van invloed was geweest op de verkoop van perindopril. De Commissie heeft in het bestreden besluit – onder meer in

de overwegingen 2527 en 2534 – herhaaldelijk opgemerkt dat het uit het regelgevingskader voortvloeiende ontbreken van druk op de prijzen, waarvan was gebleken bij de analyse van de natuurlijke gebeurtenissen, kon worden geconcludeerd dat geen enkele andere molecule een aanzienlijke concurrentiedruk had uitgeoefend op perindopril. In overweging 2546 van het bestreden besluit heeft zij overwogen dat het feit dat de door de generieke versies uitgeoefende concurrentiedruk een orde van grootte groter was dan iedere andere potentiële concurrentiedruk waaraan perindopril blootstond, vanzelfsprekend leidde tot de afbakening van een beperkte markt die enkel uit het geneesmiddel in kwestie bestond.

1582 Het belang van de analyse van de met prijsveranderingen verband houdende natuurlijke gebeurtenissen voor de door de Commissie verrichte marktafbakening wordt tevens benadrukt in het verweerschrift van de Commissie, waarin is gepreciseerd dat verzoeksters volgens die analyse in de vier betrokken lidstaten geen aanzienlijke concurrentiedruk ondervonden van de fabrikanten van andere ACE-remmers. Wat Polen betreft vermeldt het verweerschrift dat uit de analyse van de natuurlijke gebeurtenissen blijkt dat de andere geneesmiddelen uit dezelfde klasse geen concurrentiedruk uitoefenden op perindopril.

1583 Ter terechtzitting heeft de Commissie nogmaals benadrukt dat de vaststelling dat de perindoprilverkoop niet is gedaald bij de markttoetreding van de andere generieke ACE-remmers – die veel goedkoper zijn dan perindopril – centraal stond in haar analyse en tot de conclusie kon leiden dat de andere ACE-remmers geen aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenden.

1584 Door aldus een doorslaggevend belang toe te kennen aan de resultaten van haar analyse van de natuurlijke gebeurtenissen, die hoofdzakelijk op de impact van prijsveranderingen berustte, heeft de Commissie geen rekening gehouden met de volledige context die eigen is aan de farmaceutische sector en heeft zij onvoldoende aandacht besteed aan de elementen op basis waarvan het bestaan van een kwalitatieve of niet-tarifaire concurrentiedruk kan worden vastgesteld.

1585 In die omstandigheden moet het tweede onderdeel van de eerste door Servier opgeworpen grief betreffende het buitensporige belang dat de Commissie aan de ontwikkelingen van de relatieve geneesmiddelenprijzen heeft toegekend, worden aanvaard. De Commissie kon niet uit de analyse van de natuurlijke gebeurtenissen en uit de geringe gevoeligheid van perindopril voor de prijsveranderingen van andere ACE-remmers opmaken dat Servier geen concurrentiedruk van welke aard dan ook van andere producten ondervond, anders dan de druk van de generieke versie van perindopril.

1586 Aangezien het Gerecht het aan de analyse van de prijzen ontleende en primair door verzoeksters aangevoerde tweede onderdeel van de eerste grief aanvaardt, behoeft niet te worden ingegaan op de derde door verzoeksters opgeworpen grief waarmee zij subsidiair aanvoeren dat de door de Commissie verrichte econometrische analyse van de prijzen qua methode gebrekkig is.

## 5) Conclusie

1587 Vooraf zij eraan herinnerd dat de wettigheidstoetsing van artikel 263 VWEU, zoals is opgemerkt in de punten 1373 tot en met 1375 hierboven, betrekking heeft op alle aspecten van de in procedures op grond van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU vastgestelde besluiten van de Commissie, welke door het Gerecht grondig, zowel juridisch als feitelijk, worden getoetst op basis van de door verzoekers aangevoerde middelen en rekening houdende met alle door verzoekers aangedragen informatie (arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 72).



1588 Bovendien heeft de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge wat economische vraagstukken betreft, maar neemt dit niet weg dat de Unierechter de uitlegging door de Commissie van economische gegevens mag toetsen. De Unierechter moet immers niet slechts nagaan of de bewijselementen waarop de Commissie zich baseert, materieel juist, betrouwbaar en coherent zijn, maar ook of deze elementen het relevante feitenkader vormen dat voor de beoordeling van een ingewikkelde situatie in aanmerking moet worden genomen, en of zij de eraan verbonden conclusies kunnen dragen (arresten van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 39; 8 december 2011, Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 54, en 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 54). Wanneer de Commissie voor de kwalificatie van een gedraging in het kader van het bepaalde in artikel 102 VWEU daadwerkelijk een belangrijke rol toekent aan een economische analyse van de mogelijkheid om met behulp van een korting een concurrent uit te sluiten die even efficiënt is (AEC-criterium), dient de Unierechter alle argumenten te onderzoeken die zijn aangevoerd door de onderneming die op grond van dat criterium is bestraft (zie in die zin arrest van 6 september 2017, Intel/Commissie, C-413/14 P, EU:C:2017:632, punten 141-144).

1589 In casu moet ter afsluiting van zowel de algehele beoordeling van de elementen waarop de Commissie haar analyse heeft gebaseerd als het onderzoek van de door verzoeksters opgeworpen grieven worden vastgesteld dat de Commissie bij de analyse van de afbakening van de relevante markt een reeks fouten heeft gemaakt. De Commissie heeft immers:

- ten onrechte overwogen dat ACE-remmers wat therapeutisch gebruik betreft een heterogene geneesmiddelklasse vormden en dat perindopril binnen die klasse geneesmiddelen over bijzondere eigenschappen beschikte;
- ten onrechte geconcludeerd dat een mechanisme van „inertie” van artsen had geleid tot een aanzienlijke beperking van de concurrentiedruk die wat nieuwe patiënten betreft op perindopril werd uitgeoefend door andere ACE-remmers;
- de bereidheid van perindoprilgebruikende patiënten om van behandeling te veranderen onderschat;
- niet naar behoren rekening gehouden met de promotionele inspanningen van de laboratoria en het belang ervan voor de analyse van de concurrentieverhoudingen;
- geen rekening gehouden met de bijzondere kenmerken van de mededinging in de farmaceutische sector, door ten onrechte uit een hoofdzakelijk op prijsveranderingen gebaseerde analyse van de natuurlijke gebeurtenissen af te leiden dat perindopril geen aanzienlijke concurrentiedruk van andere ACE-remmers ondervond.

1590 Door zich op een analyse te baseren die gebrekkig is wegens de hierboven in herinnering gebrachte fouten, heeft de Commissie de relevante markt beperkt tot enkel de perindopriilmolecule, terwijl uit de stukken van het dossier blijkt dat perindopril mogelijk aanzienlijke, niet-tarifaire concurrentiedruk van andere ACE-remmers ondervond. In die omstandigheden moet worden overwogen dat de door de Commissie gemaakte fouten ertoe leiden dat het resultaat van de analyse onjuist is.

1591 Ter afsluiting van een beoordeling die door het Gerecht is verricht binnen de in de punten 1587 en 1588 hierboven in herinnering gebrachte grenzen van de rechterlijke toetsing, moet aldus worden vastgesteld dat niet is bewezen dat de relevante productmarkt zich enkel tot het oorspronkelijke en het generieke perindopril beperkt.

1592 Gelet op het voorgaande moet het veertiende middel, waarmee kritiek wordt geuit op de afbakening van de markt van de eindproducten als zijnde de markt van het oorspronkelijke en het generieke perindopril, worden aanvaard.

### **13. Beoordelingsfouten met betrekking tot het bestaan van een machtspositie op de markt van de eindproducten**

#### **a) Argumenten van partijen**

[omissis]

#### **b) Beoordeling door het Gerecht**

- 1595 Vooraf zij eraan herinnerd dat uit vaste rechtspraak blijkt dat de in artikel 102 VWEU bedoelde machtspositie betrekking heeft op een economische machtspositie van een onderneming die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen (arresten van 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie*, 27/76, EU:C:1978:22, punt 65, en 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie*, 85/76, EU:C:1979:36, punt 38).
- 1596 In casu heeft de Commissie in overweging 2593 van het bestreden besluit geconcludeerd dat Servier tussen januari 2000 en juni 2007 in het Verenigd Koninkrijk, tussen januari 2000 en december 2007 in Nederland, tussen januari 2000 en december 2009 in Frankrijk en tussen januari 2000 en december 2009 in Polen een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU had gehad op de markt van het oorspronkelijke en het generieke perindopril.
- 1597 Voor de vaststelling dat Servier een machtspositie innam op de markt van het oorspronkelijke en het generieke perindopril, heeft de Commissie zich gebaseerd op het marktaandeel van Servier op de betrokken markt, het bestaan van drempels voor markttoetreding, het bestaan van aanzienlijke surpluswinst en het ontbreken van door de openbare autoriteiten uitgeoefende compenserende afnemersmacht. In de overwegingen 2594 tot en met 2600 van het bestreden besluit heeft de Commissie hieraan toegevoegd dat er onafhankelijk van de door haar verrichte afbakening van de markt solide bewijs bestond – namelijk het bestaan van aanzienlijke surpluswinst – waaruit rechtstreeks bleek dat Servier van marktmacht profiteerde.
- 1598 Verzoeksters betwisten dat er sprake is van een machtspositie en stellen in het bijzonder dat de productmarkt zich niet beperkt tot het oorspronkelijke en het generieke perindopril.
- 1599 Aangezien de markt, zoals in antwoord op het vorige middel is opgemerkt, onjuist is afgebakend, voor zover die afbakening de productmarkt tot enkel het oorspronkelijke en het generieke perindopril beperkt, moet bijgevolg worden overwogen dat ook het onderzoek van de economische marktmacht van Servier onjuist is.
- 1600 Daarenboven merkt het Gerecht op dat aan ten minste twee van de belangrijkste criteria voor de beoordeling van de economische macht van Servier, namelijk de marktaandelen en het bestaan van aanzienlijke surpluswinst, afbreuk wordt gedaan door de onjuiste afbakening van de relevante markt.
- 1601 Wat de marktaandelen betreft, heeft de Commissie in overweging 2561 van het bestreden besluit aangegeven dat bescheiden marktaandelen over het algemeen een goede graadmeter zijn voor het ontbreken van een sterke marktmacht. Zij heeft tevens overwogen dat een marktaandeel van meer dan 50 % extreem groot is en als zodanig, behalve in uitzonderlijke omstandigheden, een bewijs vormde voor het bestaan van een machtspositie, en dat een marktaandeel tussen de 70 en 80 % een duidelijke aanwijzing vormde voor een machtspositie.

- 1602 De Commissie heeft in de overwegingen 2563 tot en met 2567 van het bestreden besluit geoordeeld dat de marktaandeelen van Servier op de relevante markt, zelfs indien rekening werd gehouden met de rol van de parallelle importeurs in Nederland, extreem groot waren (waaronder een marktaandeel van 90 tot 100 % in Frankrijk, in Polen en in het Verenigd Koninkrijk tussen 2000 en 2005) en in ieder geval groter dan 50 %.
- 1603 Aangezien de Commissie heeft blijk gegeven van een fout door te overwegen dat de relevante productmarkt zich enkel tot het oorspronkelijke en het generieke perindopril beperkte, is de door de Commissie verrichte berekening van de marktaandeelen per definitie onjuist.
- 1604 Het Gerecht merkt op dat vaststaat dat, indien de Commissie de relevante markt zou hebben afgebakend op het niveau van alle ACE-remmers en niet op dat van de perindopriilmolecule, het gemiddelde marktaandeel van Servier in de vier door de Commissie onderzochte lidstaten minder dan 25 % zou zijn geweest, dus minder dan de marktaandeeldrempels die volgens het bestreden besluit op het bestaan van een machtspositie wijzen.
- 1605 De Commissie merkt dienaangaande in het bestreden besluit op dat de berekeningen van de marktaandeelen van Servier op de markt van ACE-remmers niet gebaseerd zijn op de waarde van de verkopen, maar op het in gedefinieerde dagelijkse doses uitgedrukte verkoopvolume, wat tot een overschatting van de waarde van de verkopen van ramipril zou leiden. Maar buiten het feit dat de Commissie geen enkele alternatieve analyse van de relatieve verkoop van de verschillende ACE-remmers verstrekt, blijkt uit de punten 1494 en 1498 hierboven dat perindopril in januari 2000 in alle betrokken landen over een veel kleiner patiëntenbestand beschikte dan andere ACE-remmers, zoals ramipril, enalapril of lisinopril. In de periode waarin de door het bestreden besluit beoogde praktijken plaatsvonden, is Servier op geen enkel moment en op geen enkele geografische markt de bestverkochte ACE-remmer naar aantal verkochte tabletten en capsules geweest.
- 1606 Wat surpluswinst betreft, heeft de Commissie overwogen dat Servier aanzienlijke surpluswinst genoot. Zij heeft surpluswinst omschreven als winst die bijzonder hoog en bestendig is ten opzichte van de winst die met het betrokken product op een concurrerende markt zou worden gemaakt. Zij heeft de winst die Servier vóór de toetreding van de generieke geneesmiddelen had gemaakt, geschat door het verschil tussen de prijzen van vóór en van na de toetreding van de generieke geneesmiddelen te vermenigvuldigen met de door de oorspronkelijke fabrikant verkochte aantallen. Die redenering berust evenwel op de premisse dat de markt zich enkel tot het oorspronkelijke en het generieke perindopril beperkt, en dat dus vóór de toetreding van het generieke perindopril geen concurrerende markt bestond. Aangezien de Commissie niet heeft bewezen dat de markt zich enkel tot het oorspronkelijke en het generieke perindopril beperkte, kon zij op basis van een dergelijke berekening geen schatting maken van de hoogte van de surpluswinst van Servier. In die omstandigheden is niet vast komen te staan dat Servier aanzienlijke surpluswinst genoot.
- 1607 Aldus doet de onjuiste marktafbakening afbreuk aan de door de Commissie verrichte beoordeling van twee wezenlijke elementen van haar betoog, namelijk de marktaandeelen en het bestaan van surpluswinst. Zonder dat het bestaan van toetredingsdrempels en compenserende afnemersmacht van de openbare autoriteiten onderzoek behoeft, kon de Commissie dus hoe dan ook niet op de door haar gekozen gronden concluderen dat Servier een machtspositie innam en zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk kon gedragen.
- 1608 Derhalve moet het onderhavige middel, dat is ontleend aan het ontbreken van een machtspositie op de markt van de eindproducten, worden aanvaard.

#### **14. Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot het bestaan van een machtspositie op de markt van de technologie**

##### **a) Argumenten van partijen**

[omissis]

##### **b) Beoordeling door het Gerecht**

- <sup>1611</sup> De Commissie heeft in de overwegingen 2667 en 2758 van het bestreden besluit geoordeeld dat de relevante markt van de technologie zich beperkte tot de technologie van het WFB van perindopril, en dat Servier op die markt een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU innam.
- <sup>1612</sup> Verzoeksters betwisten de conclusies van de Commissie en stellen met name dat de fouten waarvan de Commissie bij de afbakening van de markt van de eindproducten heeft blijk gegeven tevens afbreuk doen aan de afbakening van de markt van de technologie en aan het onderzoek van de machtspositie van Servier op die markt.
- <sup>1613</sup> Dienaangaande heeft het Gerecht de partijen ter terechtzitting vragen gesteld over de gevolgen die de eventuele aanvaarding van het middel betreffende de onjuiste afbakening van de markt van de eindproducten zou moeten hebben voor de rechtmatigheid van het besluit, voor zover het op artikel 102 VWEU berust.
- <sup>1614</sup> Volgens de Commissie liet een eventuele onjuiste afbakening van de markt van de eindproducten onverlet dat Servier een machtspositie innam op de markt van de technologie. De Commissie stelt dat de machtspositie van Servier blijkt uit de beoordeling van een reeks relevante criteria, in het bijzonder op die van de vraag naar het WFB van perindopril, die niet afhankelijk is van de afbakening van de markt van de eindproducten.
- <sup>1615</sup> Wat de afbakening van de markt van de technologie betreft, blijkt uit het bestreden besluit dat de Commissie zich voor de vaststelling dat de relevante markt van de technologie die van de technologie van het WFB van perindopril was, met name heeft gebaseerd op het feit dat de markt van de eindproducten, die in een verticale verhouding staat tot de markt van de technologie, zich beperkte tot enkel het oorspronkelijke en het generieke perindopril. Aldus heeft zij overwogen dat de vraag naar de technologie van het WFB voortvloeit uit de vraag naar het uiteindelijke geneesmiddel met perindopril (overwegingen 2648 tot en met 2651 van het bestreden besluit). De Commissie heeft dus haar onjuiste afbakening van de relevante markt van de eindproducten gebruikt voor haar analyse van de markt van de technologie, in het bijzonder om de vraag op laatstgenoemde markt te beoordelen.
- <sup>1616</sup> Zoals de Commissie aanvoert, heeft zij in het kader van haar analyse van de markt van de technologie evenwel ook andere elementen gebruikt voor de afbakening van die markt, met name een analyse van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde (overwegingen 2657 en verder van het bestreden besluit).
- <sup>1617</sup> In casu hoeft voor de beoordeling van het middel betreffende de fouten die door de Commissie bij de vaststelling van het bestaan van een machtspositie van Servier op de markt van de technologie zijn gemaakt, evenwel geen uitspraak te worden gedaan over de al dan niet onjuiste afbakening van die markt.
- <sup>1618</sup> Uit de overwegingen 2668 en 2669 van het bestreden besluit blijkt immers dat de Commissie op basis van uitingen van de machtspositie van Servier op de markt van de eindproducten heeft overwogen dat Servier een machtspositie innam op de markt van de technologie.



- 1619 De Commissie heeft de positie van Servier op de markt van de technologie van het WFB in het bijzonder beoordeeld door zich in de overwegingen 2735 en verder van het bestreden besluit te baseren op de marktaandeelen van Servier op de markt van de eindproducten. De Commissie heeft in overweging 2738 van het bestreden besluit uitdrukkelijk aangegeven dat de marktpositie van een bepaalde technologie van het WFB in essentie afhangt van de capaciteit van een farmaceutisch eindproduct om al dan niet op levensvatbare wijze op de markt te worden gebracht. Aldus heeft de Commissie in de overwegingen 2743, 2746, 2751 en 2755 van het bestreden besluit geoordeeld dat Servier, behoudens uitzonderingen, de enige onderneming was die perindopril verhandelde, en hieruit afgeleid dat zij op de markt van de technologie van perindopril een machtspositie innam. De door de Commissie geanalyseerde positie van Servier in termen van marktaandeelen op de upstream-markt is dus hoofdzakelijk de afspiegeling van de positie van Servier op de markt van de eindproducten.
- 1620 Hieruit volgt dat de afbakening van de markt van de eindproducten doorslaggevend is geweest voor de vaststelling door de Commissie dat Servier een machtspositie innam op de markt van de technologie.
- 1621 Aangezien de markt van de eindproducten onjuist is afgebakend, kon de Commissie op die basis niet aantonen dat Servier op de markt van de technologie een machtspositie innam.
- 1622 Gelet op het voorgaande moet het middel dat is ontleend aan de door de Commissie gemaakte fouten bij de vaststelling van het bestaan van een machtspositie van Servier op de markt van de technologie worden aanvaard, zonder dat behoeft te worden ingegaan op de grief van verzoeksters betreffende de onjuiste afbakening van die markt.

### ***15. Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot het bestaan van misbruik van machtspositie***

#### ***a) Argumenten van partijen***

[omissis]

#### ***b) Beoordeling door het Gerecht***

- 1625 De Commissie heeft in overweging 2997 van het bestreden besluit overwogen dat de strategie van Servier, die bestond in het combineren van de aanschaf van de technologie van het WFB en de sluiting van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied tegen betaling in omgekeerde richting, één enkele voortgezette inbreuk vormde op artikel 102 VWEU.
- 1626 Gelet op alle overwegingen die in antwoord op de drie voorgaande middelen zijn uiteengezet, moet niettemin worden vastgesteld dat de fouten waarvan de Commissie heeft blijk gegeven bij de beoordeling van de machtspositie van Servier op de markt van de eindproducten en op de markt van de technologie per definitie afbreuk doen aan het bestaan van misbruik van machtspositie. Bij het ontbreken van een machtspositie is de vraag naar misbruik van die positie immers niet langer relevant.
- 1627 Ten overvloede merkt het Gerecht op dat het ontbreken van een machtspositie van Servier op de enkele markt van de eindproducten volstaat om het aan Servier in het bestreden besluit verweten misbruik van machtspositie in twijfel te trekken.
- 1628 In dat verband heeft het Gerecht, zoals opgemerkt in punt 1613 hierboven, de partijen ter terechtzitting vragen gesteld over de gevolgen die de eventuele aanvaarding van het middel betreffende de onjuiste afbakening van de markt van de eindproducten zou moeten hebben voor het bestaan van een inbreuk op artikel 102 VWEU.

1629 De Commissie heeft dienaangaande aangevoerd dat zelfs indien de afbakening van de markt van de eindproducten door het Gerecht zou worden verworpen, geen afbreuk zou worden gedaan aan het bestaan van een inbreuk op artikel 102 VWEU. Zij heeft met name uiteengezet dat de twee misbruikmakende gedragingen die aan Servier in het kader van misbruik van machtspositie worden verweten, te weten de aanschaf van de technologie van Azad en de reeks met generieke ondernemingen gesloten schikkingsovereenkomsten op octrooigebied, verband hielden met de markt van de technologie.

1630 Niettemin moet worden opgemerkt dat het door de Commissie vastgestelde misbruik van een machtspositie volgens de bewoordingen van overweging 2765 van het bestreden besluit in wezen tot doel had om de positie van Servier op de perindoprilmarkt tegen iedere toetreding van generieke producten te beschermen teneinde de inkomsten van Servier uit perindopril veilig te stellen. Aldus heeft de Commissie Servier één enkele voortgezette inbreuk verweten, die hoofdzakelijk tot doel had om via het vertragen van de toetreding van generieke producten de positie en de inkomsten van Servier op de markt van de eindproducten van perindopril te beschermen. Teneinde de aan Servier verweten gedraging te verklaren en te karakteriseren, heeft de Commissie zich dus gebaseerd op de aan die onderneming toegeschreven wil om haar positie op de markt van de eindproducten te verdedigen.

1631 Bovendien heeft de Commissie, die voor de karakterisering van de gedraging hoofdzakelijk heeft verwezen naar de markt van de eindproducten, de feiten gekwalificeerd als één enkele voortgezette inbreuk, die betrekking had op zowel de upstream-markt van de technologie als op de markt van de eindproducten. Hoewel het bestreden besluit, zoals de Commissie in herinnering brengt, onderscheid maakt tussen een gedraging die bestaat in de aanschaf van de technologie van Azad en gedragingen die bestaan in schikkingsovereenkomsten, maakt zij daarentegen binnen de enkele voortgezette inbreuk geen onderscheid tussen de gedragingen van Servier die enkel de markt van de technologie zouden betreffen en de andere gedragingen van Servier die zouden berusten op de vaststelling van een machtspositie van Servier op de markt van de eindproducten. Noch de gedraging die bestaat in de aanschaf van de technologie van Azad, noch de gedragingen die bestaan in de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied worden in het bestreden besluit enkel op grond van de machtspositie van Servier op de markt van de technologie als inbreuken op artikel 102 VWEU gekwalificeerd. Nu geen sprake is van een machtspositie van Servier op de markt van de eindproducten, komt dus één van de wezenlijke gronden voor de vaststelling van het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk te vervallen, zonder dat de gedraging van Servier kan worden opgevat als een op zichzelf staande gedraging die enkel betrekking zou hebben op de markt van de technologie en waarvan het inbreukmakende karakter niet zou afhangen van een machtspositie van de onderneming op de perindoprilmarkt.

1632 Derhalve moet het onderhavige middel worden aanvaard.

1633 Uit het onderzoek van de vier voorgaande middelen blijkt dat het bestreden besluit deels moet worden nietig verklaard, voor zover hierin het bestaan van een inbreuk op artikel 102 VWEU is vastgesteld. Bijgevolg moet artikel 6 van dat besluit worden nietig verklaard.

### ***16. Subsidiare vorderingen tot nietigverklaring of verlaging van de geldboeten***

1634 Verzoeksters verzoeken om nietigverklaring of verlaging van de aan hen opgelegde geldboeten.

1635 Verzoeksters baseren hun vordering tot nietigverklaring of verlaging van die geldboeten op zeven middelen, die achtereenvolgens moeten worden onderzocht.

- 1636 Allereerst moet, teneinde rekening te houden met de nietigverklaring van artikel 4 van het bestreden besluit voor zover de Commissie in dat artikel met betrekking tot de overeenkomsten tussen Servier en Krka (zie het gedeelte hierboven over de met Krka gesloten overeenkomsten) de deelname van verzoeksters aan een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU heeft vastgesteld, artikel 7, lid 4, onder b), van het bestreden besluit worden nietig verklaard, waarbij de Commissie Servier uit hoofde van die inbreuk een geldboete van 37 661 800 EUR heeft opgelegd.
- 1637 Gelet op die nietigverklaring hoeft niet te worden onderzocht of de middelen of de grieven die zijn aangevoerd ter ondersteuning van de vorderingen betreffende de in punt 1636 hierboven bedoelde geldboete gegrond zijn.
- 1638 Evenzo moet, om rekening te houden met de nietigverklaring van artikel 6 van het bestreden besluit, waarbij de Commissie een inbreuk op artikel 102 VWEU heeft vastgesteld (zie de gedeelten hierboven over de afbakening van de relevante markt, het bestaan van een machtspositie op de twee relevante markten en misbruik van machtspositie), artikel 7, lid 6, van het bestreden besluit worden nietig verklaard, waarbij de Commissie Servier uit hoofde van die inbreuk een geldboete van 41 270 000 EUR heeft opgelegd.
- 1639 Gelet op die nietigverklaring hoeft niet te worden onderzocht of de middelen of de grieven die zijn aangevoerd ter ondersteuning van de vorderingen betreffende de in punt 1638 hierboven bedoelde geldboete gegrond zijn.
- 1640 Bijgevolg worden in de navolgende overwegingen de grieven of de argumenten die betrekking hebben op de met Krka gesloten overeenkomsten of op het misbruik van machtspositie in principe niet onderzocht en zelfs niet genoemd. Wanneer zij bij wijze van uitzondering toch aan bod komen, zullen zij ten overvloede worden onderzocht.

***a) Onvoorzienbaarheid van de in het bestreden besluit gekozen uitleg***

*1) Argumenten van partijen*

[omissis]

*2) Beoordeling door het Gerecht*

- 1655 Vooraf moet worden benadrukt dat de doeltreffende bestraffing van inbreuken op het gebied van het mededingingsrecht niet zover kan gaan dat het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen, als neergelegd in artikel 49 van het Handvest van de grondrechten, wordt geschonden (zie naar analogie, wat betreft strafrechtelijke sancties en de op de lidstaten rustende verplichting tot bestrijding van illegale activiteiten die de financiële belangen van de Unie schaden, arrest van 5 december 2017, M.A. S. en M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, punt 61).
- 1656 Vervolgens zij eraan herinnerd dat het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen volgens de rechtspraak van het Hof vereist dat de wet een duidelijke omschrijving geeft van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de uitlegging die de rechterlijke instanties daarvan hebben gegeven, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld (zie arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 1657 Het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen kan niet aldus worden uitgelegd dat het de geleidelijke verduidelijking van de regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid door rechterlijke uitlegging in achtereenvolgende zaken verbiedt, op voorwaarde dat het resultaat redelijkerwijs kon worden voorzien toen de inbreuk werd gepleegd, met name gelet op de uitlegging die toentertijd werd gehanteerd in de rechtspraak betreffende de wettelijke bepaling in kwestie (zie arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 1658 De strekking van het begrip „voorzienbaarheid” is grotendeels afhankelijk van de inhoud van de betrokken bepaling, van de door die bepaling bestreken materie en van het aantal adressaten ervan en hun hoedanigheid. De voorzienbaarheid van de wet betekent niet dat de betrokkene niet genoopt mag zijn deskundig advies in te winnen om in een mate die in de gegeven omstandigheden redelijk is, de mogelijke gevolgen van een bepaalde handeling te kunnen beoordelen. Dit is vooral het geval voor beroepsbeoefenaren, die gewoon zijn bij de uitoefening van hun beroep grote voorzichtigheid aan de dag te leggen. Van hen mag dus worden verwacht dat zij grote zorg besteden aan de beoordeling van het daaraan verbonden risico (zie arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 1659 Daaraan moet worden toegevoegd dat de inschakeling van professionele adviseurs temeer voor de hand ligt wanneer het, zoals in casu het geval was, erom gaat overeenkomsten voor te bereiden en op te stellen die bedoeld zijn om geschillen te voorkomen of in der minne te regelen.
- 1660 In deze context had Servier, ook al hadden de rechterlijke instanties van de Unie zich ten tijde van de in het bestreden besluit vastgestelde inbreuken nog niet specifiek kunnen uitspreken over een schikkingsovereenkomst van het type door Servier gesloten overeenkomsten, zich moeten realiseren, zo nodig na deskundig advies te hebben ingewonnen, dat haar gedrag onverenigbaar met de mededingingsregels van het Unierecht kon worden verklaard, met name gelet op de ruime draagwijdte die in de rechtspraak van het Hof aan de begrippen „overeenkomst” en „onderling afgestemde feitelijke gedraging” wordt gegeven (zie in die zin arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 43).
- 1661 Servier had meer bepaald kunnen verwachten dat het aansporen van de generieke ondernemingen om in te stemmen met verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen, die naar hun aard de mededinging beperken, elke legitimiteit ontnam aan het opnemen van dergelijke bedingen in een schikkingsovereenkomst op octrooigebied. Het opnemen van dergelijke bedingen berustte dan immers niet meer op de erkenning door de partijen bij de overeenkomsten van de geldigheid van het octrooi en wees aldus op een abnormaal gebruik van het octrooi, dat geen verband hield met het specifieke voorwerp ervan (zie punt 267 hierboven). Servier kon dus redelijkerwijs voorzien dat haar gedrag onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU viel (zie in die zin arresten van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 46, en 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 764).
- 1662 Daarenboven was, zoals het Gerecht reeds heeft opgemerkt, ruim voor de datum van de sluiting van de litigieuze overeenkomst in de rechtspraak uitspraak gedaan over de mogelijkheid om het mededingingsrecht toe te passen in omstandigheden die door de aanwezigheid van intellectuele-eigendomsrechten worden gekenmerkt (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie, T-471/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:460, punten 314 en 315).
- 1663 Zo heeft het Hof reeds in 1974 geoordeeld dat de in een wettelijke regeling van een lidstaat erkende industriële-eigendomsrechten weliswaar niet in hun bestaan worden geraakt door artikel 101 VWEU, maar de uitoefening ervan niettemin onder de verboden van dit artikel kan vallen, en dat dit het geval



kan zijn telkens wanneer de uitoefening van een dergelijk recht als voorwerp, middel of gevolg van een afspraak is te zien (arrest van 31 oktober 1974, Centrafarm en De Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, punten 39 en 40).

- <sup>1664</sup> Voorts is het sinds het arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), duidelijk dat minnelijke regelingen van octrooigeschillen als overeenkomsten in de zin van artikel 101 VWEU kunnen worden gekwalificeerd.
- <sup>1665</sup> Bovendien moet worden benadrukt dat Servier en de betrokken generieke ondernemingen in werkelijkheid hebben besloten om met de litigieuze overeenkomsten overeenkomsten tot marktuitsluiting te sluiten (zie met name de punten 271, 562 en 704 hierboven). Hoewel het juist is dat het Hof pas in een na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten gewezen arrest heeft geoordeeld dat marktuitsluitingsovereenkomsten waarbij de achterblijvers de vertrekkers schadeloos stellen een mededingingsbeperking naar strekking vormden, heeft het niettemin verduidelijkt dat dit type overeenkomsten „duidelijk” streed met de in de mededingingsbepalingen van het Verdrag besloten voorstelling, volgens welke iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren (arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punt 8 en punten 32-34). Servier kon er dus niet onkundig van zijn dat haar gedrag mededingingsverstorend was toen zij dergelijke overeenkomsten sloot.
- <sup>1666</sup> Hoewel het inderdaad voor buitenstaanders als de Commissie of op het betrokken gebied gespecialiseerde juristen mogelijk niet duidelijk was dat de betrokken overeenkomsten een inbreuk vormden, omdat zij in de vorm van minnelijke regelingen van octrooigeschillen waren gesloten, gold dat evenwel niet voor de partijen bij de overeenkomst.
- <sup>1667</sup> Bovendien kon de duur van de procedure of de lengte van het bestreden besluit in ieder geval deels worden gerechtvaardigd door de moeilijkheden waarmee de Commissie bij haar vaststelling van een inbreuk kon worden geconfronteerd.
- <sup>1668</sup> Aan de in punt 1661 hierboven uiteengezette vaststelling kan niet worden afgedaan door de andere argumenten van verzoeksters.
- <sup>1669</sup> In de eerste plaats kan het argument betreffende de gangbare praktijk van de Commissie volgens welke zij, wanneer zij nieuwe rechtsvragen onderzoekt, afziet van het opleggen van geldboeten of enkel symbolische geldboeten oplegt, in casu niet worden aanvaard, aangezien Servier, hoewel de in de context van de onderhavige zaak opgeworpen vragen nieuw zijn, redelijkerwijs kon voorzien dat haar gedrag, dat wil zeggen het verrichten van betalingen aan generieke ondernemingen om buiten de markt te blijven, onder het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod viel (zie punt 1661 hierboven). Dienaangaande moet worden benadrukt dat uit één van de door verzoeksters aangehaalde besluiten van de Commissie blijkt dat „het [voor de betrokkenen] onvoldoende duidelijk was dat hun gedrag een inbreuk vormde”. De Commissie had dus te maken met een situatie die verschilde van die in het onderhavige geding.
- <sup>1670</sup> Daarenboven is in punt 1665 hierboven opgemerkt dat Servier er in casu niet onkundig van kon zijn dat haar gedrag mededingingsverstorend was.
- <sup>1671</sup> Volgens de rechtspraak beschikt de Commissie bij de vaststelling van de boetebedragen hoe dan ook over een beoordelingsmarge om het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven. Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, kan haar niet verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 1/2003 gestelde grenzen te verhogen, indien dit noodzakelijk is ter verzekering van de uitvoering van het mededingingsbeleid van de Unie. Voor een doeltreffende

toepassing van de mededingingsregels van de Unie moet de Commissie het niveau van de geldboeten juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen (arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 773).

- 1672 In de tweede plaats verwijzen verzoeksters weliswaar naar een op verzoek van één van de betrokken generieke ondernemingen uitgebracht juridisch advies, dat in overweging 3074 van het bestreden besluit wordt genoemd, maar voeren zij onvoldoende elementen aan om te kunnen vaststellen dat daadwerkelijk onzekerheid bestond over het inbreukmakende karakter van de litigieuze overeenkomsten ten aanzien van de Unierechtelijke mededingingsregels.
- 1673 In de derde plaats voeren verzoeksters weliswaar aan dat de door de Commissie in het bestreden besluit gekozen oplossing in strijd is met de uitgangspunten van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht, maar moet dit argument worden verworpen.
- 1674 Gesteld al dat verzoeksters aldus een veronachtzaming van punt 209 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht hebben willen aanvoeren, blijkt immers uit dat punt dat niet-betwistingsbedingen „over het algemeen” geacht worden buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU te vallen. Gelet op het gebruik van die bewoordingen sluit die bepaling dus niet uit dat het opnemen van niet-betwistingsbedingen in bepaalde omstandigheden een inbreuk op de mededinging kan zijn.
- 1675 Bovendien is in punt 209 van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht gepreciseerd dat niet-betwistingsbedingen mogelijkwijs buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU vallen, voor zover die bedingen, door het voorkomen van toekomstige geschillen over de in de overeenkomsten bepaalde intellectuele-eigendomsrechten, „[als wezenlijk doel hebben] bestaande geschillen te beslechten en/of toekomstige geschillen te voorkomen”.
- 1676 Maar in de hypothese dat, zoals in casu, een betaling in omgekeerde richting en niet de erkenning door de afzonderlijke partijen van de geldigheid van het octrooi tot de sluiting van de litigieuze overeenkomsten heeft geleid, kunnen die overeenkomsten, die in werkelijkheid overeenkomsten tot marktuitsluiting met een mededingingsverstoringend doel zijn, niet worden beschouwd als overeenkomsten die „[als wezenlijk doel hebben] bestaande geschillen te beslechten en/of toekomstige geschillen te voorkomen”.
- 1677 Bovendien kan, anders dan verzoeksters lijken te stellen, op basis van geen enkel element worden vastgesteld dat de door de Commissie in het bestreden besluit gekozen oplossing dermate onvoorzienbaar was dat de Commissie het noodzakelijk heeft geacht om de bepalingen van de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht te wijzigen.
- 1678 Het klopt dat in punt 243 van de richtsnoeren van 2014 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht is gepreciseerd dat niet-betwistingsbedingen in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU kunnen zijn indien de licentiegever, naast het in licentie geven van de technologierechten, de licentienemer met financiële prikkels of anderszins overhaalt om de geldigheid van de technologierechten niet aan te vechten.
- 1679 Die nieuwe bepaling is evenwel slechts een verduidelijking van de eerdere bepalingen die waren opgenomen in de richtsnoeren van 2004 betreffende overeenkomsten inzake technologieoverdracht.
- 1680 In de vierde plaats moet aangaande het argument betreffende de tegenstrijdige uitleg in het bestreden besluit van het begrip „potentiële mededinging” worden opgemerkt dat dat argument reeds is verworpen, en moet worden verwezen naar de overwegingen die in dat verband reeds zijn uiteengezet (zie de punten 374 tot en met 377 hierboven).

1681 Uit het voorgaande volgt dat het middel, voor zover het betrekking heeft op de in het bestreden besluit vastgestelde inbreuken op artikel 101 VWEU, moet worden verworpen.

***b) Verkeerde toepassing van het recht met betrekking tot de cumulatie van de geldboeten***

1682 Verzoeksters voeren twee grieven aan, waarvan de eerste is ontleend aan het bestaan van één enkele inbreuk die alle door Servier gesloten litigieuze schikkingsovereenkomsten omvat en die de Commissie zou verhinderen om Servier vijf afzonderlijke geldboeten op te leggen, en de tweede aan de onrechtmatigheid van de cumulatie van de geldboete die uit hoofde van artikel 101 VWEU is opgelegd en de geldboete die uit hoofde van artikel 102 VWEU is opgelegd.

*1) Onjuist gebruik van het begrip „één enkele inbreuk”*

*i) Argumenten van partijen*

[omissis]

*ii) Beoordeling door het Gerecht*

1685 Verzoeksters voeren twee argumenten aan met betrekking tot het begrip „één enkele inbreuk”, waarvan het eerste is ontleend aan het bestaan van één enkele inbreuk die alle door Servier gesloten litigieuze schikkingsovereenkomsten omvat, en het tweede, dat subsidiair wordt aangevoerd, aan het bestaan van één enkele inbreuk die de Niche- en Matrix-overeenkomsten omvat.

1686 Wat het eerste argument betreft, kon de Commissie, zoals blijkt uit punt 1282 hierboven, niet vaststellen dat Servier en de afzonderlijke generieke ondernemingen een gemeenschappelijk doel en dus een totaalplan hadden.

1687 Bij gebreke van een dergelijk gemeenschappelijk doel en een totaalplan kon de Commissie niet concluderen dat er sprake was van één enkele inbreuk. Zij had dus het recht om Servier voor elk van de vastgestelde inbreuken een afzonderlijke geldboete op te leggen.

1688 Aldus kan de door de Commissie in het bestreden besluit verrichte cumulatie van geldboeten, die is gebaseerd op de gerechtvaardigde vaststelling van het bestaan van afzonderlijke inbreuken, anders dan verzoeksters stellen niet als „oneerlijk en onevenredig” worden beschouwd.

1689 Het zou jegens de generieke ondernemingen juist oneerlijk zijn indien Servier, net als zij, slechts eenmaal zou worden beboet, terwijl Servier, anders dan zij, aan meerdere afzonderlijke overeenkomsten heeft deelgenomen.

1690 Bovendien is de cumulatie van geldboeten principieel des te minder onevenredig daar de Commissie in het bestreden besluit (overweging 3128) rekening heeft gehouden met het feit dat Servier meerdere inbreuken had gepleegd die weliswaar afzonderlijke inbreuken waren, maar die betrekking hadden op hetzelfde product, namelijk perindopril, en grotendeels op dezelfde geografische gebieden en op dezelfde perioden. In die bijzondere context heeft zij ter voorkoming van een mogelijkere onevenredig resultaat besloten om voor iedere inbreuk het aandeel van de door Servier gerealiseerde waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete, te beperken. Aldus heeft zij een correctie toegepast die heeft geleid tot een gemiddelde verlaging van 54,5 % van de totale waarde van de verkopen die verband houdt met de verschillende inbreuken op artikel 101 VWEU.

1691 Derhalve moet het onderhavige argument worden verworpen.

- 1692 Wat het argument betreft dat specifiek betrekking heeft op de Niche- en Matrix-overeenkomsten, blijkt uit de in de punten 1295 tot en met 1302 hierboven uiteengezette overwegingen dat die overeenkomsten twee afzonderlijke inbreuken vormden op artikel 101 VWEU.
- 1693 Zoals in punt 1296 hierboven is opgemerkt, kan evenwel uit de analyse van de context en van de voorwaarden van die overeenkomsten worden afgeleid dat Servier „dezelfde beweegredenen” had om de betrokken overeenkomsten te sluiten en in dat verband eenzelfde doel nastreefde, namelijk de definitieve beslechting van het lopende geschil, het voorkomen van toekomstige gedingen inzake het product van Niche/Matrix en de uitsluiting, tegen betaling, van dat product als potentiële mededingingsbron. Dat Servier bij de sluiting van de overeenkomsten met Niche en met Matrix datzelfde doel nastreefde blijkt inderdaad in het bijzonder uit het feit dat die overeenkomsten op dezelfde datum, op dezelfde plaats en door dezelfde vertegenwoordiger van verzoeksters zijn ondertekend, uit het feit dat zij dezelfde temporele en geografische werkingssfeer hadden, uit het feit dat de overeenkomsten met name betrekking hadden op hetzelfde product en vergelijkbare verplichtingen inhielden voor Niche en voor Matrix en, tot slot, uit het niet betwiste feit dat het in het belang van Servier was om overeenkomsten te sluiten met beide ontvangende partijen bij het betrokken gemeenschappelijke perindoprilproject.
- 1694 Hoewel op basis van de in punt 1693 hierboven uiteengezette feitelijke gegevens niet kan worden vastgesteld dat Niche en Matrix bij de sluiting van de betrokken overeenkomsten samen eenzelfde doel nastreefden waaruit een gemeenschappelijk plan blijkt, en al helemaal niet dat zij dat gemeenschappelijke plan met Servier deelden, blijkt uit die gegevens dat Servier bij de sluiting van de overeenkomsten met Niche en met Matrix eenzelfde doel nastreefde (zie de punten 1296 tot en met 1301 hierboven).
- 1695 Bovendien hadden de nadelige gevolgen van de betrokken overeenkomsten deels betrekking op het gezamenlijk door Niche en Matrix ontwikkelde product, dat gedurende dezelfde periode en op hetzelfde grondgebied niet mocht worden verhandeld. Aldus was sprake van een bijzondere grote mate van overlap van de mededingingsverstoringende gevolgen van die overeenkomsten.
- 1696 Gelet op de in de vorige punten genoemde elementen, die specifiek zijn voor de Niche- en Matrix-overeenkomsten en die hen aldus onderscheiden van de schikkingsovereenkomsten die Servier met andere generieke ondernemingen heeft gesloten, moet worden vastgesteld dat de Commissie bij de toepassing van de korting in het kader van de cumulatie van inbreuken (zie punt 1690 hierboven), onvoldoende rekening heeft gehouden met de relatie tussen de Matrix-overeenkomst en de Niche-overeenkomst, voor zover zij geen specifieke benadering voor de Matrix-overeenkomst heeft gehanteerd.
- 1697 Bovendien houdt de door de Commissie vastgestelde geldboete onvoldoende rekening met de ernst van de met de Matrix-overeenkomst gepleegde inbreuk, die wat Servier betreft minder ernstig is dan de met de Niche-overeenkomst gepleegde inbreuk, aangezien de Matrix-overeenkomst door Servier is gesloten om de gevolgen van de Niche-overeenkomst te waarborgen (zie punt 1300 hierboven), en de algehele waardeoverdracht die aan Niche en Unichem ten goede is gekomen, rekening houdend met de Biogaran-overeenkomst, hoger is dan de waardeoverdracht waarvan Matrix heeft geprofiteerd.
- 1698 Bijgevolg beslist het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht om, teneinde het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen (zie in die zin arrest van 4 september 2014, YKK e.a./Commissie, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punt 66), de aan Servier uit hoofde van de Matrix-overeenkomst opgelegde geldboete met 30 %, zijnde 23 736 510 EUR, te verlagen.
- 1699 Dientengevolge wordt de geldboete die uit hoofde van de in artikel 2 van het bestreden besluit beoogde inbreuk overeenkomstig artikel 7, lid 2, onder b), van dat besluit aan Servier is opgelegd, vastgesteld op 55 385 190 EUR in plaats van 79 121 700 EUR.



## *2) Cumulatie van de geldboeten uit hoofde van de artikelen 101 en 102 VWEU*

### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

### *ii) Beoordeling door het Gerecht*

1702 Gelet op de nietigverklaring van artikel 7, lid 6, van het bestreden besluit (zie punt 1638 hierboven), wordt Servier enkel nog uit hoofde van artikel 101 VWEU bestraft. Bij gebreke van een cumulatie van sancties uit hoofde van de artikelen 101 en 102 VWEU, behoeft de gegrondheid van de onderhavige grief hoe dan ook niet te worden onderzocht en moet de grief worden verworpen.

### *c) Berekening van de waarde van de verkopen*

1703 Verzoeksters voeren drie afzonderlijke grieven aan, die afzonderlijk moeten worden onderzocht.

#### *1) Inaanmerkingneming van de verkopen aan de ziekenhuissector*

##### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

##### *ii) Beoordeling door het Gerecht*

1706 Opgemerkt moet worden dat verzoeksters ter ondersteuning van de onderhavige grief verwijzen naar de overwegingen 2408 tot en met 2412 van het bestreden besluit, waarin de Commissie aangeeft dat zij de ziekenhuissector van haar marktanalyse uitsluit.

1707 De overwegingen 2408 tot en met 2412 van het bestreden besluit maken deel uit van punt 6.5 ervan, dat is gewijd aan de beoordeling van de machtspositie van Servier op de markt van de eindproducten.

1708 De Commissie heeft in overweging 2412 van het bestreden besluit opgemerkt dat perindopril hoofdzakelijk werd gedistribueerd via de detailhandel, en dat de verkopen aan ziekenhuizen bijgevolg niet van invloed konden zijn op de in de detailhandel gerealiseerde totale prijzen en volumes. De Commissie heeft dan ook gemeend dat de uit de ziekenhuissector afkomstige concurrentiedruk voor Servier geen beletsel kon vormen om zich onafhankelijk van enige concurrentiedruk te gedragen. Zij heeft de ziekenhuissector dus van het onderzoek van de markten van de eindproducten uitgesloten.

1709 De Commissie heeft bovendien in overweging 2595 van het bestreden besluit benadrukt dat aan de hand van de constatering van onafhankelijkheid ten aanzien van concurrentiedruk kan worden geconcludeerd dat er sprake is van marktmacht.

1710 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie de ziekenhuissector heeft willen uitsluiten van de marktanalyse omdat zij meende dat dat deel van de markt niet relevant was voor de vaststelling of Servier al dan niet over marktmacht beschikte.

1711 Tijdens het onderzoek van de litigieuze overeenkomsten in het licht van artikel 101 VWEU heeft de Commissie verwezen naar punt 6.5 van het bestreden besluit in het kader van de analyse van de beperkende gevolgen, waarvoor de vaststelling van het bestaan van marktmacht van Servier van belang

was, zoals onder meer blijkt uit de overwegingen 1397, 1503, 1656, 1847 en 2048 van het bestreden besluit en vooral uit overweging 1224 ervan, waarin de Commissie heeft aangegeven dat het begrip „marktmacht” centraal stond in de analyse van de beperkende gevolgen van de overeenkomsten.

- 1712 De Commissie heeft de ziekenhuissector dus willen uitsluiten van de analyse van de beperkende gevolgen.
- 1713 Wat haar analyse van de beperking naar strekking betreft, heeft de Commissie niet verwezen naar punt 6.5 van het bestreden besluit en heeft zij nergens opgemerkt dat zij de ziekenhuissector van haar analyse uitsloot. Een dergelijke uitsluiting was overigens niet van belang voor de Commissie, omdat zij in het kader van de analyse van de beperking naar strekking niet naging of Servier al dan niet over marktmacht beschikte.
- 1714 Bovendien heeft de Commissie zich voor de vaststelling van een beperking naar strekking gebaseerd op het bestaan van beperkende bedingen in de litigieuze overeenkomsten. Zij heeft de omvang van de beperking naar strekking dus kunnen bepalen op basis van het bestaan van die bedingen en bijgevolg de werkingssfeer ervan. Wat betreft bijvoorbeeld de geografische werkingssfeer van de door de Commissie voor iedere overeenkomst vastgestelde beperking naar strekking, blijkt uit tabel nr. 50 in overweging 3134 van het bestreden besluit dat die enkel de lidstaten omvatte waar de beperkende bedingen van toepassing waren.
- 1715 De in de litigieuze overeenkomsten opgenomen verhandelingsverboden sloten de ziekenhuissector niet van hun werkingssfeer uit. Ook de in die overeenkomsten opgenomen niet-betwistingsbedingen sloten die sector niet van hun werkingssfeer uit, zo een dergelijke uitsluiting al mogelijk is voor een niet-betwistingsbeding.
- 1716 Gelet op het voorgaande moet worden overwogen dat de Commissie niet aan de ziekenhuissector is voorbijgegaan toen zij vaststelde dat er sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking.
- 1717 Teneinde na te gaan of verzoeksters vanwege de hierboven vastgestelde uitsluiting van de ziekenhuissector van de analyse van de beperkende gevolgen alsnog een verlaging van de uit hoofde van artikel 101 VWEU opgelegde geldboeten zouden kunnen verkrijgen, moet worden nagegaan of de Commissie door de inaanmerkingneming van de door haar vastgestelde beperkende gevolgen Servier geen hogere sanctie heeft kunnen opleggen dan zij op basis van de enkele vaststelling van de beperking naar strekking kon doen.
- 1718 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie nergens in het bestreden besluit heeft vermeld dat zij de materiële, temporele en geografische werkingssfeer van de inbreuk verruimde ten opzichte van hetgeen zij op basis van de vaststelling van de beperking naar strekking kon doen.
- 1719 Integendeel. De Commissie heeft slechts in vier lidstaten, te weten Frankrijk, Nederland, Polen en het Verenigd Koninkrijk, een beperking naar strekking vastgesteld, terwijl zij voor de berekening van de geldboete voor de inbreuken betreffende Niche en Unichem, Matrix, Krka en Lupin de geografische omvang heeft uitgebreid tot alle lidstaten waar de overeenkomsten van toepassing waren geweest.
- 1720 Daarenboven kan worden opgemerkt dat de Commissie de mededingingsbeperkende gevolgen van de litigieuze overeenkomsten slechts subsidiair „volledigheidshalve” (overweging 1213 van het bestreden besluit) heeft onderzocht.
- 1721 Tot slot merken verzoeksters zelf op dat de berekening van de geldboete „uitsluitend berust op de premisse dat de overeenkomsten beperkingen naar strekking zouden vormen”.

1722 Aldus heeft de Commissie door de inaanmerkingneming van de door haar vastgestelde beperkende gevolgen Servier geen hogere sanctie kunnen opleggen dan zij op basis van de enkele vaststelling van de beperking naar strekking kon doen.

1723 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie de ziekenhuissector terecht niet heeft uitgesloten van de berekening van het deel van de geldboete dat betrekking heeft op artikel 101 VWEU.

1724 Uit al het voorgaande volgt dat de onderhavige grief moet worden afgewezen.

## 2) *Ontoereikende motivering van de berekening van de waarde van de verkopen*

### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

### *ii) Beoordeling door het Gerecht*

1727 Er zij aan herinnerd dat de Commissie volgens vaste rechtspraak bij de vaststelling van het bedrag van een wegens een inbreuk op de mededingingsregels opgelegde geldboete haar motiveringsplicht nakomt wanneer zij in haar besluit de beoordelingselementen vermeldt op basis waarvan zij de zwaarte en de duur van de inbreuk heeft kunnen vaststellen, zonder dat van haar wordt verlangd dat zij de methode voor de berekening van de geldboeten met cijfers toelicht (zie arrest van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

1728 In casu bekritisieren verzoeksters enkel de correctiecoëfficiënt die de Commissie op de waarde van de verkopen heeft toegepast.

1729 In dat verband heeft de Commissie in overweging 3128 van het bestreden besluit aangegeven dat zij, gelet op het feit dat Servier meerdere inbreuken had gepleegd die weliswaar losstonden van elkaar, maar betrekking hadden op hetzelfde product, namelijk perindopril, en grotendeels op dezelfde geografische gebieden en op dezelfde perioden, een correctiefactor toepaste waarmee, voor iedere inbreuk, het aandeel van de door Servier gerealiseerde waarde van de verkopen dat in aanmerking werd genomen voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete, kon worden beperkt. Zij heeft tevens verduidelijkt dat die correctiefactor voor elk van de vijf inbreuken op artikel 101 VWEU tot een gemiddelde verlaging van 54,5 % van de waarde van de verkopen leidde.

1730 Gelet op de in punt 1727 hierboven aangehaalde rechtspraak en op het feit dat de toepassing van de betrokken correctiecoëfficiënt, hoewel die niet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten is neergelegd, een voor verzoeksters gunstige maatregel is, heeft de Commissie haar besluit aldus voldoende gemotiveerd, zonder dat de omstandigheid dat verzoeksters niet alle berekeningen die hebben geleid tot, ten eerste, het hierboven genoemde percentage van 54,5 % en, ten tweede, de uiteindelijk voor iedere inbreuk op artikel 101 VWEU vastgestelde geldboete hebben kunnen reproduceren, tot een tegengestelde conclusie kan leiden.

1731 Er kan inderdaad worden opgemerkt dat de Commissie naar aanleiding van een maatregel tot organisatie van de procesgang, die door het Gerecht wordt bevolen om in voorkomend geval de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht te vereenvoudigen, nadere informatie heeft verstrekt over de berekeningen die hebben geresulteerd in het hierboven genoemde percentage van 54,5 % en in de uiteindelijk voor iedere inbreuk op artikel 101 VWEU vastgestelde geldboete, en dat die informatie het Gerecht en verzoeksters een gedetailleerder beeld heeft gegeven van de wijze waarop de Commissie dat percentage en die bedragen heeft vastgesteld.

1732 De omstandigheid dat nadere informatie over de berekening van de geldboete voor een inbreuk op de mededingingsregels later in de procedure wordt verstrekt, kan evenwel niet tot de vaststelling leiden dat het bestreden besluit in dat verband ontoereikend gemotiveerd was. Verduidelijkingen van de instelling die het bestreden besluit heeft vastgesteld, welke een op zich reeds toereikende motivering aanvullen, worden als zodanig niet gegeven ter nakoming van de motiveringsplicht, ook al kunnen zij nuttig zijn voor de door de Unierechter uitgeoefende interne controle op de motivering van het besluit, doordat zij de instelling in staat stellen de aan haar besluit ten grondslag liggende redenen te verduidelijken (zie in die zin arrest van 16 november 2000, Weig/Commissie, C-280/98 P, EU:C:2000:627, punt 45).

1733 Anders dan verzoeksters stellen, wordt de gedeeltelijke aard van de korting die dankzij de correctiecoëfficiënt is toegepast bovendien gerechtvaardigd door het feit dat de verschillende betrokken overeenkomsten, zoals in antwoord op het middel betreffende het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk is opgemerkt, niet één enkele inbreuk vormen, maar afzonderlijke inbreuken, waarvoor de Commissie stuk voor stuk terecht afzonderlijke geldboeten heeft opgelegd.

1734 Uit al het voorgaande volgt dat de onderhavige grief moet worden afgewezen.

### *3) Geografisch gebied van de waarde van de verkopen*

#### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

#### *ii) Beoordeling door het Gerecht*

1738 Verzoeksters stellen dat de Commissie in het bestreden besluit, en in het bijzonder in tabel nr. 50 in overweging 3134 ervan, het geografische gebied van de inbreuken op artikel 101 VWEU onjuist heeft afgebakend, omdat, ten eerste, het 947-octrooi in Polen pas na de beëindiging van alle inbreuken zou zijn verleend en, ten tweede, de 939-, 940- en 941-octrooien niet golden voor Bulgarije, Tsjechië, Estland, Cyprus, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije en Finland.

1739 Gepreciseerd moet worden dat de hierboven genoemde tabel nr. 50 per lidstaat de data van het begin en het einde van iedere inbreuk vermeldt.

1740 Om te beginnen moet de inbreuk ten aanzien van Teva van de analyse worden uitgesloten. Die inbreuk betreft immers enkel het Verenigd Koninkrijk. Aangezien geen van de argumenten van verzoeksters betrekking heeft op die lidstaat, zijn zij dus niet van invloed op het geografische gebied van die inbreuk.

1741 Wat de andere inbreuken betreft, moet worden opgemerkt dat de werkingssfeer, en met name de geografische werkingssfeer, van iedere inbreuk per definitie afhangt van die van het in de betrokken overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod en niet-betwistingsbeding. Het zijn immers die bedingen die de mededinging beperken en die, wanneer zij niet gerechtvaardigd zijn, de goede werking van de normale mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat een beperking naar strekking kan worden vastgesteld (zie punt 270 hierboven).

1742 Dienaangaande volstaan verzoeksters ermee om uit het ontbreken van één of meer octrooien in een bepaalde lidstaat af te leiden dat in die lidstaat geen enkele inbreuk meer bestaat, zonder dat zij onderscheid maken tussen de inbreuken en, bovenal, zonder dat zij voor iedere inbreuk onderscheid maken tussen de verschillende gevolgen die het ontbreken van een octrooi kan hebben voor de geografische omvang van respectievelijk het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding.



- 1743 Aldus wordt niet door verzoeksters verduidelijkt, laat staan vermeld, wat de mogelijke gevolgen voor de beoordeling van de ernst van de inbreuk zijn van een verschil tussen het geografische gebied van het verhandelingsverbod en dat van het niet-betwistingsbeding.
- 1744 Het betoog van verzoeksters beoogt dus uitsluitend voor een bepaalde lidstaat het bestaan van iedere inbreuk uit te sluiten.
- 1745 De toepassing van ofwel het verhandelingsverbod ofwel het niet-betwistingsbeding in een lidstaat gedurende een bepaalde periode volstaat echter voor de, terechte, opname door de Commissie van die lidstaat in het geografische gebied van een inbreuk.
- 1746 Het door verzoeksters aangevoerde middel kan dus enkel slagen voor zover het kan leiden tot de slotsom dat noch het verhandelingsverbod, noch het niet-betwistingsbeding in een bepaalde lidstaat werd toegepast in een periode waarvoor de Commissie desondanks heeft vastgesteld dat er in die lidstaat sprake was van een inbreuk.
- 1747 Allereerst moet, in het licht van de verschillende argumenten van verzoeksters, de geografische werkingssfeer van het verhandelingsverbod van iedere overeenkomst, met uitzondering van de Teva-overeenkomst, worden onderzocht.
- 1748 Verzoeksters voeren twee argumenten aan, waarvan het eerste betrekking heeft op het 947-octrooi en het tweede op de 339-, 340- en 341-octrooien.
- 1749 Wat de Lupin-overeenkomst betreft, is in artikel 1.6 ervan bepaald dat Lupin het „product” in geen enkele lidstaat mag verhandelen. De term „product” verwijst met name naar de geneesmiddelen die erbumine bevatten. In die overeenkomst is het verhandelingsverbod dus niet afhankelijk gesteld van het bestaan van een octrooi, of het nu het 947-octrooi of de 339-, 340- en 341-octrooien zijn. Aldus was dat beding van toepassing op alle lidstaten en behoeft niet te worden nagegaan of ten tijde van de inbreuk in elk van die lidstaten de hierboven genoemde octrooien bestonden. Aangezien de Commissie de geografische werkingssfeer van de inbreuk voor wat betreft het verhandelingsverbod niet onjuist heeft afgebakend, kan het middel van verzoeksters, voor zover het betrekking heeft op de Lupin-overeenkomst, dus worden afgewezen (zie de punten 1741 tot en met 1746 hierboven).
- 1750 Wat de Niche- en Matrix-overeenkomsten en de met Krka gesloten schikkingsovereenkomst betreft, is de omvang van het verhandelingsverbod daarentegen afhankelijk van het bestaan van octrooien van Servier. De argumenten van verzoeksters kunnen dus met succes worden aangevoerd.
- 1751 In de eerste plaats moet het argument betreffende het 947-octrooi worden onderzocht.
- 1752 Verzoeksters stellen dat dat octrooi ten tijde van de inbreuk nog niet in Polen was verleend.
- 1753 Wat in ieder geval de met Krka gesloten schikkingsovereenkomst betreft (zie de punten 1636, 1637 en 1640 hierboven), heeft de Commissie voor Polen geen inbreuk vastgesteld, zoals blijkt uit tabel nr. 50 in overweging 3134 van het bestreden besluit, dat op dat punt niet wordt betwist. Het maakt dus geen verschil of die lidstaat in de periode van de inbreuk al dan niet onder het 947-octrooi viel.
- 1754 Wat de Niche-overeenkomst betreft, is het in artikel 3 opgenomen verhandelingsverbod van toepassing in de landen waar met name een „alfa-octrooirecht” bestaat, dat het 947-octrooi en alle gelijkwaardige octrooien of octrooiaanvragen omvat, zoals bepaald in artikel 1, onder ii), in onderdeel 1 met het opschrift „Definities”.

- 1755 Evenzo is het in artikel 1 van de Matrix-overeenkomst opgenomen verhandelingsverbod van toepassing op het „grondgebied”, dat wil zeggen in alle landen waar met name een „alfa-octrooirecht” bestaat, dat het 947-octrooi en alle gelijkwaardige octrooien of octrooiaanvragen omvat, zoals bepaald in artikel 1, onder ii), in onderdeel 1 met het opschrift „Definities”.
- 1756 Zoals blijkt uit overweging 120 en voetnoot 155 van het bestreden besluit staat evenwel vast dat Servier op 6 juli 2001 in Polen een octrooiaanvraag had ingediend voor „de alfa-kristallijne vorm van perindopril erbumine (die overeenkomt met het 947-octrooi)”.
- 1757 Bijgevolg moet het argument van verzoeksters met betrekking tot het 947-octrooi (zie punt 1752 hierboven) voor wat de Niche- en Matrix-overeenkomsten betreft worden verworpen.
- 1758 Uit het voorgaande volgt dat dat argument voor alle overeenkomsten moet worden verworpen.
- 1759 In de tweede plaats moet het argument van verzoeksters betreffende de 339-, 340- en 341-octrooien worden onderzocht.
- 1760 Verzoeksters stellen dat de betrokken octrooien ten tijde van de inbreuken niet golden voor Bulgarije, Tsjechië, Estland, Cyprus, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Polen, Roemenië, Slovenië, Slowakije en Finland.
- 1761 Wat de met Krka gesloten schikkingsovereenkomst betreft, volstaat het hoe dan ook (zie de punten 1636, 1637 en 1640 hierboven) op te merken dat de omvang van het verhandelingsverbod niet afhankelijk is van het bestaan van de 339-, 340- en 341-octrooien. Het maakt dus geen verschil dat die octrooien of een aanvraag hiervoor niet zijn verleend in elk van de lidstaten waar die octrooien, zoals verzoeksters stellen, niet van toepassing waren.
- 1762 Wat de Niche- en Matrix-overeenkomsten betreft, is het in die overeenkomsten opgenomen verhandelingsverbod van toepassing in de landen waar de 339-, 340- en 341-octrooien „en/of” het 947-octrooi van kracht zijn, zoals bepaald in artikel 3 van de Niche-overeenkomst, in artikel 1, onder xiii), van onderdeel 1 van de Matrix-overeenkomst en in artikel 1 van onderdeel 2 van diezelfde overeenkomst.
- 1763 Met uitzondering van het argument dat betrekking heeft op Polen, dat hiervoor reeds is verworpen, wordt niet door verzoeksters beweerd, laat staan bewezen dat het 947-octrooi niet van kracht was in één van de in punt 1760 hierboven genoemde lidstaten.
- 1764 Aangezien verzoeksters de overeenkomsten mede hebben opgesteld en de werkingssfeer ervan dus exact kenden, stond het aan hen om de elementen aan te dragen op basis waarvan kon worden bewezen dat die octrooien ontbraken of stond het in ieder geval aan hen om dat aan te voeren.
- 1765 Gesteld al dat de in punt 1760 hierboven genoemde lidstaten niet onder de 339-, 340- en 341-octrooien vielen, zou aldus, gelet op de door verzoeksters uiteengezette argumenten, op basis van een dergelijke omstandigheid niet kunnen worden vastgesteld dat de in de Niche- en Matrix-overeenkomsten opgenomen verhandelingsverboden niet in die lidstaten van toepassing zouden zijn geweest, aangezien verzoeksters niet betwisten dat die lidstaten onder het 947-octrooi vielen.
- 1766 Uit het voorgaande blijkt dat met de door verzoeksters aangevoerde argumenten en bewijzen niet kan worden vastgesteld dat de Commissie het geografische gebied van de inbreuk voor wat het verhandelingsverbod betreft, onjuist zou hebben afgebakend.

1767 Gelet op de in de punten 1741 tot en met 1746 hierboven uiteengezette overwegingen kan het onderhavige middel worden verworpen, zonder dat hoeft te worden vastgesteld of de Commissie het geografische gebied van de inbreuk wat het niet-betwistingsbeding betreft onjuist had afgebakend.

**d) Ernst van de inbreuken**

*1) Argumenten van partijen*

[omissis]

*2) Beoordeling door het Gerecht*

1784 In de eerste plaats moet de grief van verzoeksters worden onderzocht die betrekking heeft op het ontbreken van een bedoeling om de mededinging te beperken.

1785 De kritiek van verzoeksters heeft in feite betrekking op de overwegingen 3064 en verder van het bestreden besluit, waarin de Commissie heeft volstaan met de vaststelling dat de betrokken inbreuken opzettelijk of uit onachtzaamheid waren begaan, waardoor zij de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geldboeten kon opleggen.

1786 Wat in dat verband de vraag betreft of een inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan en als zodanig overeenkomstig artikel 23, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 1/2003 met een geldboete kan worden bestraft, volgt uit de rechtspraak dat aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de onderneming niet onkundig kan zijn van het mededingingsversturende karakter van haar gedrag (arresten van 18 juni 2013, Schenker & Co. e.a., C-681/11, EU:C:2013:404, punt 37; 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 156, en 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 762).

1787 Uit het onderzoek van de verschillende litigieuze overeenkomsten, behalve uit dat van de met Krka gesloten overeenkomsten, blijkt dat Servier de generieke ondernemingen heeft betaald om buiten de markt te blijven. Zij kon dus niet onkundig zijn van het mededingingsversturende karakter van een dergelijk gedrag. De uitsluiting van concurrenten van de markt is immers een extreme vorm van marktverdeling en productiebeperking (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 435), die volgens de rechtspraak een „duidelijk” inbreukmakend karakter heeft (zie punt 1665 hierboven).

1788 Hoewel het voor een buitenstaander mogelijk niet duidelijk was dat de betrokken overeenkomsten een inbreukmakend karakter hadden, omdat zij in de vorm van een minnelijke regeling van octrooigeschillen waren gesloten, gold dat evenwel niet voor de partijen bij die overeenkomsten (zie punt 1666 hierboven).

1789 Bovendien moet worden vastgesteld dat de litigieuze overeenkomsten, met uitzondering van de met Krka gesloten overeenkomsten, mededingingsversturende doelen nastreefden.

1790 Indien, zoals het geval is voor elk van de litigieuze overeenkomsten, een betaling in omgekeerde richting, en niet de erkenning door de afzonderlijke partijen van de geldigheid van het octrooi, leidt tot de sluiting van een schikkingsovereenkomst, dat wil zeggen wanneer de generieke onderneming wordt aangespoord om in te stemmen met een verhandelingsverbod en een niet-betwistingsbeding, houden de mededingingsbeperkingen die uit die bedingen voortvloeien immers geen verband meer met de minnelijke regeling van een octrooigeschil, ongeacht of dat geschil echt of fictief is. Het is dan de prikkel en niet de erkenning door de partijen bij de overeenkomst van de geldigheid van het

betrokken octrooi die de werkelijke oorzaak is van de uit die bedingen voortvloeiende mededingingsbeperkingen. In een dergelijke hypothese kan die overeenkomst in haar geheel op goede gronden worden aangemerkt als een overeenkomst tot marktuitsluiting die mededingingsverstorende doelen nastreeft.

- 1791 Aldus is het bestaan van een mededingingsverstorend doel bewezen en maakt het in dat verband geen verschil of Servier al dan niet met alle generieke ondernemingen die haar octrooien betwistten een overeenkomst heeft gesloten, of zij al dan niet het initiatief tot de overeenkomsten heeft genomen, dan wel of de betrokken overeenkomsten al dan niet geheim waren.
- 1792 Die elementen zullen evenwel hierna in aanmerking worden genomen voor het onderzoek of de door de Commissie gehanteerde percentages onevenredig waren.
- 1793 In de tweede plaats moet de grief van verzoeksters worden onderzocht die betrekking heeft op het door de Commissie buiten beschouwing laten van het bestaan van de octrooien van Servier.
- 1794 Dienaangaande is de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, niet voorbijgegaan aan het feit dat de overeenkomsten betrekking hadden op intellectuele-eigendomsrechten.
- 1795 De vaststelling van het bestaan van een prikkel impliceert immers dat de uitsluiting van de verzoekster van de in de overeenkomst bepaalde markt niet voortvloeit uit de gevolgen van de betrokken octrooien, noch uit het – met name in het kader van een schikkingsovereenkomst – legitieme gebruik ervan, maar uit een waardeoverdracht die de financiële tegenprestatie van die uitsluiting vormt (zie de punten 253 tot en met 276 hierboven).
- 1796 Voorts moet nog worden benadrukt dat de Commissie de voorwaarden voor de toepassing van het mededingingsrecht op de intellectuele-eigendomsrechten heeft geëerbiedigd, alsook het met dergelijke rechten samenhangende geldigheidsvermoeden, aangezien zij de kwalificatie van beperking naar strekking heeft voorbehouden aan de overeenkomsten waaruit een abnormaal gebruik van het octrooi bleek, voor zover zij waren gebaseerd op een prikkel en niet op een erkenning van de geldigheid van het octrooi (zie de punten 266 en 267 hierboven).
- 1797 Wanneer tot slot, zoals het geval is voor alle litigieuze overeenkomsten behalve voor de met Krka gesloten overeenkomsten, het bestaan van een prikkel is vastgesteld, kunnen de partijen zich niet langer beroepen op hun erkenning, in het kader van de schikking, van de geldigheid van het octrooi. Het maakt in dat verband geen verschil dat een rechterlijke of bestuurlijke instantie de geldigheid van het octrooi heeft bevestigd. Dat is het geval voor de geldigverklaring van het 947-octrooi door de oppositieafdeling van het EOB of voor de uitspraken in het voordeel van verzoeksters die door de Britse rechters zouden zijn gedaan (zie punt 269 hierboven).
- 1798 Verder moet het argument van verzoeksters dat het „paradoxaal en onrechtmatig” is dat de duur van de inbreuken afhankelijk is van de duur en de uitkomst van de gedingen inzake de octrooien van Servier, worden verworpen.
- 1799 De duur van de aan verzoeksters verweten inbreuken is immers afhankelijk van de temporele werkingssfeer van de in de litigieuze overeenkomsten opgenomen verhandelingsverboden en niet-betwistingsbedingen, die op haar beurt afhankelijk is van het bestaan van de octrooien van Servier en dus van de uitkomst van de gedingen inzake die octrooien.
- 1800 Hieraan moet worden toegevoegd dat Servier het verband tussen de duur van de gedingen inzake die octrooien en de duur van de inbreuken des te minder kan betwisten daar de in punt 1799 hierboven genoemde opeenvolging, die tot een dergelijk verband leidt, voortvloeit uit de contractuele bedingen die mede door Servier zijn opgesteld.



- 1801 In de derde plaats moet de grief van verzoeksters worden onderzocht die betrekking heeft op het ontbreken van concrete gevolgen van de inbreuken op de markt.
- 1802 Dienaangaande moet ten eerste in herinnering worden gebracht dat artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete met de duur van de inbreuk en met de ernst ervan rekening wordt gehouden, maar niet specifiek stelt dat die inbreuk moet worden beoordeeld aan de hand van de reële resultaten op de markt (conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak *Mo och Domsjö/Commissie*, C-283/98 P, EU:C:2000:262, punt 96).
- 1803 Volgens de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3), moet bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk inderdaad rekening worden gehouden met onder meer de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is.
- 1804 Een dergelijk vereiste is evenwel niet meer opgenomen in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd.
- 1805 In dat verband kan worden opgemerkt dat de in punt 22 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten genoemde factor die verband houdt met de „vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd”, betrekking heeft op het gedrag van de deelnemers aan de inbreuk en niet op de gevolgen ervan op de markt.
- 1806 Bijgevolg was de Commissie op grond van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten niet verplicht om rekening te houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt bij het bepalen van het aandeel van de verkopen dat ter zake van de zwaarte in aanmerking moet worden genomen, overeenkomstig de punten 19 tot en met 24 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten (zie in die zin arresten van 14 maart 2013, *Fresh Del Monte Produce/Commissie*, T-587/08, EU:T:2013:129, punten 773-775, en 16 juni 2015, *FSL e.a./Commissie*, T-655/11, EU:T:2015:383, punt 539).
- 1807 Ten tweede is de Commissie evenmin op grond van de rechtspraak van de Unie verplicht om rekening te houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt.
- 1808 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt immers dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de preventieve werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (beschikking van 25 maart 1996, *SPO e.a./Commissie*, C-137/95 P, EU:C:1996:130, punt 54; arresten van 17 juli 1997, *Ferriere Nord/Commissie*, C-219/95 P, EU:C:1997:375, punt 33, en 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 241).
- 1809 De gevolgen op de markt kunnen inderdaad in aanmerking worden genomen als één van „een groot aantal factoren” waarnaar in punt 1808 hierboven is verwezen, maar zij zijn slechts van wezenlijk belang wanneer het gaat om overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die er niet rechtstreeks toe strekken dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en die dus enkel door hun concrete gevolgen binnen de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen (conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak *Mo och Domsjö/Commissie*, C-283/98 P, EU:C:2000:262, punt 101).
- 1810 Indien de Commissie zou worden verplicht om in het stadium van de berekening van de geldboete rekening te houden met de concrete weerslag van de inbreuk op de markt, zou dit immers tot gevolg hebben dat aan de Commissie een verplichting wordt opgelegd die zij volgens vaste rechtspraak voor

de toepassing van artikel 101 VWEU niet heeft wanneer de betrokken inbreuk een mededingingsverstoring doel heeft (zie arrest van 3 september 2009, *Prym en Prym Consumer/Commissie*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 1811 Zoals verzoeksters opmerken, klopt het dat de Commissie zich in het bestreden besluit niet uitsluitend heeft gebaseerd op de vaststelling van het bestaan van mededingingsbeperkingen naar strekking, maar dat zij ook het bestaan van beperkende gevolgen heeft vastgesteld.
- 1812 Niettemin heeft de Commissie de mededingingsbeperkende gevolgen van de litigieuze overeenkomsten slechts subsidiair „volledigheidshalve” onderzocht (overweging 1213 van het bestreden besluit). Bovendien kan worden opgemerkt dat de Commissie slechts in vier lidstaten, te weten Frankrijk, Nederland, Polen en het Verenigd Koninkrijk, heeft vastgesteld dat er sprake was van beperkende gevolgen. De geografische werkingssfeer die zij voor de berekening van de geldboete voor de inbreuken in aanmerking heeft genomen, omvatte evenwel alle lidstaten waar de overeenkomsten waren toegepast.
- 1813 Bovendien merken verzoeksters zelf op dat de berekening van de geldboete „uitsluitend op de premisse berust dat de overeenkomsten beperkingen naar strekking zouden vormen”.
- 1814 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete voor de inbreuken op artikel 101 VWEU niet verplicht was om rekening te houden met het aangevoerde argument dat de inbreuken geen concrete weerslag hadden op de markt.
- 1815 Zelfs al was de Commissie verplicht geweest om het bestaan van een concrete weerslag van de betrokken inbreuken op de markt te bewijzen en zij dit niet genoegzaam had gedaan, zou dat hoe dan ook zonder gevolgen blijven voor de door haar vastgestelde percentages, aangezien zelfs bij gebreke van een dergelijke weerslag kan worden vastgesteld dat die percentages niet onevenredig zijn.
- 1816 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de betrokken overeenkomsten overeenkomsten tot marktuitsluiting met een mededingingsverstoring doel zijn (zie punt 1790 hierboven). De uitsluiting van concurrenten van de markt is een extreme vorm van marktverdeling en productiebeperking (zie punt 271 hierboven). Aldus moeten dergelijke overeenkomsten ingevolge punt 23 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten in beginsel zwaar worden bestraft.
- 1817 Hieraan moet tevens worden toegevoegd dat de in de litigieuze overeenkomsten opgenomen beperkende bedingen zijn uitgevoerd.
- 1818 Gelet op die elementen lijkt het door de Commissie vastgestelde aandeel van de waarde van de verkopen – te weten 10 of 11 % naargelang van het geval, wat slechts ongeveer een derde is van het maximale percentage dat kan worden vastgesteld – niet onevenredig. Die percentages zijn juist een adequate afspiegeling van zowel de ernst van de vastgestelde inbreuken, die vanwege hun mededingingsbeperkende strekking bijzonder nadelig zijn, als de specifieke context waarin zij zich hebben voorgedaan, die wordt gekenmerkt door de verdediging van intellectuele-eigendomsrechten en door onzekerheid omtrent de uitkomst van de geschillen inzake de octrooien van Servier.
- 1819 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat verzoeksters des te minder op goede gronden kunnen aanvoeren dat de litigieuze overeenkomsten geen daadwerkelijke gevolgen voor de mededinging hebben gehad, daar die overeenkomsten, die berusten op een prikkel en niet op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het betrokken octrooi, hen juist in staat hebben gesteld om de onvoorspelbaarheid van octrooigedingen en de onzekerheden omtrent de voorwaarden voor en de mogelijkheid van een markttoetreding van de generieke ondernemingen te verruilen voor de zekerheid dat die ondernemingen waarmee een overeenkomst was gesloten buiten de markt werden gehouden.

- 1820 De in punt 1818 hierboven uiteengezette vaststelling zou evenmin in twijfel kunnen worden getrokken indien de door verzoeksters aangevoerde elementen zouden zijn bewezen die in punt 1791 hierboven zijn genoemd.
- 1821 Bovendien kan de ontoereikende motivering die zonder enige toelichting door verzoeksters is aangevoerd, niet worden aanvaard. Gelet op alle door de Commissie in het bestreden besluit, en met name in overweging 3130 ervan, verrichte vaststellingen, alsook op de context waarin dat besluit was vastgesteld, kon Servier immers begrijpen op welke gronden de percentages van 10 en 11 % van de waarde van de verkopen waren vastgesteld.
- 1822 De Commissie heeft in het bijzonder een toereikende rechtvaardiging aangevoerd voor de toepassing van verschillende aandelen van de waarde van de verkopen naargelang van de overeenkomsten. Zij heeft immers aangegeven dat zij voor de Niche-, Matrix- en Lupin-overeenkomsten een hoger percentage had vastgesteld dan voor de Teva- en Krka-overeenkomsten, omdat de geografische werkingssfeer van de eerstgenoemde overeenkomsten ruimer was dan die van de laatstgenoemde overeenkomsten (overweging 3131 van het bestreden besluit).
- 1823 Uit een en ander volgt dat het onderhavige middel moet worden afgewezen.

***e) Duur van de inbreuken***

- 1824 Verzoeksters voeren twee grieven aan, waarvan de eerste is ontleend aan een onjuiste vaststelling van het begin van de inbreuken en de tweede aan een onjuiste vaststelling van het einde van de inbreuken.

*1) Begin van de inbreuken*

*i) Argumenten van partijen*

[omissis]

*ii) Beoordeling door het Gerecht*

- 1833 In de eerste plaats moet het argument worden onderzocht volgens hetwelk de betwisting van de octrooien van Servier nooit zou zijn beëindigd en zelfs niet zou zijn uitgesteld.
- 1834 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat verzoeksters niet bewijzen en niet eens aanvoeren dat een van de generieke ondernemingen die de litigieuze overeenkomsten heeft gesloten, een van de octrooien van Servier heeft aangevochten, ook al was zij gebonden aan een niet-betwistingsbeding.
- 1835 Verzoeksters voeren dus niet aan dat de overeenkomsten niet zijn uitgevoerd, maar volstaan in plaats daarvan met de stelling dat andere generieke ondernemingen dan de ondernemingen die de litigieuze overeenkomsten hebben gesloten de octrooien van Servier hebben aangevochten.
- 1836 Verzoeksters voeren met hun argument dus in wezen aan dat de litigieuze overeenkomsten geen concrete gevolgen voor de mededinging hebben.
- 1837 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat wat mededingingsbeperkingen naar strekking betreft, de concrete gevolgen ervan op de markt niet in aanmerking behoeven te worden genomen voor de vaststelling van het bestaan van een inbreuk (zie in die zin arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic

Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 98 en 99) en bijgevolg noch voor de temporele afbakening van die inbreuk en het aldus bepalen van de duur ervan (zie in die zin arrest van 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie, C-510/06 P, EU:C:2009:166, punten 113, 114 en 140).

- 1838 Het ontbreken van gevolgen voor de mededinging van de litigieuze overeenkomsten kan dus niet met succes worden aangevoerd teneinde de duur van de inbreuken ter discussie te stellen, aangezien die genoegzaam is bewezen op grond van de vaststelling van een beperking naar strekking.
- 1839 Indien zou moeten worden overwogen dat de kritiek van verzoekster niet de vaststelling van de inbreuken, voor zover de duur ervan onjuist zou zijn bepaald, betreft, maar de beoordeling van de ernst van de door de Commissie in het bestreden besluit vastgestelde inbreuken, zou hoe dan ook moeten worden herinnerd aan de reeds verworpen grief die is ontleend aan het ontbreken van een concrete weerslag van de overeenkomsten en aan de gevolgen van die ontbrekende weerslag voor de beoordeling van de ernst van de inbreuken (zie de punten 1801 tot en met 1820 hierboven).
- 1840 In de tweede plaats zijn de argumenten dat sommige inbreuken niet konden worden vastgesteld zolang Teva en Lupin niet over een VHB beschikten reeds onderzocht bij het antwoord op de middelen betreffende het ontbreken van potentiële mededinging (zie de punten 604 en 743 hierboven). Uit dat antwoord blijkt dat de Commissie terecht heeft overwogen dat Teva en Lupin op de datum van de sluiting van de overeenkomsten potentiële concurrenten van Servier waren. De Commissie heeft dus geen fout gemaakt door de betrokken inbreuken op die datum te laten beginnen.
- 1841 Het argument dat is ontleend aan het feit dat het aanvullende beschermingscertificaat (hierna: „ABC”) bij het octrooi op de perindoprilmolecule nog niet is verstreken, kan worden verworpen op grond van de overwegingen die zijn uiteengezet bij het antwoord op het middel betreffende het ontbreken van potentiële mededinging.
- 1842 Zoals in punt 359 hierboven is opgemerkt, is het voor een marktdeelnemer immers mogelijk om het risico te nemen om met een product, waaronder een product dat mogelijk inbreuk op het geldende octrooi maakt, tot de markt toe te treden, aangezien die toetreding of lancering „met risico” kan slagen indien de octrooihouder afziet van een vordering wegens inbreuk of indien die vordering, in het geval dat zij is ingesteld, wordt afgewezen. Die mogelijkheid van toetreding „met risico” draagt bij tot de vaststelling dat octrooien geen onoverkomelijke drempels voor de markttoetreding van generieke ondernemingen vormen.
- 1843 Het octrooi staat er bovendien niet aan in de weg dat marktdeelnemers de activiteiten verrichten die nodig zijn voor de vervaardiging en de verhandeling van een niet-inbreukmakend product. Zij worden dan tot aan hun markttoetreding als potentiële concurrenten van de octrooihouder aangemerkt en daarna als daadwerkelijke concurrenten van de octrooihouder (zie punt 357 hierboven).
- 1844 Dienaangaande heeft de Commissie in overweging 3137 van het bestreden besluit opgemerkt dat de generieke ondernemingen in sommige gevallen enkele jaren vóór het verstrijken van het ABC bij een octrooi met de voorbereiding van hun markttoetreding begonnen, en dat die tijdspanne wat perindopril betreft gemiddeld twee tot drie jaar was. Die overwegingen schragen de vaststelling dat de betrokken inbreuken vóór de vervaldatum van het ABC bij het octrooi op de perindoprilmolecule waren begonnen.
- 1845 De Commissie heeft hieraan niettemin toegevoegd dat wanneer het ABC in een lidstaat was verstreken nadat het generieke perindopril in andere lidstaten op de markt was gebracht, zij er „gelet op het bestaan van een versnelde procedure van wederzijdse erkenning op grond waarvan de lidstaten [overeenkwamen] de geldigheid van de door een andere lidstaat verleende [VHB] te erkennen” (voetnoot 4073 van het bestreden besluit) de voorkeur aan had gegeven om een voorzichtige benadering te kiezen en de begindatum van de inbreuk op de vervaldatum van het ABC vast te stellen. De Commissie heeft vervolgens gepreciseerd dat zij een dergelijke benadering had gekozen voor



Italië. Wat Frankrijk betreft, heeft zij daarentegen opgemerkt dat vóór het verstrijken van het ABC geen enkel generiek product in een andere lidstaat op de markt was gebracht (voetnoot 4073 van het bestreden besluit).

1846 De in de punten 1844 en 1845 hierboven uiteengezette elementen worden niet door verzoeksters betwist.

1847 Gelet op de in de punten 1842 tot en met 1846 hierboven uiteengezette overwegingen moet worden vastgesteld dat de Commissie terecht heeft overwogen dat sommige inbreuken in Frankrijk waren begonnen op 8 februari 2005, vóór het verstrijken van het ABC.

1848 De grief van verzoeksters is bovendien enkel relevant voor de inbreuken die verband houden met de Niche- en Matrix-overeenkomsten, die de enige litigieuze overeenkomsten zijn die zijn gesloten vóór het ABC in Frankrijk was verstreken.

1849 Die overeenkomsten zijn echter pas op 8 februari 2005 gesloten, dat wil zeggen iets meer dan een maand vóór het verstrijken van het ABC in Frankrijk op 22 maart 2005.

1850 Derhalve is het des te eenvoudiger om vast te stellen dat de betrokken generieke ondernemingen op 8 februari 2005 in staat waren om een markttoetreding voor te bereiden die meteen na het verstrijken van het ABC kon plaatsvinden, en dat zij dus in staat waren om concurrentiedruk uit te oefenen.

1851 Zelfs verondersteld dat verzoeksters een schending van het beginsel van gelijke behandeling aanvoeren en dat dat middel niet te laat is aangevoerd, rechtvaardigt de omstandigheid dat Servier – wat de vaststelling van het begin van de inbreuk voor Italië betreft – heeft kunnen profiteren van een gunstige behandeling die niet verplicht was (met name gelet op de overwegingen in punt 1842 hierboven) bovendien niet dat zij voor alle andere lidstaten een dergelijke behandeling geniet, tenzij wordt bewezen dat een dergelijk verschil in behandeling willekeurig zou zijn (zie de punten 1868 tot en met 1871 hierna).

1852 Dat is in casu echter niet het geval. Tussen de situatie in Frankrijk en die in Italië bestond immers een objectief verschil, dat wel degelijk verband hield met de mogelijkheid om een inbreuk vast te stellen (zie punt 1845 hierboven).

1853 Ten overvloede kon het verschil in situatie tussen Frankrijk en Italië waarop de Commissie zich heeft gebaseerd (zie de punten 1844 en 1845 hierboven) de toepassing van een verschil in behandeling rechtvaardigen.

1854 Uit al het voorgaande volgt dat de onderhavige grief in haar geheel moet worden verworpen.

## *2) Einddatum van de inbreuken*

### *i) Argumenten van partijen*

[omissis]

### *ii) Beoordeling door het Gerecht*

1859 In het kader van de onderhavige grief beroepen verzoeksters zich op de markttoetreding in meerdere lidstaten van generieke ondernemingen die geen partij waren bij één van de litigieuze overeenkomsten, en op de daaropvolgende daling van de perindoprilprijzen.

- 1860 Met hun betoog voeren zij in wezen aan dat de litigieuze overeenkomsten vanaf de markttoetreding van die generieke ondernemingen geen concrete gevolgen voor de mededinging hebben gehad.
- 1861 Dienaangaande moet wat mededingingsbeperkingen naar strekking betreft de in punt 1837 hierboven aangehaalde rechtspraak in herinnering worden gebracht.
- 1862 Het ontbreken van gevolgen voor de mededinging van de litigieuze overeenkomsten kan dus niet met succes worden aangevoerd teneinde de duur van de inbreuken ter discussie te stellen, aangezien die genoegzaam is bewezen op grond van de vaststelling van een beperking naar strekking.
- 1863 Moest de kritiek van verzoekster worden geacht niet te zijn gericht tegen de vaststelling van de inbreuk, voor zover de duur ervan onjuist zou zijn bepaald, maar tegen de beoordeling van de ernst door de Commissie van de in het bestreden besluit vastgestelde inbreuk, zou er hoe dan ook aan moeten worden herinnerd dat de grief die is ontleend aan het ontbreken van een concrete weerslag van de overeenkomsten en aan de gevolgen van die ontbrekende weerslag voor de beoordeling van de ernst van de inbreuken reeds is verworpen (zie de punten 1801 tot en met 1820 hierboven).
- 1864 Verzoeksters voeren echter ook schending van het beginsel van gelijke behandeling aan.
- 1865 In dat verband beroepen verzoeksters zich op het feit dat de Commissie, teneinde rekening te houden met de markttoetreding van generieke producten in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk, de duur van de inbreuken op die twee markten heeft beperkt, terwijl zij dat niet heeft gedaan op de andere markten, waarvoor zij zich over het geheel genomen heeft gebaseerd op de data waarop de octrooien van Servier waren verstreken of ongeldig waren verklaard (overweging 3133 van het bestreden besluit).
- 1866 Wat het Verenigd Koninkrijk betreft, moet niettemin worden verduidelijkt dat de vastgestelde einddatum van de inbreuk inderdaad overeenkomt met de markttoetreding van een generiek product (overweging 776 van het bestreden besluit), maar ook met een arrest van een rechterlijke instantie van die lidstaat waarbij het 947-octrooi ongeldig is verklaard (overwegingen 180, 776 en 2125 van het bestreden besluit).
- 1867 Het is dus niet aangetoond dat het argument van verzoeksters dat sprake was van een verschil in behandeling naargelang van de lidstaten waar de inbreuken waren gepleegd, relevant is voor wat het Verenigd Koninkrijk betreft.
- 1868 De omstandigheid dat Servier, wat de vaststelling van het einde van de inbreuk betreft, voor sommige lidstaten heeft kunnen profiteren van een gunstigere behandeling die niet verplicht was en die gebaseerd was op het ontbreken van beperkende gevolgen – wat geen consequenties heeft wanneer de Commissie, zoals in casu, het bestaan van een beperking naar strekking vaststelt (zie punt 1862 hierboven) – rechtvaardigt bovendien niet dat Servier voor alle andere betrokken lidstaten een dergelijke behandeling geniet. Het beginsel van gelijke behandeling strekt er immers niet toe om voor een onderneming die een gunstige behandeling geniet die krachtens de wetgeving of de rechtspraak niet verplicht was, een recht te waarborgen om niet te worden gestraft wanneer de Commissie op goede gronden het bestaan van een inbreuk vaststelt.
- 1869 Het klopt niettemin dat de Commissie geen willekeurig van elkaar verschillende methoden voor de berekening van geldboeten mag toepassen – evenmin op eenzelfde onderneming – in die zin dat er geen enkele relevante rechtvaardiging voor dergelijke verschillen is.
- 1870 In casu is het bestaan van een dergelijk verschil evenwel niet bewezen. De Commissie heeft immers aangegeven dat zij voor Nederland en het Verenigd Koninkrijk een specifieke benadering koos, die zij als „voorzichtig” aanmerkte, omdat zij op basis van die benadering de duur van de inbreukperioden

beperkte teneinde rekening te houden met de data van de toetreding op grote schaal in die twee lidstaten van generieke producten die een grote impact hebben gehad op de verkopen van het perindopril van Servier (overweging 3133 van het bestreden besluit).

- 1871 De enige elementen die verzoeksters in dat verband aanvoeren, te weten het bestaan van een belangrijke daling van de prijs van het perindopril van Servier en haar alsmaar krimpende marktaandeelen als gevolg van het op de markt brengen van een generiek product in Frankrijk, volstaan echter niet om aan te tonen dat de situaties in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk enerzijds en die in Frankrijk anderzijds in die mate vergelijkbaar waren dat een verschil in behandeling willekeurig was. Een willekeurig verschil in behandeling tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk enerzijds en België, Tsjechië en Ierland anderzijds kan op basis van de aangevoerde elementen al helemaal niet worden bewezen, aangezien die elementen geen betrekking hebben op de situatie van die drie lidstaten.
- 1872 Ten overvloede blijkt uit de tabellen nr. 43 en nr. 44 van het bestreden besluit weliswaar dat de toetreding van de generieke producten heeft geleid tot een enorme, abrupte daling van de waarde van de verkopen van het perindopril van Servier in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk, maar blijkt uit tabel nr. 45 van het bestreden besluit niet dat als gevolg van die toetreding een dergelijke daling in Frankrijk is vastgesteld. De Commissie kon dus op basis van het verschil in situatie tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk enerzijds en Frankrijk anderzijds op goede gronden een verschil in behandeling toepassen door enkel voor Nederland en het Verenigd Koninkrijk vast te stellen dat de inbreuk meteen na de toetreding van de generieke producten tot die markten was beëindigd.
- 1873 Aan het in punt 1872 hierboven vastgestelde verschil in situatie wordt geen afbreuk gedaan door de omstandigheid dat de toetreding van een generiek product tot de Franse markt zou hebben geleid tot een daling van 30 % van de perindoprijs en tot een „alsmaar krimpend marktaandeel van Servier”. Die elementen tonen immers niet aan dat de daling van de waarde van de verkopen van Servier in Frankrijk even sterk en abrupt was als de in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk vastgestelde daling.
- 1874 Wat België, Tsjechië en Ierland betreft, blijkt uit geen enkel door verzoeksters aangevoerd element uit het dossier dat op de markten van die lidstaten bij de toetreding van generieke producten een enorme, abrupte daling van de waarde van de verkopen van het perindopril van Servier was vastgesteld die vergelijkbaar was met de voor Nederland en het Verenigd Koninkrijk vastgestelde daling.
- 1875 Uit al het voorgaande volgt dat de onderhavige grief en bijgevolg het middel in zijn geheel moeten worden afgewezen.

## ***f) Opleggen van een extra bedrag***

### *1) Argumenten van partijen*

[omissis]

### *2) Beoordeling door het Gerecht*

- 1883 Er zij aan herinnerd dat de betrokken overeenkomsten overeenkomsten zijn waarmee Servier concurrenten van de markt kan uitsluiten, aan welke beoordeling niet wordt afgedaan door de omstandigheid dat die concurrenten potentiële concurrenten waren. Dergelijke tussen concurrenten gesloten overeenkomsten zijn horizontale overeenkomsten. Bovendien is de uitsluiting van concurrenten van de markt een extreme vorm van marktverdeling en productiebeperking (arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld,

EU:T:2016:449, punt 435). Aldus heeft de Commissie op goede gronden punt 25 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten kunnen toepassen, dat voorziet in de toevoeging van een extra boetebedrag voor horizontale overeenkomsten inzake productiebeperking.

- 1884 Aan de voorgaande conclusie kan niet worden afgedaan door de andere argumenten van verzoeksters.
- 1885 In de eerste plaats is de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, niet voorbijgegaan aan het feit dat de overeenkomsten betrekking hadden op intellectuele-eigendomsrechten (zie de punten 1794 tot en met 1797 hierboven).
- 1886 In de tweede plaats waren de generieke ondernemingen – anders dan verzoeksters stellen en zoals reeds is vastgesteld in de verschillende onderdelen waarin is geantwoord op de middelen betreffende het ontbreken van potentiële mededinging – potentiële concurrenten van Servier op het moment dat elk van hen de hen betreffende litigieuze overeenkomst(en) heeft ondertekend.
- 1887 In de derde plaats kon Servier, anders dan verzoeksters stellen, redelijkerwijs voorzien dat haar gedrag onder het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod viel (zie punt 1661 hierboven). Daarenboven kon zij er niet onkundig van zijn dat haar gedrag mededingingsverstrend was (zie punt 1665 hierboven).
- 1888 In de vierde plaats moet wat betreft het door verzoeksters aangevoerde ontbreken van „daadwerkelijke gevolgen” van de inbreuken worden opgemerkt dat zij dat beweerde ontbreken zonder enige toelichting enkel aanvoeren om te concluderen dat het door de Commissie vastgestelde extra bedrag onevenredig is. Dat argument ontbeert dus de preciseringen op basis waarvan de gegrondheid ervan kan worden beoordeeld, en moet derhalve worden verworpen.
- 1889 Hoe dan ook was de Commissie in dat stadium van de berekening van de hoogte van de geldboete, net zomin als in het stadium van de vaststelling van het door haar gekozen aandeel van de waarde van de verkopen (zie de punten 1802 tot en met 1810 hierboven), niet verplicht om het eventueel ontbreken van een concrete weerslag op de markt in aanmerking te nemen. Zij was immers noch op grond van verordening nr. 1/2003, noch op grond van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, noch op grond van de rechtspraak van de Unie verplicht om dit te doen.
- 1890 In de vijfde plaats kan op grond van het feit dat de Commissie geen extra bedrag aan de generieke ondernemingen heeft opgelegd, niet worden geconcludeerd dat zij het beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden.
- 1891 Dienaangaande bestaan er fundamentele verschillen tussen de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten uiteengezette methode, die de Commissie heeft toegepast op Servier, en de methode die de Commissie op de generieke ondernemingen heeft toegepast (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie, T-471/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:460, punt 423).
- 1892 In het kader van de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten neergelegde methode heeft de in punt 13 gepreciseerde inaanmerkingneming van de waarde van de verkopen immers tot doel om als uitgangspunt voor de berekening van de aan een onderneming opgelegde geldboete een bedrag te nemen dat een maatstaf is waarin zowel de economische impact van de inbreuk tot uiting komt als het relatieve gewicht van die onderneming. Vervolgens stelt de Commissie overeenkomstig de punten 19 en 21 van die richtsnoeren naargelang van de ernst van de inbreuk het deel van die waarde van de verkopen vast op basis waarvan het basisbedrag wordt vastgesteld. Dat deel zal doorgaans maximaal 30 % bedragen en moet overeenkomstig punt 24 van de richtsnoeren van 2006 worden vermenigvuldigd met een coëfficiënt die afhankelijk is van de duur van de mededingingsregeling. Onafhankelijk van de duur van de deelname van een onderneming aan een inbreuk voegt de Commissie vervolgens overeenkomstig punt 25 van de richtsnoeren aan het basisbedrag een bedrag



toe van 15 % tot 25 % van de waarde van de verkopen om ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking, of zelfs aan andere inbreuken (arrest van 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie, T-471/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:460, punt 424).

- 1893 De voor de generieke ondernemingen gekozen methode bestaat daarentegen niet uit al die stappen, en in het bijzonder niet uit het opleggen van een extra bedrag uit hoofde van punt 25 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, omdat de Commissie met die methode rechtstreeks de door Servier aan de betrokken generieke ondernemingen uitgekeerde waardeoverdrachten als basisbedrag kan gebruiken (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals en Alpharma/Commissie, T-471/13, niet gepubliceerd, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:460, punt 425).
- 1894 De toepassing van de eerste methode op Servier en de tweede op de generieke ondernemingen was gerechtvaardigd.
- 1895 In de eerste plaats waren de generieke ondernemingen juist vanwege het voorwerp van de litigieuze overeenkomsten – die overeenkomsten tot marktuitsluiting zijn – anders dan Servier gedurende de periode van de inbreuken niet aanwezig op de markten waar die inbreuken zijn begaan.
- 1896 Aldus was het voor de Commissie onmogelijk om, zoals bepaald in punt 13 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, de waarden van de verkopen vast te stellen die de generieke ondernemingen hebben gerealiseerd in het laatste volledige jaar waarin zij op de betrokken geografische markt aan de inbreuken hebben deelgenomen.
- 1897 Zij kon de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten uiteengezette boeteberekeningsmethode dus niet op de generieke ondernemingen toepassen en kon hun in het bijzonder geen extra bedrag opleggen dat was berekend op basis van de waarde van de verkopen die door de onderneming in verband met de betrokken inbreuk was gerealiseerd.
- 1898 De voorgaande overwegingen gelden voor alle generieke ondernemingen, aangezien geen van hen heeft kunnen toetreden tot de markten waar de Commissie de hen betreffende inbreuk had vastgesteld.
- 1899 De grief betreffende de schending van het beginsel van gelijke behandeling moet in het bijzonder wat Krka betreft, verondersteld dat verzoeksters zich tot staving van die grief op goede gronden kunnen beroepen op de methode voor de berekening van de aan deze generieke onderneming opgelegde geldboete terwijl Servier niet aansprakelijk kan worden gesteld uit hoofde van de met Krka gesloten overeenkomsten (zie punt 1636 hierboven), worden verworpen.
- 1900 Het klopt dat de grief van verzoeksters niet berust op een vergelijking die voor iedere litigieuze overeenkomst is gemaakt tussen de situatie van Servier en die van de betrokken generieke onderneming, maar op een vergelijking die voor alle overeenkomsten is gemaakt tussen de situatie van Servier en die van alle betrokken generieke ondernemingen. De omstandigheid dat aan Servier geen extra bedrag is opgelegd uit hoofde van de met Krka gesloten overeenkomsten, impliceert dan ook niet per definitie dat de situatie van Krka niet in aanmerking mag worden genomen voor het onderzoek van de grief van verzoeksters.
- 1901 Voorts is het juist dat in één van de tussen Krka en Servier gesloten overeenkomsten de verlening van een licentie voor het 947-octrooi was overeengekomen voor zeven lidstaten. Bijgevolg heeft Krka in die lidstaten gedurende de periode van de inbreuk haar producten kunnen verkopen.

- 1902 De Commissie heeft evenwel geen inbreuk vastgesteld voor de lidstaten waar de licentie gold. Zij verwijt de partijen bij de overeenkomst niet dat Krka is toetreden tot de zeven markten waarop de licentie van toepassing was, maar dat zij afzag van markttoetreding in de andere lidstaten waar het verhandelingsverbod en het niet-betwistingsbeding zonder licentieovereenkomst van kracht waren.
- 1903 Het begrip „waarde van de verkopen” als bedoeld in punt 13 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten kan evenwel niet zodanig ruim worden opgevat dat het ook de verkopen van de onderneming in kwestie omvat die niet binnen de reikwijdte van het verweten kartel vallen (arrest van 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 57).
- 1904 Aldus konden de zeven markten waarop de licentieovereenkomst betrekking had niet worden beschouwd als markten die deel uitmaakten van de „betrokken geografische markt” in de zin van punt 13 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten.
- 1905 Hieraan moet worden toegevoegd dat het uit een licentieovereenkomst voortvloeiende voordeel in bepaalde omstandigheden weliswaar als een prikkel zou kunnen worden aangemerkt, maar het feit dat een dergelijke overeenkomst een generieke onderneming in staat stelt om zonder risico tot een markt toe te treden of op een markt te blijven, in beginsel bevorderlijk is voor de mededinging, omdat de markttoetreding van een generieke onderneming tot een aanzienlijke prijsdaling kan leiden. Het zou echter niet juist zijn om de waarde van de verkopen in aanmerking te nemen die is gerealiseerd op markten waar de mededinging groter is geworden teneinde een geldboete op te leggen aan een generieke onderneming die op andere markten zou hebben deelgenomen aan een beperking van de mededinging.
- 1906 De Commissie kon de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten uiteengezette boeteberekeningsmethode dus niet toepassen op Krka en, a fortiori, evenmin op de andere generieke ondernemingen die partij waren bij de litigieuze overeenkomsten, en kon hun in het bijzonder geen extra bedrag opleggen dat was berekend op basis van de waarde van de verkopen die door de onderneming in verband met de betrokken inbreuk is gerealiseerd.
- 1907 Dit gold echter niet voor Servier, die perindopril verkocht op de geografische markten waar de inbreuken waren gepleegd.
- 1908 In de tweede plaats was de boeteberekeningsmethode die de Commissie voor de generieke ondernemingen had gekozen afgestemd op de specifieke context, aangezien het bedrag van de in de overeenkomst bepaalde waardeoverdracht rekening hield met de winst die iedere generieke onderneming maakte met de haar betreffende inbreuk. Een dergelijke methode was niet geschikt voor Servier, die winst moest maken met het handhaven van een hoge perindoprijs.
- 1909 Dergelijke verschillen in situatie rechtvaardigden dat de generieke ondernemingen een andere behandeling ten deel viel dan Servier, dat wil zeggen een specifieke berekeningsmethode die zich van de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten uiteengezette methode onderscheidde en aldus niet vereiste dat het in die richtsnoeren bepaalde extra bedrag werd opgelegd.
- 1910 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie terecht een extra bedrag heeft toegepast bij de berekening van de geldboete die aan Servier is opgelegd uit hoofde van de eerste, dat wil zeggen de Niche en Unichem betreffende, inbreuk op artikel 101 VWEU (overweging 3139 van het bestreden besluit).

<sup>1911</sup> Aangaande de afzonderlijke grief die is ontleend aan de ontoereikende motivering van het bestreden besluit voor wat betreft het niet opleggen van een extra bedrag bij de berekening van de geldboete voor de generieke ondernemingen, moet worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 3146 van het bestreden besluit het volgende heeft vermeld:

„De generieke ondernemingen hebben ermee ingestemd om geen generiek perindopril te verkopen op de in elke overeenkomst bepaalde geografische markt en hebben op de betrokken geografische markt dus geen verkoop gerealiseerd. Bijgevolg zou punt 37 van de richtsnoeren [voor de berekening van geldboeten] op de generieke ondernemingen moeten worden toegepast. Op grond van punt 37 van die richtsnoeren kan door de Commissie van de normale methode van de richtsnoeren [voor de berekening van geldboeten] worden afgeweken vanwege de bijzondere kenmerken van een gegeven zaak of de noodzaak om een bepaald afschrikkend niveau te bereiken.”

<sup>1912</sup> In overweging 3152 van het bestreden besluit heeft de Commissie onder meer het volgende uiteengezet:

„Overeenkomstig verordening nr. 1/2003 en de richtsnoeren [voor de berekening van geldboeten] moet de geldboete gebaseerd zijn op de volgende factoren: i) de ernst van de inbreuk, ii) de duur ervan, iii) eventuele verzwarende of verzachtende omstandigheden en iv) de noodzaak om een afschrikkend niveau te bereiken. De Commissie overweegt in de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid dat in casu, gelet op de bijzondere kenmerken van de zaak, het bedrag van de door de generieke ondernemingen ontvangen waardeoverdracht belangrijke aanwijzingen geeft wat die factoren betreft.”

<sup>1913</sup> Uit de hierboven aangehaalde fragmenten uit het bestreden besluit blijkt, ten eerste, dat de Commissie in plaats van de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten uiteengezette methode, die is gebaseerd op de waarde van de verkopen van het laatste volledige jaar waarin de onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen, een methode heeft gekozen waarbij de door de generieke ondernemingen ontvangen waardeoverdracht is gebruikt als basisbedrag voor de berekening van de geldboete, ten tweede, dat zij zich in het kader van die werkwijze heeft gebaseerd op het voorwerp zelf van de overeenkomsten – die overeenkomsten tot marktuitsluiting waren die ertoe hebben geleid dat de generieke ondernemingen ten tijde van de inbreuk niet op die markt aanwezig waren – en, ten derde, dat zij meende dat de gekozen methode haar in staat stelde om met name de ernst van de inbreuk en de duur ervan in aanmerking te nemen.

<sup>1914</sup> Een dergelijke motivering maakte het voor verzoeksters inzichtelijk waarom de Commissie voor de generieke ondernemingen een methode gebruikte die, in het bijzonder voor zover hierbij geen extra bedrag werd opgelegd, afweek van de in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten uiteengezette methode. Zij stelt tevens de Unierechter in staat om zijn wettigheidstoezicht uit te oefenen en zijn taak van volledige rechtsmacht te vervullen.

<sup>1915</sup> De grief inzake de in dat verband ontoereikende motivering moet dus worden afgewezen.

<sup>1916</sup> Ter afsluiting moet worden opgemerkt dat, gelet op alle in de punten 1816 tot en met 1818 in herinnering gebrachte relevante omstandigheden van de onderhavige zaak, het voor de eerste inbreuk op artikel 101 VWEU opleggen van een extra bedrag dat is berekend op basis van een percentage van 11 % van de waarde van de verkopen – welk percentage lager is dan het in punt 25 van de richtsnoeren gepreciseerde percentagebereik – en dat daarenboven enkel op één van de jegens Servier vastgestelde inbreuken op artikel 101 VWEU is toegepast, niet als onevenredig kan worden beschouwd.

<sup>1917</sup> Uit een en ander volgt dat het onderhavige middel moet worden afgewezen.

***g) Schending van het evenredigheidsbeginsel en van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen***

1918 Verzoeksters voeren twee grieven aan, waarvan de eerste is ontleend aan de niet-aanmerkingneming van de bijzondere kenmerken van Servier en de tweede aan de duur van de administratieve procedure.

*1) Niet-aanmerkingneming van de bijzondere kenmerken van Servier*

*i) Argumenten van partijen*

[omissis]

*ii) Beoordeling door het Gerecht*

1922 In de eerste plaats verplichtte de enkele omstandigheid, zo die al is aangetoond, dat Servier een onderneming is die zich op slechts één product concentreert, de Commissie niet om het bedrag van de geldboeten te verlagen. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat verzoeksters ter ondersteuning van dat argument geen enkele dwingende Unierechtelijke bepaling en geen enkel precedent uit de rechtspraak aanvoeren.

1923 Bovendien behaalt een onderneming als verzoekster, die een uitermate groot aandeel van haar totale omzet realiseert met het product dat onder het kartel valt, hiermee bijgevolg ook een bijzonder hoge winst (zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Pilkington Group e.a./Commissie, C-101/15 P, EU:C:2016:258, punt 100). De enkele omstandigheid dat Servier een onderneming is die zich op slechts één product concentreert, rechtvaardigt aldus niet dat de geldboeten worden verlaagd.

1924 Wat betreft de aangevoerde beschikkingspraktijk van de Commissie waarbij zij de geldboeten zou hebben verlaagd omdat sprake was van een onderneming die zich op slechts één product concentreerde, moet worden opgemerkt dat het door verzoeksters aangehaalde precedent, zoals dat door hen is uiteengezet, betrekking had op omstandigheden die verschilden van die in casu, aangezien de Commissie het betrokken boetebedrag had verlaagd om te voorkomen dat het in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 neergelegde maximum van 10 % van de omzet zou worden bereikt.

1925 Volgens de rechtspraak beschikt de Commissie bij de vaststelling van de boetebedragen bovendien over een beoordelingsmarge om het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven. Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, kan haar niet verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 1/2003 gestelde grenzen te verhogen, indien dit noodzakelijk is ter verzekering van de uitvoering van het mededingingsbeleid van de Unie. Voor een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels van de Unie moet de Commissie het niveau van de geldboeten juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen (zie in die zin arrest van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2016:449, punt 773).

1926 Volgens vaste rechtspraak kan daarenboven iedere justitiabele bij wie een Unie-instelling gegronde verwachtingen heeft gewekt, zich op het vertrouwensbeginsel beroepen. Voor een beroep op dit beginsel moet aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moet de betrokkene van de Unie-instelling nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen hebben gekregen die van bevoegde en betrouwbare bronnen afkomstig zijn. In de tweede plaats moeten deze toezeggingen gegronde verwachtingen kunnen wekken bij degene tot wie zij gericht zijn.



In de derde plaats moeten de toezeggingen verenigbaar zijn met de toepasselijke voorschriften (zie arrest van 5 september 2014, *Éditions Odile Jacob/Commissie*, T-471/11, EU:T:2014:739, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 1927 Uit de door verzoeksters aangehaalde elementen, te weten een resolutie van het Parlement en een verklaring van het inzake mededinging bevoegde Commissielid, zou echter hooguit kunnen worden opgemaakt dat de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten wellicht in de toekomst worden gewijzigd om rekening te houden met de specifieke kenmerken van ondernemingen die zich op slechts één product concentreren. Het betreft hier dus geen nauwkeurige, onvoorwaardelijke en onderling overeenstemmende toezeggingen die gegronde verwachtingen kunnen wekken bij Servier.
- 1928 In de tweede plaats was de Commissie geenszins verplicht om de geldboeten te verlagen op grond van de omstandigheid, zo die al is bewezen, dat Servier wordt bestuurd door een stichting zonder winstoogmerk die geen dividend uitkeert aan begunstigden die natuurlijke personen zouden zijn, waardoor zij dus een belangrijk deel van haar winst, zo niet de volledige winst, aan onderzoek kan besteden.
- 1929 Bovendien beschikt de Commissie bij de bepaling van het bedrag van de geldboeten over een beoordelingsmarge (zie punt 1925 hierboven).
- 1930 Gesteld al dat verzoeksters zouden hebben willen betwisten dat Servier een onderneming is in de zin van het mededingingsrecht, dan zou moeten worden opgemerkt dat de drie ondernemingen die adressaat zijn van het bestreden besluit, die ook verzoeksters zijn, geen stichtingen zijn.
- 1931 Bovendien heeft het Hof verduidelijkt dat het feit dat goederen en diensten zonder winstoogmerk worden aangeboden, niet belet dat de entiteit die deze transacties op de markt verricht, als een onderneming moet worden beschouwd, aangezien dit aanbod concurreert met dat van andere marktdeelnemers, die wel winst nastreven (zie in die zin arrest van 1 juli 2008, *MOTOE*, C-49/07, EU:C:2008:376, punt 27).
- 1932 In de derde plaats voeren verzoeksters schending van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen aan.
- 1933 In dat verband zij eraan herinnerd dat het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties vereist dat het bedrag van de hoofdelijk te betalen geldboete overeenkomstig artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 wordt vastgesteld op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk die individueel aan de betrokken onderneming wordt verweten (arresten van 10 april 2014, *Commissie e.a./Siemens Österreich e.a.*, C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, punt 52, en 19 juni 2014, *FLS Plast/Commissie*, C-243/12 P, EU:C:2014:2006, punt 107).
- 1934 Met hun argument betwisten verzoeksters evenwel niet de hoofdelijkheid die de Commissie zou hebben toegepast door aan verschillende ondernemingen eenzelfde geldboete op te leggen.
- 1935 Dat het feit dat Servier een stichting zonder winstoogmerk was die geen dividend uitkeerde aan begunstigde natuurlijke personen, waardoor zij een belangrijk deel van haar winst, zo niet de volledige winst, aan onderzoek kon besteden, voor de Commissie geen reden was om het bedrag van de geldboeten te verlagen, kan bovendien niet leiden tot de vaststelling dat de Commissie het totaalbedrag van de aan Servier opgelegde geldboete niet overeenkomstig de in punt 1933 hierboven aangehaalde rechtspraak zou hebben bepaald op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk die haar individueel wordt verweten.
- 1936 Uit het voorgaande volgt dat de onderhavige grief moet worden afgewezen.

## 2) Duur van de administratieve procedure

### i) Argumenten van partijen

[omissis]

### ii) Beoordeling door het Gerecht

<sup>1941</sup> Er zij aan herinnerd dat schending van het beginsel van inachtneming van een redelijke termijn weliswaar kan dienen ter rechtvaardiging van de nietigverklaring van een besluit dat is genomen na afloop van een administratieve procedure op grond van artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU wanneer er tevens sprake is van schending van het recht van verdediging van de betrokken onderneming, maar dat schending door de Commissie van de redelijke termijn in een dergelijke administratieve procedure, voor zover deze al zou vaststaan, niet ertoe kan leiden dat de opgelegde geldboete wordt verlaagd (zie arrest van 9 juni 2016, PROAS/Commissie, C-616/13 P, EU:C:2016:415, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>1942</sup> In casu stellen verzoeksters geenszins dat de aangevoerde schending van het beginsel van inachtneming van een redelijke termijn een schending van het recht van verdediging zou hebben meegebracht. Die schending, zo die al zou vaststaan, kan dan ook niet ter rechtvaardiging van de nietigverklaring van het bestreden besluit dienen. Overeenkomstig de in punt 1941 hierboven aangehaalde rechtspraak kunnen verzoeksters op grond van die schending evenmin een verlaging van de aan hen opgelegde geldboete verkrijgen.

<sup>1943</sup> De Commissie merkt in punt 1037 van het verweerschrift hoe dan ook het volgende op:

„De Commissie is van mening dat zij al haar wettelijke verplichtingen is nagekomen die verband houden met de duur van de administratieve procedure. In casu is de Commissie op 24 november 2008 ex officio met haar onderzoek begonnen. Het besluit is vastgesteld op 9 juli 2014. Het besluit heeft reeds de nadruk gelegd op de talrijke maatregelen die tijdens het onderzoek zijn genomen [...] Volgens de Commissie kan de duur van het onderzoek mede worden verklaard door de omvang en het belang van het onderzoek, zowel ten aanzien van de verschillende onderzochte praktijken als ten aanzien van het aantal betrokken ondernemingen en autoriteiten. De Commissie benadrukt dat het besluit tot dertien ondernemingen was gericht en betrekking heeft op de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU, op zes afzonderlijke inbreuken en op twee marktafbakeningen, en dat het de analyse van een zeer omvangrijke documentatie vereiste. De Commissie heeft meer dan 200 [verzoeken om inlichtingen] gestuurd, een inspectie verricht bij 6 ondernemingen, meer dan 15 werkoverleggen gehad met de betrokken ondernemingen en een dossier met meer dan 11 000 punten samengesteld [...]”.

<sup>1944</sup> Op basis van die elementen, die niet door verzoeksters worden betwist en waaraan de complexiteit rechtens en feitelijk van de betrokken zaak moet worden toegevoegd die – in ieder geval deels – voortvloeit uit de benaming van de mede door verzoeksters opgestelde overeenkomsten, kan worden vastgesteld dat de duur van de administratieve procedure in casu niet die van een redelijke termijn heeft overschreden.

<sup>1945</sup> Hieraan moet worden toegevoegd dat de in punt 1944 hierboven vastgestelde complexiteit niet in tegenspraak is met hetgeen de Commissie daarenboven in overweging 3110 van het bestreden besluit heeft opgemerkt, namelijk:

„[...] Hoe dan ook kunnen de praktijken in casu, die een marktuitsluiting in ruil voor een waardeoverdracht beoogden, niet als rechtens complex worden beschouwd wat het opleggen van geldboeten betreft en was de onwettigheid ervan voorzienbaar voor de partijen.”

- 1946 Er zij immers aan herinnerd dat het weliswaar voor een buitenstaander als de Commissie mogelijk niet duidelijk was dat de betrokken overeenkomsten een inbreuk vormden, omdat zij in de vorm van minnelijke regelingen van octrooigeschillen waren gesloten, maar dat dat niet gold voor de partijen bij de overeenkomst.
- 1947 Uit een en ander volgt dat de onderhavige grief en bijgevolg het middel in zijn geheel moeten worden afgewezen.

#### ***h) Samenvatting van de nietigverklaring en de verlaging van de geldboeten***

- 1948 Er zij aan herinnerd dat de litigieuze overeenkomsten, met uitzondering van de met Krka gesloten overeenkomsten, overeenkomsten tot marktuitsluiting zijn die mededingingsversturende doelen nastreven. De uitsluiting van concurrenten van de markt is een extreme vorm van marktverdeling en productiebeperking (zie punt 1816 hierboven). Aldus moeten dergelijke overeenkomsten op grond van punt 23 van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten in beginsel zwaar worden bestraft (zie punt 1816 hierboven).
- 1949 Bovendien hebben die overeenkomsten, die berusten op een prikkel en niet op de erkenning door de partijen van de geldigheid van het betrokken octrooi, Servier in staat gesteld om de onvoorspelbaarheid van octrooigedingen en de onzekerheden omtrent de voorwaarden voor en de mogelijkheid van een markttoetreding van de generieke ondernemingen te verruilen voor de zekerheid dat die ondernemingen waarmee een overeenkomst was gesloten buiten de markt werden gehouden (zie punt 1819 hierboven).
- 1950 Tot slot moet worden opgemerkt dat die overeenkomsten zijn uitgevoerd.
- 1951 Bovendien zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit (overweging 3128) rekening heeft gehouden met het feit dat Servier meerdere inbreuken had gepleegd die weliswaar afzonderlijke inbreuken waren, maar die betrekking hadden op hetzelfde product, namelijk perindopril, en grotendeels op dezelfde geografische gebieden en op dezelfde perioden. In die bijzondere context heeft zij ter voorkoming van een mogelijkere onevenredig resultaat besloten om voor iedere inbreuk het aandeel van de door Servier gerealiseerde waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete, te beperken. Aldus heeft zij een correctie toegepast die heeft geleid tot een gemiddelde verlaging van 54,5 % van de totale waarde van de verkopen die verband houdt met de verschillende inbreuken op artikel 101 VWEU.
- 1952 Het aandeel van de waarde van de verkopen dat door de Commissie is vastgesteld voor de berekening van de geldboete – te weten 10 of 11 % naargelang van het geval – bedraagt bovendien slechts ongeveer een derde van het maximale percentage dat kan worden vastgesteld.
- 1953 Tot slot heeft het Gerecht, rekening houdend met de verbanden tussen de Matrix-overeenkomst en de Niche-overeenkomsten, de geldboete die aan Servier was opgelegd uit hoofde van de Matrix-overeenkomst verlaagd.
- 1954 Gelet op de in de punten 1948 tot en met 1953 hierboven in herinnering gebrachte elementen, alsook op alle in het onderhavige arrest genoemde overwegingen, moet worden vastgesteld dat de uit hoofde van artikel 101 VWEU aan Servier opgelegde geldboeten, rekening houdend met de verlagingen die het Gerecht in het kader van zijn volledige rechtsmacht reeds heeft toegepast, niet onevenredig zijn, ook al heeft de Commissie in overweging 3130 van het bestreden besluit, zoals blijkt uit het antwoord op het middel betreffende de onjuiste beoordeling van de afbakening van de relevante markt, ten onrechte overwogen dat Servier „zeer grote marktaandelen bezat op de in het kader van het onderhavige besluit afgebakende relevante markten waarop de inbreuken op artikel 101 [VWEU] zijn begaan”.

- 1955 Voorts moet worden gepreciseerd dat, aangezien de Commissie terecht heeft overwogen dat de vastgestelde inbreuken afzonderlijke inbreuken waren (zie de punten 1685 tot en met 1691 hierboven), niet op basis van het feit dat het totaalbedrag van de geldboeten een niet verwaarloosbaar percentage van de mondiale omzet van Servier vertegenwoordigt, kan worden vastgesteld dat die geldboeten onevenredig zouden zijn. De geldboeten zijn des te minder onevenredig daar dat percentage door het Gerecht aanzienlijk is verlaagd in het kader van zijn volledige rechtsmacht.
- 1956 Uit al het voorgaande volgt dat de subsidiaire vorderingen van verzoeksters, voor zover zij betrekking hebben op de geldboeten die aan Servier zijn opgelegd voor de inbreuken op artikel 101 VWEU, moeten worden afgewezen, met uitzondering van de vorderingen tot, ten eerste, nietigverklaring van de geldboete die aan Servier is opgelegd uit hoofde van de inbreuk betreffende de met Krka gesloten overeenkomsten en, ten tweede, verlaging van de geldboete die aan Servier is opgelegd uit hoofde van de inbreuk betreffende de Matrix-overeenkomst. De subsidiaire vorderingen van verzoeksters moeten, voor zover zij betrekking hebben op de inbreuk op artikel 102 VWEU bijgevolg worden toegewezen, aangezien artikel 6 van het bestreden besluit, waarbij de Commissie een inbreuk op artikel 102 VWEU heeft vastgesteld, is nietig verklaard (zie punt 1638 hierboven).
- 1957 Hieraan moet tot slot worden toegevoegd dat de Commissie in het kader van de methode voor de berekening van de afzonderlijke geldboeten voor de verschillende door haar vastgestelde inbreuken op artikel 101 VWEU, een correctiefactor heeft toegepast die afhankelijk is van het aantal gelijktijdig gepleegde inbreuken in een lidstaat. Gelet op de vaststelling dat één van de inbreuken op artikel 101 VWEU niet is bewezen, zou het Gerecht dus nog de mogelijkheid kunnen onderzoeken om de geldboeten die uit hoofde van de andere inbreuken op artikel 101 VWEU aan Servier zijn opgelegd, te verhogen.
- 1958 Gelet op alle omstandigheden van het onderhavige geval, en met name op de aan het eind van punt 1954 hierboven in herinnering gebrachte omstandigheden, is een dergelijke verhoging, die bovendien geenszins door de Commissie is gevorderd, evenwel niet noodzakelijk.

#### **IV. Algemene conclusie**

- 1959 In de eerste plaats blijkt, aangaande artikel 101 VWEU, uit alle voorgaande overwegingen dat de Commissie op goede gronden een mededingingsbeperking naar strekking heeft kunnen vaststellen voor de overeenkomsten met Niche, Matrix, Teva en Lupin. In die omstandigheden behoeft voor diezelfde overeenkomsten hoe dan ook niet te worden onderzocht of de vaststelling van de mededingingsbeperkende gevolgen gegrond is.
- 1960 Daarentegen overweegt het Gerecht, ten eerste, dat de Commissie wat betreft de inbreuk die uit hoofde van de met Krka gesloten overeenkomsten is vastgesteld, niet heeft bewezen dat er een mededingingsbeperking naar strekking bestaat. In het kader van zijn onderzoek van de door de Commissie vastgestelde mededingingsbeperkende gevolgen stelt het Gerecht tevens vast dat die niet zijn bewezen. Derhalve moet artikel 4 van het bestreden besluit worden nietig verklaard, voor zover de Commissie bij dat artikel, wat betreft de tussen Servier en Krka gesloten overeenkomsten, heeft vastgesteld dat Servier heeft deelgenomen aan een inbreuk uit hoofde van artikel 101, lid 1, VWEU. Bijgevolg moet ook artikel 7, lid 4, onder b), van het bestreden besluit, waarbij de Commissie Servier uit hoofde van die inbreuk een geldboete van 37 661 800 EUR heeft opgelegd, worden nietig verklaard.
- 1961 Ten tweede overweegt het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht dat de geldboete die aan Servier uit hoofde van de in artikel 2 van het bestreden besluit vastgestelde inbreuk betreffende de Matrix-overeenkomst is opgelegd, te hoog is. Bijgevolg moet dat bedrag, dat in artikel 7, lid 2, onder b), van het bestreden besluit is bepaald, worden verlaagd en worden vastgesteld op 55 385 190 EUR.



- <sup>1962</sup> Voor het overige moet de hoogte van de geldboeten die de Commissie uit hoofde van de overeenkomsten met Niche, Teva en Lupin aan Servier heeft opgelegd, worden bevestigd.
- <sup>1963</sup> In de tweede plaats overweegt het Gerecht aangaande artikel 102 VWEU dat niet is bewezen dat de relevante markt van de eindproducten zich beperkte tot perindopril. Aangezien niet is bewezen dat Servier op die markt, noch op de markt van de technologie, een machtspositie innam, wordt het bestaan van misbruik van die positie ter discussie gesteld, zodat artikel 6 van het bestreden besluit, waarbij die inbreuk is vastgesteld, moet worden nietig verklaard. Bijgevolg moet ook artikel 7, lid 6, van het bestreden besluit, waarbij de Commissie Servier uit hoofde van die inbreuk een geldboete van 41 270 000 EUR heeft opgelegd, worden nietig verklaard.

## V. Kosten

- <sup>1964</sup> Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd.
- <sup>1965</sup> Ingevolge artikel 134, lid 3, eerste zin, van het Reglement voor de procesvoering draagt elke partij haar eigen kosten indien partijen respectievelijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.
- <sup>1966</sup> Daar verzoeksters en de Commissie ten dele in het ongelijk zijn gesteld, moet elk der partijen worden verwezen in haar eigen kosten.
- <sup>1967</sup> Volgens artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht bepalen dat een andere dan de in de leden 1 en 2 van dat artikel bedoelde interveniënt zijn eigen kosten zal dragen.
- <sup>1968</sup> Aangezien de in punt 1967 hierboven genoemde bepaling van toepassing is op de EFPIA, moet zij worden verwezen in haar eigen kosten.

HET GERECHT (Negende kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Artikel 4 van besluit C(2014) 4955 final van de Commissie van 9 juli 2014 inzake een procedure op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU [zaak AT.39612 – Perindopril (Servier)] wordt nietig verklaard voor zover het de deelname van Servier SAS en Les Laboratoires Servier SAS aan de in dat artikel beoogde overeenkomsten vaststelt.**
- 2) **Artikel 6 van besluit C(2014) 4955 final wordt nietig verklaard.**
- 3) **Artikel 7, lid 4, onder b), en lid 6, van besluit C(2014) 4955 final wordt nietig verklaard.**
- 4) **Het uit artikel 7, lid 2, onder b), van besluit C(2014) 4955 final voortvloeiende bedrag van de geldboete die uit hoofde van de in artikel 2 van dat besluit bedoelde inbreuk is opgelegd aan Servier en aan Les Laboratoires Servier, wordt vastgesteld op 55 385 190 EUR.**
- 5) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**
- 6) **Servier, Servier Laboratories Ltd en Les Laboratoires Servier enerzijds en de Europese Commissie anderzijds dragen hun eigen kosten.**
- 7) **De European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) draagt haar eigen kosten.**

Gervasoni

Bieliūnas

Madise

Da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 december 2018.

ondertekeningen

## Inhoud

I. Voorgeschiedenis van het geding .....	2
A. Verzoeksters .....	2
B. Perindopril en octrooien .....	2
1. Perindopril .....	2
2. Octrooi betreffende de molecule .....	3
3. Secundaire octrooien .....	3
4. Tweede-generatie-perindopril .....	3
C. Geschillen over perindopril .....	4
1. Geschillen voor het EOB .....	4
2. Geschillen voor de nationale rechterlijke instanties .....	4
a) Geschil tussen Servier enerzijds en Niche en Matrix anderzijds .....	4
b) Geschillen tussen Servier enerzijds en Ivax en Teva anderzijds .....	5
c) Geschillen tussen Servier en Krka .....	5
d) Geschil tussen Servier en Lupin .....	6
e) Geschillen tussen Servier en Apotex .....	6
D. Schikkingen inzake de octrooigeschillen .....	6
1. Overeenkomsten tussen Servier, Niche en Unichem en tussen Servier en Matrix .....	7
2. Overeenkomst tussen Servier en Teva .....	8
3. Overeenkomsten tussen Servier en Krka .....	9
4. Overeenkomst tussen Servier en Lupin .....	10
E. Aanschaf van enabling technologies .....	11
F. Sectoraal onderzoek .....	11
G. Administratieve procedure en bestreden besluit .....	12
II. Procedure en conclusies van partijen .....	13
III. In rechte .....	14
A. Ontvankelijkheid .....	14

1.	Ontvankelijkheid van de derde vordering .....	14
	a) Argumenten van partijen .....	14
	b) Beoordeling door het Gerecht .....	14
2.	Ontvankelijkheid van bepaalde bijlagen bij het verzoekschrift .....	17
	a) Argumenten van partijen .....	17
	b) Beoordeling door het Gerecht .....	17
B.	Ten gronde .....	21
1.	Schending van het beginsel van onpartijdigheid en van het recht op behoorlijk bestuur ....	21
	a) Argumenten van partijen .....	21
	b) Beoordeling door het Gerecht .....	21
2.	Geen daadwerkelijke raadpleging van het adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities .....	27
	a) Argumenten van partijen .....	27
	b) Beoordeling door het Gerecht .....	27
3.	Schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, van de rechten van de verdediging en van het beginsel van „equality of arms” .....	35
	a) Argumenten van partijen .....	35
	b) Beoordeling door het Gerecht .....	35
4.	Onjuiste opvatting van de feiten .....	38
	a) Argumenten van partijen .....	38
	b) Beoordeling door het Gerecht .....	38
5.	Onjuiste rechtsopvattingen aangaande de definitie van het begrip „mededingingsbeperking naar strekking” .....	41
	a) Mededingingsbeperkende strekking van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied .....	42
	1) Mededingingsbeperkingen naar strekking .....	42
	2) Intellectuele-eigendomsrechten en octrooien in het bijzonder .....	46
	3) Schikkingen van octrooigeschillen .....	50
	4) Verenigbaarheid van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied met het mededingingsrecht .....	51
	5) Prikkel .....	56



6) Toepasselijkheid van de theorie van de nevenrestricties op de schikkingsovereenkomsten .....	57
7) Verenigbaarheid van de schikkingsovereenkomsten op octrooigebied met het Amerikaanse mededingingsrecht .....	60
8) Noodzakelijkerwijs ambivalente uitwerking van de schikkingsovereenkomsten .....	61
b) Door de Commissie gekozen criteria voor de kwalificatie van de schikkingsovereenkomsten als beperking naar strekking .....	62
1) Criterium van potentiële mededinging .....	63
i) Argumenten van partijen .....	63
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	63
– Criteria voor de beoordeling van potentiële mededinging .....	63
– Door de octrooien van verzoeksters opgeworpen drempels voor potentiële mededinging .....	70
2) Criterium van de toezegging van de generieke ondernemingen om hun autonome inspanningen om tot de markt toe te treden te beperken .....	80
i) Argumenten van partijen .....	80
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	80
3) Criterium van de waardeoverdracht ten gunste van de generieke ondernemingen .....	81
i) Argumenten van partijen .....	81
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	82
6. Overeenkomsten met Niche en Matrix .....	84
a) Kwalificatie van Niche en Matrix als potentiële concurrent .....	84
b) Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking .....	84
1) Argumenten van partijen .....	84
2) Beoordeling door het Gerecht .....	84
i) Ontbreken van een stimulerende waardeoverdracht .....	85
ii) Onvoldoende nadelige aard van de niet-betwistingsbedingen en verhandelingsverboden .....	90
c) Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Niche- en Matrix-overeenkomsten als overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen .....	92
7. Overeenkomst met Teva .....	93

a)	Kwalificatie van Teva als potentiële concurrent .....	93
b)	Onjuiste rechtsopvattingen en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Teva-overeenkomst als mededingingsbeperking naar strekking .....	93
1)	Argumenten van partijen .....	93
2)	Beoordeling door het Gerecht .....	93
i)	Geen beperking van de inspanningen van de generieke onderneming om met de originator-onderneming te concurreren .....	93
ii)	Geen stimulerend voordeel .....	99
	– Uiteindelijke forfaitaire schadevergoeding .....	100
	– Aanvankelijk bedrag .....	101
iii)	Subsidiar aangevoerde grief met betrekking tot de duur van de inbreuk .....	104
c)	Onjuiste toepassing van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Teva-overeenkomst als een overeenkomst met mededingingsbeperkende gevolgen .....	104
8.	Overeenkomst met Lupin .....	104
a)	Kwalificatie van Lupin als potentiële concurrent .....	104
b)	Onjuiste toepassing van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Lupin-overeenkomst als mededingingsbeperking naar strekking .....	105
1)	Argumenten van partijen .....	105
2)	Beoordeling door het Gerecht .....	105
i)	Afwezigheid van een stimulerend voordeel .....	105
ii)	Geen beperking van de inspanningen van de generieke onderneming om met de originatoronderneming te concurreren .....	110
iii)	Ontbreken van een inbreuk .....	115
iv)	Subsidiar door Servier aangevoerd middel betreffende de onjuiste vaststelling van de duur van de inbreuk .....	118
c)	Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de Lupin-overeenkomst als een overeenkomst met mededingingsbeperkende gevolgen .....	120
9.	Overeenkomsten met Krka .....	120
a)	Onjuiste toepassingen van het recht en beoordelingsfouten met betrekking tot de kwalificatie van de met Krka gesloten overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking .....	120
1)	Schikkingsovereenkomst en licentieovereenkomst .....	120

i)	Argumenten van partijen .....	120
ii)	Beoordeling door het Gerecht .....	120
2)	Overdrachtovereenkomst .....	133
i)	Argumenten van partijen .....	133
ii)	Beoordeling door het Gerecht .....	133
b)	Onjuiste rechtsopvatting en beoordelingsfout met betrekking tot de kwalificatie van de met Krka gesloten overeenkomsten als overeenkomsten met mededingingsbeperkende gevolgen .....	136
1)	Argumenten van partijen .....	136
2)	Beoordeling door het Gerecht .....	136
i)	Door de Commissie gevolgde benadering .....	136
ii)	In casu relevante rechtspraak .....	140
iii)	Beoordelingsfout .....	145
–	Verhandelingsverbod in de schikkingsovereenkomst .....	145
–	Niet-betwistingsbeding in de schikkingsovereenkomst .....	150
–	Overdracht onder licentie van de technologie van Krka .....	153
iv)	Onjuiste rechtsopvatting .....	154
10.	Middel betreffende de definitie van het begrip „mededingingsbeperkende gevolgen” .....	156
a)	Argumenten van partijen .....	156
b)	Beoordeling door het Gerecht .....	156
11.	Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot de kwalificatie als afzonderlijke inbreuken .....	156
a)	Kwalificatie van de vijf overeenkomsten als afzonderlijke inbreuken .....	156
1)	Argumenten van partijen .....	156
2)	Beoordeling door het Gerecht .....	156
b)	Kwalificatie van de overeenkomsten met Niche en met Matrix als afzonderlijke inbreuken .....	162
1)	Argumenten van partijen .....	162
2)	Beoordeling door het Gerecht .....	162
12.	Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot de afbakening van de relevante markt van de eindproducten .....	165

a) Argumenten van partijen .....	165
b) Beoordeling door het Gerecht .....	165
1) Opmerkingen vooraf .....	165
i) Omvang van de toetsing door de Unierechter .....	165
ii) Afbakening van een relevante productmarkt in de farmaceutische sector .....	167
2) Eerste onderdeel van de eerste grief: niet-inaanmerkingneming van alle elementen van de economische context .....	172
3) Tweede grief: niet-inaanmerkingneming door de Commissie van de therapeutische substitueerbaarheid van ACE-remmers .....	173
i) Onderscheid tussen perindopril en andere ACE-remmers in termen van doeltreffendheid en bijwerkingen .....	174
ii) Verschijnsel van „inertie” van artsen wat nieuwe patiënten betreft .....	184
iii) Veranderingsbereidheid van patiënten die een continue behandeling ondergaan .....	189
iv) Promotionele inspanningen .....	194
4) Tweede onderdeel van de eerste grief, ontleend aan het buitensporig belang van het prijs criterium in de marktanalyse, en derde, subsidiaire, grief, ontleend aan ongeldigheid van de door de Commissie verrichte econometrische analyse .....	197
5) Conclusie .....	200
13. Beoordelingsfouten met betrekking tot het bestaan van een machtspositie op de markt van de eindproducten .....	202
a) Argumenten van partijen .....	202
b) Beoordeling door het Gerecht .....	202
14. Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot het bestaan van een machtspositie op de markt van de technologie .....	204
a) Argumenten van partijen .....	204
b) Beoordeling door het Gerecht .....	204
15. Verkeerde toepassing van het recht en beoordelingsfout met betrekking tot het bestaan van misbruik van machtspositie .....	205
a) Argumenten van partijen .....	205
b) Beoordeling door het Gerecht .....	205
16. Subsidiaire vorderingen tot nietigverklaring of verlaging van de geldboeten .....	206
a) Onvoorzienbaarheid van de in het bestreden besluit gekozen uitleg .....	207
1) Argumenten van partijen .....	207



2) Beoordeling door het Gerecht .....	207
b) Verkeerde toepassing van het recht met betrekking tot de cumulatie van de geldboeten	211
1) Onjuist gebruik van het begrip „één enkele inbreuk” .....	211
i) Argumenten van partijen .....	211
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	211
2) Cumulatie van de geldboeten uit hoofde van de artikelen 101 en 102 VWEU .....	213
i) Argumenten van partijen .....	213
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	213
c) Berekening van de waarde van de verkopen .....	213
1) Inaanmerkingneming van de verkopen aan de ziekenhuissector .....	213
i) Argumenten van partijen .....	213
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	213
2) Ontoereikende motivering van de berekening van de waarde van de verkopen .....	215
i) Argumenten van partijen .....	215
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	215
3) Geografisch gebied van de waarde van de verkopen .....	216
i) Argumenten van partijen .....	216
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	216
d) Ernst van de inbreuken .....	219
1) Argumenten van partijen .....	219
2) Beoordeling door het Gerecht .....	219
e) Duur van de inbreuken .....	223
1) Begin van de inbreuken .....	223
i) Argumenten van partijen .....	223
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	223
2) Einddatum van de inbreuken .....	225
i) Argumenten van partijen .....	225
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	225
f) Opleggen van een extra bedrag .....	227

1) Argumenten van partijen .....	227
2) Beoordeling door het Gerecht .....	227
g) Schending van het evenredigheidsbeginsel en van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen .....	232
1) Niet-aanmerkingneming van de bijzondere kenmerken van Servier .....	232
i) Argumenten van partijen .....	232
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	232
2) Duur van de administratieve procedure .....	234
i) Argumenten van partijen .....	234
ii) Beoordeling door het Gerecht .....	234
h) Samenvatting van de nietigverklaring en de verlaging van de geldboeten .....	235
IV. Algemene conclusie .....	236
V. Kosten .....	237