Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Afdeling)

12. december 2018 *

»Konkurrence – konkurrencebegrænsende aftaler – markedet for perindopril, der er et lægemiddel til behandling af hjerte-kar-sygdomme, som originalmedicin og generisk produkt – afgørelse, der fastslår en overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF – aftaler om at forsinke, eller endda hindre, markedsadgangen for generiske versioner af lægemidlet perindopril – et datterselskabs deltagelse i en overtrædelse, som moderselskabet har begået – ansvar for overtrædelsen – solidarisk ansvar – bødeloftet«

I sag T-677/14,

Biogaran, Colombes (Frankrig), ved advokaterne T. Reymond, O. de Juvigny og J. Jourdan,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

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

har

RETTEN (Niende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni (refererende dommer), og dommerne L. Madise og R. da Silva Passos,

justitssekretær: fuldmægtig G. Predonzani,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 5. oktober 2017,

afsagt følgende

* Processprog: fransk.

Dom

I. Tvistens baggrund

A. Perindopril

1 Servier-koncernen, der består af Servier SAS og flere datterselskaber (herefter individuelt eller samlet omtalt »Servier«), udviklede perindopril, som er lægeligt anbefalet til medicinsk behandling af hjerte-kar-sygdomme, og som hovedsageligt skal anvendes mod forhøjet blodtryk og hjerteinsufficiens, med en mekanisme, som hæmmer det enzym, der omdanner angiotensin (herefter »ACE-hæmmer«).

2 Perindoprils aktive lægemiddelstof, dvs. det biologisk kemiske aktivstof, der skaber de tilsigtede terapeutiske virkninger, er en saltform. Det oprindeligt anvendte salt var erbumin (eller tert-butylimin), der har en krystallinsk form som følge af Serviers metode til dens syntese.

1. Molekylepatentet

3 Servier indgav ansøgning om patent på perindoprilmolekylet (patent EP0049658, herefter »patent 658«) til Den Europæiske Patentmyndighed (EPO) den 29. september 1981. Patent 658 skulle udløbe den 29. september 2001, men beskyttelsen heraf blev forlænget i flere af Den Europæiske Unions medlemsstater, herunder i Det Forenede Kongerige, til den 22. juni 2003, som tilladt ved Rådets forordning (EØF) nr. 1768/92 af 18. juni 1992 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler (EFT 1992, L 182, s. 1). I Frankrig blev beskyttelsen af patent 658 forlænget til den 22. marts 2005 og i Italien til den 13. februar 2009.

2. Sekundære patenter

4 I 1988 anmeldte Servier flere patenter til EPO vedrørende metoderne til fremstilling af perindoprilmolekylet, som udløb den 16. september 2008: patent EP0308339, EP0308340, EP0308341 og EP0309324 (herefter henholdsvis »patent 339«, »patent 340«, »patent 341« og »patent 324«).

5 Servier indgav i 2001 ansøgninger om nye patenter vedrørende erbumin og metoderne til fremstilling heraf til EPO, herunder patent EP1294689 (kaldet »beta-patentet«, herefter »patent 689«), patent EP1296948 (kaldet »gamma-patentet«, herefter »patent 948«) og patent EP1296947 (kaldet »alfa-patentet«, herefter »patent 947«). Servier indgav den 6. juli 2001 ansøgning om patent 947 vedrørende den alfakrystallinske form på erbumin og fremstillingsprocessen heraf, og EPO udstedte det den 4. februar 2004.

3. Anden eneration af perindopril

6 Fra 2002 begyndte Servier at udvikle en anden generation af perindopril, som blev fremstillet af et andet salt end erbumin, nemlig argininsalt. Dette argininperindopril skulle være forbedret hvad angår holdbarhed, der blev ændret fra to til tre år, stabilitet, der gav mulighed for en enkelt emballagetype til alle klimaområder, og opbevaringstype, der ikke nødvendiggjorde særlige forhold.

7 Servier indgav en europæisk patentansøgning for argininperindopril (patent EP1354873B, herefter »patent 873«) den 17. februar 2003. Patent 873 blev udstedt den 17. juli 2004 med en udløbsdato fastsat til den 17. februar 2023. Indførelsen af argininperindopril på Unionens markeder begyndte i 2006.

B. Sagsøgeren

8 Biogaran (herefter »sagsøgeren« eller »Biogaran«), der er et helejet datterselskab af Laboratoires Servier SAS, som selv er et datterselskab af Servier SAS, blev stiftet i 1996 og er et generikaproducerende selskab, hvis forhandlervirksomhed næsten udelukkende er begrænset til Frankrig.

C. Niches virksomhed vedrørende perindopril

9 Det generikaproducerende selskab, Niche Generics Ltd (herefter »Niche«), har overtaget alle de forpligtelser og det ansvar, der påhvilede Bioglan Generics Ltd i medfør af den udviklings- og licensaftale, som denne den 26. marts 2001 havde indgået med Medicorp Technologies India Ltd (herefter »Medicorp«), der blev efterfulgt af Matrix Laboratories Ltd (herefter »Matrix«), med henblik på markedsføring af en generisk udgave af perindopril (herefter »Niche-Matrix-aftalen«). I Niche-Matrix-aftalen blev det bestemt, at de to selskaber skulle markedsføre generisk perindopril i EU, og det blev præciseret, at Matrix hovedsageligt var ansvarlig for at udvikle og levere Perindoprils aktive lægemiddelstof, mens Niche hovedsageligt var ansvarlig for de skridt, der skulle tages for at indhente markedsføringstilladelser, samt for handelsstrategien.

10 Matrix leverede i april 2003 en pilotbatch af perindoprils aktive lægemiddelstof samt det tilhørende aktivstofs masterfile med henblik på Niches forberedelse af ansøgninger om markedsføringstilladelser.

11 Unichem Laboratories Ltd (herefter »Unichem«), der var Niches moderselskab, var ansvarlig for produktionen af perindopril i dets endelige lægemiddelform, hvilket fulgte af en aftale om udvikling og fremstilling af perindopriltabletter, som den 27. marts 2003 blev indgået med Medicorp, nu Matrix, der forpligtede sig til at udvikle perindoprils aktive lægemiddelstof og levere det til Unichem.

D. Tvister vedrørende perindopril

1. Tvister for EPO

12 Ti generikaproducerende selskaber, herunder Niche, fremsatte i 2004 indsigelse mod patent 947 for EPO med henblik på fuldstændig tilbagekaldelse heraf, idet de påberåbte sig, at patentet ikke var en nyhed, at der ikke var opfindervirksomhed, og at beskrivelsen af opfindelsen var utilstrækkelig. Niche trak imidlertid sin indsigelse tilbage den 9. februar 2005.

13 Den 27. juli 2006 godkendte EPO's indsigelsesafdeling gyldigheden af patent 947 efter mindre ændringer af Serviers oprindelige patentkrav (herefter »EPO's afgørelse af 27. juli 2006«). Syv selskaber klagede over denne afgørelse. Ved afgørelse af 6. maj 2009 annullerede EPO's tekniske appelkammer EPO's afgørelse af 27. juli 2006 og tilbagekaldte patent 947. Den anmodning om genoptagelse, som Servier indgav i forhold til denne afgørelse, blev forkastet den 19. marts 2010.

14 Niche indgav den 11. august 2004 ligeledes en indsigelse mod patent 948 for EPO, men trak sig fra sagen den 14. februar 2005.

2. Tvister for de nationale retsinstanser

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

16 I Det Forenede Kongerige anlagde Servier den 25. juni 2004 en sag om patentkrænkelse for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager), Det Forenede Kongerige) i forhold til Niche, idet det førstnævnte selskab påberåbte sig patent 339, 340 og 341, da Niche havde ansøgt om markedsføringstilladelser i Det Forenede Kongerige for en generisk version af perindopril, der var udviklet sammen med Matrix i medfør af Niche-Matrix-aftalen. Den 9. juli 2004 fremsatte Niche en modpåstand over for Servier om, at patent 947 blev erklæret ugyldigt.

17 Retsmøderne for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) vedrørende spørgsmålet, om den påståede patentkrænkelse var velbegrundet, blev endeligt fastsat til den 7. og 8. februar 2005, men varede kun en halv dag, eftersom der blev indgået forlig mellem Servier og Niche den 8. februar 2005, hvilket afsluttede tvisten mellem disse to parter.

18 Matrix blev underrettet af Niche om afviklingen af denne tvist og blev ligeledes knyttet til denne tvist, idet dette selskab for High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (patents court) (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for handelsretlige sager mv. (patentretlige sager)) afgav indlæg på Niches vegne. Servier sendte desuden en formel varslingsskrivelse til Matrix den 7. februar 2005 og foreholdt denne en krænkelse af patent 339, 340 og 341, idet Servier truede selskabet med et patentkrænkelsessøgsmål.

19 I efteråret 2004 begyndte Servier ligeledes at planlægge overtagelsen af Niche. Servier fik med henblik herpå udført forudgående revision, hvis første fase blev afsluttet den 10. januar 2005, da selskabet fremsatte et ikke-bindende bud på overtagelsen af selskabskapitalen i Niche for i alt mellem 15 og 45 mio. GBP. Efter den anden fase af denne forudgående revision, som blev udført den 21. januar 2005, meddelte Servier den 31. januar 2005 Niche mundtligt, at selskabet ikke længere ønskede at overtage Niche.

E. Forligene

1. Forlig indgået mellem Niche, Unichem, Matrix og Servier

20 Servier indgik en række forlig vedrørende patenter med flere generikaproducerende selskaber, med hvilke det havde tvister vedrørende patenterne.

21 Den 8. februar 2005 indgik Servier et forlig med Niche og Unichem (herefter »forliget« eller »Servier-Niche-forliget«). Forligets territoriale anvendelsesområde dækkede alle de lande, hvor patent 339, 340, 341 og 947 fandtes (forligets artikel 3).

22 I medfør af dette forlig forpligtede Niche og Unichem sig til at afholde sig fra at fremstille, lade fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere eller råde over perindopril, der var fremstillet efter den proces, som Niche havde skabt, og som Servier mente krænkede patent 339, 340 og 341 som godkendt i Det Forenede Kongerige, efter en i det væsentlige tilsvarende proces eller efter enhver anden proces, der kunne krænke patent 339, 340 og 341 (herefter »den omtvistede proces«) indtil disse patenters lokale udløb (forligets artikel 3) (herefter »ikke-markedsføringsklausulen«). I forliget bestemtes til gengæld, at Matrix efter udløbet af disse patenter kunne markedsføre perindopril fremstillet efter den omtvistede proces uden at krænke disse patenter (forligets artikel 4 og 6). Niche var endvidere forpligtet til at annullere, opsige eller indtil patenternes udløb at udsætte alle sine allerede indgåede kontrakter om perindopril fremstillet efter den omtvistede proces samt ansøgningerne om markedsføringstilladelser for denne perindopril (forligets artikel 11). Niche og Unichem forpligtede sig endvidere til ikke at fremsætte ansøgninger om markedsføringstilladelse for perindopril fremstillet efter den omtvistede proces og til ikke at bistå tredjemand med at opnå en

sådan markedsføringstilladelse (forligets artikel 10). Endelig skulle de indtil patenternes udløb afholde sig fra at anlægge søgsmål med påstand om ugyldighed af patent 339, 340, 341, 947, 689 og 948, eller om, at det blev fastslået, at der ikke forelå en krænkelse af disse patenter, undtagen som forsvar som led i en sag om krænkelse af patentet (forligets artikel 8) (herefter »ikke-anfægtelsesklausulen«). Niche accepterede desuden at trække sine indsigelser mod patent 947 og 948 for EPO tilbage (forligets artikel 7).

23 Til gengæld forpligtede Servier sig dels til ikke at anlægge sag om patentkrænkelse mod Niche eller dennes kunder og Unichem på grundlag af patent 339, 340, 341 og 947 i forhold til enhver angivelig krænkelse indtruffet før indgåelsen af forliget (forligets artikel 5) (herefter »ikke-påberåbelsesklausulen«), dels at betale Niche og Unichem 11,8 mio. GBP i to rater (forligets artikel 13). Dette beløb var modydelse for Niches og Unichems tilsagn og for de »betydelige omkostninger og [det] potentielle ansvar, som Niche og Unichem eventuelt måtte bære som følge af indstillingen af deres program til udvikling af perindopril fremstillet efter den [omtvistede] proces«.

24 Den 8. februar 2005 indgik Servier og Matrix endvidere et forlig (herefter »Matrix-forliget«), som dækkede alle de lande, hvori patent 339, 340, 341 og 947 fandtes, med undtagelse af en stat, der ikke var medlem af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) [forligets section 1, paragraph 1, litra xiii)].

25 Ved Matrix-forliget forpligtede dette selskab sig til at afholde sig fra at fremstille, lade fremstille, besidde, importere, levere, tilbyde at levere eller råde over perindopril, der var fremstillet efter den omtvistede proces, indtil disse patenter udløb (forligets artikel 1 og 2). I forliget bestemtes til gengæld, at Matrix efter udløbet af disse patenter frit kunne markedsføre perindopril fremstillet efter den omtvistede proces uden at krænke disse patenter (forligets artikel 4). Matrix var desuden forpligtet til at annullere, opsige eller indtil patenternes udløb at udsætte alle sine allerede indgåede kontrakter om perindopril fremstillet efter den omtvistede proces samt ansøgningerne om markedsføringstilladelser for denne perindopril inden den 30. juni 2005 (forligets artikel 7 og 8). Selskabet forpligtede sig endvidere til ikke at fremsætte ansøgninger om markedsføringstilladelse for perindopril fremstillet efter den omtvistede proces og til ikke at bistå tredjemand med at opnå en sådan markedsføringstilladelse (forligets artikel 6). Endelig skulle Matrix indtil patenternes udløb afholde sig fra at anlægge søgsmål med påstand om ugyldighed af patent 339, 340, 341, 947, 689 og 948 eller om, at det blev fastslået, at der ikke forelå en krænkelse af disse patenter, undtagen som forsvar som led i en sag om krænkelse af patentet (forligets artikel 5).

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

2. Aftalen mellem Niche og Biogaran

27 Den 8. februar 2005 (datoen for indgåelsen af Servier-Niche-forliget) indgik Niche og Biogaran en licens- og leveringsaftale vedrørende overdragelse af tre masterfiles fra Niche til Biogaran (dvs. »alle de oplysninger og/eller data, som Niche havde om produkterne, og som var nødvendige for at opnå markedsføringstilladelser«) og af en eksisterende markedsføringstilladelse mod Biogarans betaling af 2,5 mio. GBP til Niche (herefter »Biogaran-aftalen«).

28 I medfør af Biogaran-aftalen forpligtede Niche sig til at overdrage masterfilen vedrørende produkt A til Biogaran med henblik på Biogarans eksklusive anvendelse for at opnå markedsføringstilladelser i Frankrig, Det Forenede Kongerige og i et land uden for EØS og selskabets ikke-eksklusive anvendelse

i resten af verden. Hvad angår de to andre masterfiles vedrørende produkt B og C blev overdragelsen af disse foretaget til ikke-eksklusiv anvendelse i hele verden. Hvad navnlig angår produkt B accepterede Niche at overdrage sin markedsføringstilladelse for Frankrig til Biogaran. I Biogaran-aftalen blev det bestemt, at Biogaran efter at have opnået sine markedsføringstilladelser skulle bestille de pågældende produkter hos Niche (aftalens artikel 2, stk. 2). I medfør af aftalens artikel 2, stk. 5, forpligtede Niche sig til at give Biogaran alle de oplysninger og data, som tilhørte Niche, eller som dette selskab rådede over, og som udgjorde den masterfile, der var nødvendig for at opnå de tilhørende markedsføringstilladelser. Biogaran var desuden forpligtet til at gøre enhver rimelig indsats for at sikre, at bestillingerne af produktet eller produkterne blev afgivet på et passende tidspunkt, således at Niche kunne opretholde en fast produktionsrytme under hele aftalens varighed (aftalens artikel 4, stk. 1). Til gengæld bestemte Biogaran-aftalen, at denne aftale automatisk blev opsagt, hvis markedsføringstilladelserne ikke var opnået inden for 18 måneder (aftalens artikel 14, stk. 4). Aftalen bestemte ligeledes, at ingen part havde krav på godtgørelse ved opsigelse i medfør af aftalens artikel 14, stk. 2, eller artikel 14, stk. 4.

29 Som modydelse for disse masterfiles foreskrev Biogaran-aftalens artikel 2, stk. 3, at Biogaran betalte 2,5 mio. GBP, og fastsatte de nærmere detaljer for betaling, hvorefter Biogaran var forpligtet til at betale Niche 1,5 mio. GBP inden den 14. februar 2005 og 1 mio. GBP inden den 5. oktober 2005, samme datoer som de i Servier-Niche-forliget aftalte for betalingen af 11,8 mio. GBP.

F. Sektorundersøgelsen

30 Den 15. januar 2008 besluttede Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber at indlede en undersøgelse af lægemiddelsektoren på grundlag af artikel 17 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1) med henblik på at identificere dels årsagerne til tilbagegangen i innovation i denne sektor, målt ud fra antallet af nye lægemidler, der kom ind på markedet, dels årsagerne til visse generiske lægemidlers forsinkede indbringelse på markedet.

31 Kommissionen offentliggjorde den 28. november 2008 en foreløbig rapport om resultaterne af sin undersøgelse, som blev efterfulgt af en offentlig høring. Den 8. juli 2009 vedtog Kommissionen en meddelelse, der indeholdt et sammendrag af dens undersøgelsesrapport om lægemiddelsektoren. I denne meddelelse anførte Kommissionen bl.a., at der fortsat skulle føres tilsyn med de forlig i tvisterne vedrørende patenter, som var indgået mellem originalmedicinproducerende selskaber og generikaproducerende selskaber, for bedre at forstå anvendelsen af disse forlig og identificere de forlig, som forsinkede de generiske lægemidlers indbringelse på markedet til skade for EU-forbrugerne, og som kunne udgøre overtrædelser af konkurrencereglerne. Kommissionen fremlagde herefter seks årsrapporter vedrørende tilsynet med forligene knyttet til patenter.

G. Den administrative procedure og den anfægtede afgørelse

32 Den 24. november 2008 foretog Kommissionen uvarslede kontrolbesøg hos de berørte selskaber. Kommissionen tilsendte i januar 2009 flere selskaber anmodninger om oplysninger.

33 Den 2. juli 2009 vedtog Kommissionen en beslutning om at indlede en procedure i forhold til Servier og sagsøgeren samt andre generikaproducerende selskaber.

34 I august 2009 og derefter fra december 2009 til maj 2012 tilsendte Kommissionen både Servier og Niche flere anmodninger om oplysninger. Efter at Servier to gange havde afvist at meddele oplysninger om Biogaran-aftalen, vedtog Kommissionen en beslutning i henhold til artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 og pålagde selskabet at meddele den en række oplysninger. Svaret herpå blev afgivet den 7. november 2011.

35 Den 27. juli 2012 vedtog Kommissionen en klagepunktsmeddelelse, som blev fremsendt til flere selskaber, heriblandt sagsøgeren, der besvarede denne den 14. januar 2013.

36 Høringen af de pågældende selskaber, herunder sagsøgeren, fandt sted fra den 15. til den 18. april 2013.

37 Den 18. december 2013 gav Kommissionen aktindsigt i de beviser, der var indsamlet eller bredere udbredt efter klagepunktsmeddelelsen, og sendte en sagsfremstillingsmeddelelse, som sagsøgeren besvarede den 21. januar 2014.

38 Høringskonsulenten afgav sin endelige rapport den 7. juli 2014.

39 Den 9. juli 2014 vedtog Kommissionen afgørelse C(2014) 4955 final af 9. juli 2014 om en procedure i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF (sag AT.39612 – Perindopril (Servier)) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

40 I den anfægtede afgørelses artikel 1 fastslås det, at Unichem, herunder dets datterselskab Niche, og Servier, herunder dets datterselskab Biogaran, havde tilsidesat artikel 101 TEUF ved mod en omvendt betaling at deltage i forlig i tvister vedrørende patenter, som dækkede alle medlemsstaterne med undtagelse af Kroatien og Italien, i perioden fra den 8. februar 2005, undtaget hvad angår Letland (fra den 1.7.2005), Bulgarien og Rumænien (fra den 1.1.2007) samt Malta (fra den 1.3.2007), til den 15. september 2008 med undtagelse af Nederlandene (til den 1.3.2007) og Det Forenede Kongerige (til den 6.7.2007).

41 Kommissionen fastslog, at Biogaran-aftalen havde udgjort et yderligere incitament for at formå Niche til ikke længere at træde ind på markedet, og at den viste, at Biogaran havde deltaget direkte i den af Servier, dets moderselskab, begåede overtrædelse.

42 Kommissionen lagde nemlig i 1349.-1354. betragtning til den anfægtede afgørelse til grund, at Servier ud over nettoværdioverførslen havde givet Niche et yderligere incitament ved Biogaran-aftalen. Kommissionen fremhævede, at Niche den 8. februar 2005, dvs. samme dag som indgåelsen af Servier-Niche-forliget, ligeledes indgik Biogaran-aftalen, og at Biogaran som led i denne aftale betalte Niche 2,5 mio. GBP som modydelse for overdragelsen af masterfiles og en markedsføringstilladelse vedrørende lægemidler uden forbindelse med perindopril.

43 Det følger af den anfægtede afgørelses artikel 7, stk. 1, litra b), at Servier og Biogaran som solidarisk hæftende blev pålagt en bøde på 131 532 600 EUR. Biogaran er endvidere i henhold til samme afgørelses artikel 8 forpligtet til at afstå fra at gentage den konstaterede og sanktionsudløsende overtrædelse og fra enhver handling eller adfærd, der kan have samme eller lignende formål eller virkning.

II. Retsforhandlinger og parternes påstande

44 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 19. september 2014 har sagsøgeren anlagt nærværende søgsmål.

45 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelses artikel 1, 7 og 8 annulleres, for så vidt som de vedrører sagsøgeren.

– Subsidiært nedsættes den bøde, som sagsøgeren er blevet pålagt, væsentligt under Rettens udøvelse af sin fulde prøvelsesret.

– Sagsøgeren indrømmes fordelen af enhver annullation, hel eller delvis, af den anfægtede afgørelse i forbindelse med det søgsmål, der er anlagt af Servier, og der drages enhver følge deraf i forbindelse med Rettens udøvelse af sin fulde prøvelsesret.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

46 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

III. Formaliteten

A. Den tredje påstand, hvormed sagsøgeren har anmodet om at drage fordel af enhver annullation af den anfægtede afgørelse som led i søgsmålet anlagt af Servier

47 Det skal indledningsvis bemærkes, at en stævning ifølge artikel 21 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement af 2. maj 1991 skal indeholde en angivelse af søgsmålets genstand og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene.

48 Ifølge fast retspraksis skal disse angivelser være så klare og præcise, at sagsøgte kan varetage sit forsvar, og at Retten kan tage stilling til sagen. Det samme gælder med hensyn til påstande, som skal ledsages af anbringender og argumenter, således at sagsøgte og Retten kan vurdere påstanden (jf. dom af 7.7.1994, Dunlop Slazenger mod Kommissionen, T-43/92, EU:T:1994:79, præmis 183 og den deri nævnte retspraksis). For at et søgsmål kan antages til realitetsbehandling, er det således nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på – i det mindste kortfattet – fremgår på en sammenhængende og forståelig måde af selve stævningen. Selv om stævningens indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der i denne henseende ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen. Det tilkommer endvidere ikke Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender og argumenter der kan antages at udgøre grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning (jf. dom af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis). Som udgangspunkt opfylder den generelle henvisning i en stævning til de anbringender og argumenter, der påberåbes til støtte for et andet søgsmål, selv om dette er iværksat som led i en forbunden sag, ikke de ovennævnte krav (dom af 24.3.2011, Legris Industries mod Kommissionen, T-376/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:107 præmis 32).

49 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at den generelle henvisning, uden yderligere præcisering eller forklaring, til de anbringender og argumenter, som påberåbes til støtte for søgsmålet i den sag, der gav anledning til dom af dags dato, Servier m.fl. mod Kommissionen (T-691/14), ikke opfylder det ovennævnte krav.

50 Selv hvis det antages, at sagsøgeren med den tredje påstand i stævningen har tilsigtet at påberåbe sig retspraksis om, at Unionens retsinstanser skal indrømme selskabet en fordel af en annullation, der fastslås til fordel for en anden person, når de er en del af samme økonomiske enhed (dom af 22.1.2013, Kommissionen mod Tomkins, C-286/11 P, EU:C:2013:29, præmis 43 og 44), hvilket sagsøgeren har gjort gældende i replikken, kan denne påstand ikke tages til følge. Retten har nemlig med sin dom afsagt dom af dags dato, Servier m.fl. mod Kommissionen (sag T-691/14), frifundet

Kommissionen, for så vidt som søgsmålet vedrørte Servier-Niche-forliget. Sagsøgeren kan således ikke påberåbe sig at drage fordel af en annullation af den anfægtede afgørelse som led søgsmålet anlagt af Servier.

51 Det følger af det ovenstående, at sagsøgerens tredje påstand, hvorved selskabet har tilsigtet at tilslutte sig Serviers påstande og processkrifter, må afvises.

B. Muligheden for at antage visse bilag til svarskriftet og beviser fremlagt i svarskriftet til realitetsbehandling

1. Parternes argumenter

52 I replikken har sagsøgeren indledningsvis gjort gældende, at Kommissionen i svarskriftet har fremlagt nye dokumenter og argumenter til støtte for den opfattelse, der er fremsat i den anfægtede afgørelse. Svarskriftet (som er på 40 sider) er således delvist støttet på nye faktiske forhold, som bl.a. tilsigter at underbygge den anfægtede afgørelse, der kun bruger 6 af i alt 919 sider på at inddrage Biogaran. Sagsøgeren har under henvisning til retspraksis gjort gældende, at anvendelsen af nye forhold under den retslige procedure tilsidesætter retten til forsvar.

53 Sagsøgeren har nedlagt påstand om, at visse bilag til svarskriftet afvises, idet 23 af disse var på engelsk og ikke var blevet oversat til processproget, fransk.

54 Kommissionen har bestridt, at den har fremsat nye beviser til støtte for den anfægtede afgørelses lovlighed, og at den skulle have tilsidesat sin begrundelsespligt. Forbindelsen mellem Biogaran-aftalen og forliget forklares nemlig detaljeret i 561.-569. og 1351.-1354. betragtning til denne afgørelse.

55 Ifølge Kommissionen kan de tre forhold, der bekræfter, at der er en forbindelse mellem Biogaran-aftalen og forliget, ikke kvalificeres som »nye«, da de fremgår af den anfægtede afgørelse eller kan udledes af konklusionerne i selve den anfægtede afgørelse. Først og fremmest blev M.'s fremtrædende rolle i Niches forhandlinger med Servier anført i 532. og 538. betragtning til den anfægtede afgørelse. Desuden er drøftelserne af Niches ønske om at opnå et højere beløb end det, som Matrix fik, nævnt i 577. betragtning til den anfægtede afgørelse. Endelig er Biogarans rolle i forholdet mellem Servier og det generikaproducerende selskab Lupin Ltd ligeledes nævnt i 979. betragtning til den anfægtede afgørelse.

2. Rettens bedømmelse

56 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i strid med princippet om iagttagelse af retten til forsvar i svarskriftet har fremsat nye dokumenter og argumenter til støtte for den opfattelse, der er fremført i den anfægtede afgørelse, med henblik på at afhjælpe en begrundelsesmangel.

57 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen som led i et annullationssøgsmål ikke må fremføre nye beviser, som ikke er lagt til grund for den anfægtede afgørelse, til støtte for denne afgørelse. Domstolen og Retten har imidlertid fastslået, at den institution, der har truffet en anfægtet afgørelse, kan foretage præciseringer under den retslige procedure for at supplere en begrundelse, der allerede i sig selv er tilstrækkelig, idet sådanne præciseringer kan være nyttige i forbindelse med den interne kontrol af betragtningerne til afgørelsen, der foretages af Unionens retsinstanser, idet de giver institutionen mulighed for at uddybe de grunde, der danner grundlag for afgørelsen (jf. i denne retning dom af 16.11.2000, Finnboard mod Kommissionen, C-298/98 P, EU:C:2000:634, præmis 46, af 13.7.2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs mod Kommissionen, T-144/07, T-147/07 – T-150/07 og T-154/07, EU:T:2011:364, præmis 146-149, og af 27.9.2012, Ballast Nedam mod Kommissionen, T-361/06, EU:T:2012:491, præmis 49).

58 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen hverken tilsidesat begrundelsespligten eller sagsøgerens ret til forsvar ved at anføre præciseringer i svarskriftet. De faktiske forhold, som er fremført i svarskriftet, og som sagsøgeren har kvalificeret som »nye«, underbygger nemlig blot Kommissionens opfattelse om, at der er en forbindelse mellem Biogaran-aftalen og forliget, og fremgår klart af den anfægtede afgørelse.

59 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen kunne anføre supplerende indicier vedrørende visse af Biogarans og Serviers ansattes deltagelse i forhandlingerne af Biogaran-aftalen og forliget, skal det først bemærkes, at den e-mail af 4. februar 2005, som nævnes flere gange i den anfægtede afgørelse (566. og 1351. betragtning), og som er gengivet i bilag B.10 til svarskriftet, for det første viser, at M. spillede en rolle for Niche i forhandlingerne af aftalen og forliget (jf. ligeledes 538. betragtning til den anfægtede afgørelse), og for det andet, at L., der var juridisk chef for Servier-koncernen og modtager i kopi af denne mail, var tilknyttet drøftelserne. Det fremgår af samme e-mail, at den person, der forhandlede Biogaran-aftalen for sagsøgeren, ligeledes havde underskrevet den varslingsskrivelse, som Servier sendte til Matrix den 7. februar 2005, dagen før indgåelsen af forliget.

60 Hvad angår forhandlingerne mellem Matrix og Niche og Niches ønske om at opnå et højere beløb end Matrix har Kommissionen med føje gjort gældende, at disse forhold fremgår af 577. betragtning til den anfægtede afgørelse.

61 Hvad endelig angår den rolle, som Biogarans direktør spillede ved indgåelsen af forliget mellem Servier og det generikaproducerende selskab Lupin, kunne Kommissionen i svarskriftet med føje besvare sagsøgerens argumenter, når sagsøgeren forsøgte at godtgøre, at Kommissionens opfattelse var behæftet med en retlig fejl, nemlig at den anfægtede afgørelse tilsigtede at tilregne Biogaran ansvaret for Serviers handlinger (jf. i denne retning dom af 13.7.2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs mod Kommissionen, T-144/07, T-147/07 – T-150/07 og T-154/07, EU:T:2011:364, præmis 146-149, og af 27.9.2012, Ballast Nedam mod Kommissionen, T-361/06, EU:T:2012:491, præmis 49 og 50). Kommissionen har nemlig henvist til den rolle, som B., der var stiftende formand for Biogaran, spillede i aftalen mellem Servier og Lupin, for at vise, at Biogaran kunne holdes ansvarlig for sin direkte deltagelse i overtrædelsen og ikke for de handlinger, selskabets moderselskab blev foreholdt.

62 Hvad angår muligheden for at antage visse bilag til svarskriftet til realitetsbehandling har sagsøgeren gjort gældende, at de pågældende dokumenter er affattet på engelsk og ikke er bilagt oversættelser til processproget, dvs. fransk.

63 I henhold til artikel 35, stk. 3, første og andet afsnit, i Rettens procesreglement af 2. maj 1991, der var gældende på tidspunktet for indgivelsen af svarskriftet, anvendes processproget særlig i parternes skriftlige og mundtlige indlæg, herunder de vedlagte dokumenter, og ethvert dokument, som er fremlagt eller vedlagt, der er affattet på et andet sprog end processproget, skal være vedlagt en oversættelse til processproget. Artikel 7, stk. 5, andet afsnit, i instruksen for justitssekretæren ved Retten af 5. juli 2007 bestemmer, at når dokumenter i form af bilag til et indlæg ikke er vedlagt en oversættelse til processproget, forlanger justitssekretæren over for den pågældende part en berigtigelse heraf, såfremt en sådan oversættelse findes påkrævet af hensyn til sagens fremme. Det fremgår af punkt 64 og 68 i de praktiske anvisninger til parterne ved Retten af 24. januar 2012 (EUT 2012, L 68, s. 23), at såfremt svarskriftet ikke opfylder formforskrifterne vedrørende oversættelse til processproget af dokumenter, der er affattet på et andet sprog end processproget, fastsættes en rimelig frist med henblik på en berigtigelse.

64 Henset til disse bestemmelser skal det bemærkes, at hvis en af parterne ikke har anmodet herom, er det alene såfremt en oversættelse til processproget findes påkrævet af hensyn til sagens fremme, at det påhviler justitssekretæren at lade oversættelsen udføre (jf. i denne retning dom af 15.6.2010, Mediaset mod Kommissionen, T-177/07, EU:T:2010:233, præmis 37).

65 I den foreliggende sag skal det indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren ikke udtrykkeligt har anmodet om, at Retten krævede, at Kommissionen oversatte de bilag til svarskriftet, som er affattet på engelsk, til fransk, som er processproget i denne sag. Sagsøgeren har alene anfægtet, at disse bilag kan antages til realitetsbehandling, idet selskabet har gjort gældende, at de ikke var affattet på processproget. Kommissionen har imidlertid ved skrivelse af 28. september 2015, inden for en rimelig frist efter indgivelsen af svarskriftet, fremsendt Rettens Justitskontor en oversættelse af de nævnte bilag til fransk. Sagsøgeren har endvidere kunnet fremsætte bemærkninger til disse dokumenter i retsmødet. Følgelig må sagsøgerens formalitetsindsigelse mod de pågældende bilag under alle omstændigheder forkastes, uden at det er fornødent at afgøre, om denne oversættelse var påkrævet af hensyn til sagens fremme.

66 Sagsøgerens formalitetsindsigelser skal derfor forkastes.

IV. Realiteten

67 Sagsøgeren har fremsat tre anbringender til støtte for sine påstande. Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at det ikke i den anfægtede afgørelse er godtgjort, at selskabet deltog i nogen som helst overtrædelse af konkurrencereglerne. For det andet har selskabet anfægtet Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder hvad angår eksistensen af en yderligere tilskyndende fordel som følge af Biogaran-aftalen. For det tredje har selskabet gjort gældende, at Kommissionen begik en retlig fejl ved at pålægge selskabet en bøde. Det er hensigtsmæssigt først at behandle det andet, derefter det første og til sidst det tredje anbringende.

A. Anbringendet om, at de faktiske omstændigheder er gengivet urigtigt, for så vidt som det i den anfægtede afgørelse med urette fastslås, at Biogaran-aftalen tjente som yderligere incitament for Niche til at indgå forliget med Servier

68 Med dette anbringende har sagsøgeren anfægtet Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen, som førte den til at fastslå, at der forelå en konkurrencebegrænsning.

1. Parternes argumenter

a) Urigtig bedømmelse i analysen af forbindelsen mellem Biogaran-aftalen og forliget

1) Historikken i forhandlingerne af aftalen og forliget

69 Sagsøgeren har gjort gældende, at den kronologiske rækkefølge for forhandlingerne af Biogaran-aftalen og Servier-Niche-forliget er forskellig, selv om de blev underskrevet samme dag. Flere samtidige dokumenter godtgør nemlig, at Biogaran var begyndt at forhandle Biogaran-aftalen i 2002, næsten to år inden indledningen af drøftelserne vedrørende forliget. Sagsøgeren har således anfægtet argumentet om, at aftalen og forliget blev forhandlet i samme periode, som det fremgår af 1351. betragtning til den anfægtede afgørelse.

70 Den omstændighed, at sagsøgeren begyndte at forhandle Biogaran-aftalen, inden tvisten mellem Servier og Niche opstod, godtgør, at Biogaran havde en selvstændig, individuel og udskillelig interesse i at underskrive denne aftale, uafhængigt af forliget.

71 Sagsøgeren har gjort gældende, at det forhold, at aftalen og forliget blev indgået den samme dag, ikke godtgør en tilknytning, men blot, at tvisten mellem Servier og Niche endvidere medførte en blokering af de allerede eksisterende forhandlinger mellem Niche og Biogaran, som blev genoptaget i februar 2005, nogle dage inden indgåelsen af forliget.

72 Kommissionen har gjort gældende, at den i den anfægtede afgørelse har godtgjort, at forhandlingernes historik bekræftede, at forliget var forbundet med Biogaran-aftalen.

73 For det første bekræftede Niche i en erklæring af 15. juni 2011, at forliget og Biogaran-aftalen blev forhandlet samtidigt. For det andet vedrørte de tidligere forhandlinger mellem Niche og Biogaran kun produkt A og blev først i februar 2005 udvidet til andre molekyler. Aftalens rækkevidde blev således udvidet i sidste øjeblik, hvilket bekræftes af en e-mail af 4. februar 2005 fra Biogarans advokat til Niche. For det tredje var der fortsat kontakter mellem Biogaran og Niche i august 2004, dvs. mere end en måned efter indledningen af tvisten i Det Forenede Kongerige. Selv om kontakterne var uden resultat, blev forhandlingerne mellem Biogaran og Niche først genoptaget i forbindelse med forhandlingerne af forliget, skønt tvisten mellem Servier og Niche fortsat verserede. Forhandlingerne om produkt A synes således ikke at have været skrinlagt som følge af den tvist, der begyndte i juni 2004.

2) Den juridiske forbindelse mellem forliget og Biogaran-aftalen

74 Det er sagsøgerens opfattelse, at den aftale, som Biogaran indgik, i modsætning til, hvad Kommissionen anførte i 1190. betragtning til den anfægtede afgørelse, ikke »forudsatte«, at Niche accepterede forligsvilkårene. Hverken denne aftale eller forliget var nemlig knyttet til eller betinget af, at den anden blev underskrevet eller gennemført.

75 Sagsøgeren har endvidere fremhævet, at aftalen og forliget er reguleret af forskellige love og ikke hører under de samme jurisdiktioner. Aftalen og forliget forpligter desuden ikke de samme juridiske personer inden for Servier-koncernen og blev ikke indgået samme sted, idet Biogaran-aftalen blev underskrevet i Paris (Frankrig), mens forliget blev indgået mellem Niche og Servier i London (Det Forenede Kongerige).

76 Sagsøgeren har ligeledes præciseret, at de betalingsdatoer, der er fastsat i aftalen og forliget, kun var delvist identiske, idet betalingen til Biogaran for den licensgodkendte forsyning lå senere.

77 Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionens opfattelse af, at der er en forbindelse mellem aftalen og forliget, i vid udstrækning er støttet på Niches erklæringer, skønt tvetydigheden af disse erklæringer burde have fået Kommissionen til at undersøge dem omhyggeligt. Kommissionen har blot set bort fra de erklæringer, der stred mod dens opfattelse, alene fordi de lå efter klagepunktsmeddelelsen, og de derfor havde mindre bevisværdi end de erklæringer, der var afgivet tidligere som led i den administrative procedure.

78 Kommissionen har gjort gældende, at aftalen og forliget, der blev forhandlet samtidigt, blev indgået samme dag og foreskrev ratebetaling på præcist samme datoer for overdragelsen af masterfiles, hvilken overdragelse var grundlaget for betalingen af 2,5 mio. GBP. Den har anført, at Niche flere gange under den administrative procedure, bl.a. som svar på klagepunktsmeddelelsen, udtrykkeligt bekræftede, at selskabet blev tilbudt Biogaran-aftalen af Servier for at give Niche hele den aftalte kompensation til gengæld for indgåelsen af det samlede forlig. Kommissionen har henvist til et udkast til forlig mellem Servier og Niche, hvori den håndskrevne omtale »ramipril« var anført over for omtalen af »2,5 mio.«. Ifølge Kommissionen godtgjorde disse elementer, at den pris, som Servier betalte for Niches tilsagn, omfattede betalingen af de 2,5 mio. GBP, der var fastsat for ramiprils masterfile, dvs. Biogaran-aftalen.

79 Kommissionen har anerkendt, at Niche i sit svar på klagepunktsmeddelelsen tilføjede, at Biogaran-aftalen var en egentlig handelsaftale med en rigtig modydelse. Niche anførte i det samme dokument ikke desto mindre, at det, selv om det ikke var normal handelspraksis, til tider kunne

forekomme, at aftaler blev indgået for flere produkter ad gangen. Kommissionen har ligeledes fremhævet, at de erklæringer, som Niche afgav, da selskabet havde kendskab til de klagepunkter, det blev foreholdt, ikke har samme bevisværdi som tidligere erklæringer afgivet *in tempore non suspecto*.

80 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den e-mail af 4. februar 2005, som Biogarans advokat sendte til Niche vedrørende det omhandlede beløb, underbygger, at der var en forbindelse mellem aftalen og forliget. Parterne var enige om det beløb, som Biogaran skulle betale Niche, og de diskuterede herefter indholdet af Biogaran-aftalen. Hovedformålet med aftalen var således at give Niche et yderligere incitament og ikke at indgå en handelsaftale, som Biogaran har anført i stævningens punkt 75. Denne aftale godtgør således hverken Biogarans interesse i disse produkter eller noget incitament til at markedsføre disse produkter, som først blev inkluderet ved afslutningen af forhandlingerne som del af aftalens anvendelsesområde.

81 Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at selv om Biogaran-aftalen og forliget ikke bar de samme underskrifter, deltog delvist de samme forhandlere i forhandlingerne. Udkastet til Biogaran-aftalen blev ligeledes rundsendt inden for Servier-koncernen, og koncernens juridiske leder, L., modtog kopi af den e-mail, der blev sendt fra Biogaran til Niche den 4. februar 2005, skønt denne e-mail vedrørte en kontrakt, som Biogaran skulle indgå, og hun modtog ligeledes en kopi af aftalen indgået mellem Niche og Biogaran den 20. juli 2004 vedrørende produkt A-tabletterne.

3) Hensigten om at skabe incitamenter for Niche

82 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke har påvist, at Biogaran havde til hensigt at tilskynde Niche til at indgå forliget. Kommissionen har heller ikke forklaret de grunde, der angiveligt førte Servier til at benytte Biogarans mellemkomst for at betale yderligere 2,5 mio. GBP, når Servier selv havde forpligtet sig til direkte at betale Niche 11,8 mio. GBP.

83 Kommissionen har gjort gældende, at Niche og Matrix under indgåelsen af deres respektive forlig med Servier diskuterede den indbyrdes fordeling af beløbene. Et internt dokument fra Matrix af september 2005 viser, at de beløb, der er genstand for forligene, blev forhandlet og fordelt ligeligt mellem Niche og Matrix, skønt Matrix ønskede at modtage mere end Niche (577. betragtning til den anfægtede afgørelse). Den særskilte indgåelse af aftalen mellem Biogaran og Niche gav klart mulighed for at øge det beløb, som Servier-koncernen betalte til Niche, mens Matrix blev holdt uden for. Niche har endvidere bekræftet, at betalingen var en del af en »total overall compensation« (den samlede kompensationsordning) på 15,7 mio. GBP, som var forhandlet mellem Servier og Niche.

84 Kommissionen har anført, at den ikke skulle påvise, at Biogaran havde til hensigt at tilskynde Niche til at indgå forliget. Parternes hensigt er nemlig ikke et forhold, der er nødvendigt for at fastlægge aftalens restriktive karakter. Det er Kommissionens opfattelse, at den har godtgjort, at aftalen og forliget, som henholdsvis Biogaran og dets moderselskab, Servier, har indgået med Niche, er uadskillelige. Eftersom Biogaran og Servier udgør én økonomisk enhed, er det ikke nødvendigt at godtgøre, at hver enhed inden for koncernen havde hensigt til at tilskynde Niche til at indgå forliget.

85 Kommissionen har gjort gældende, at den dispositive del af Biogaran-aftalen, hvorefter parterne ikke kunne gøre krav på tilbagebetaling af de betalte beløb, såfremt de ikke opnåede markedsføringstilladelser, ikke tilsigtede at tilskynde Biogaran til at ansøge om markedsføringstilladelser.

86 Biogarans aftalemæssige forpligtelser omfattede nemlig ikke forpligtelsen til at ansøge om markedsføringstilladelser på grundlag af de overdragne masterfiles (Biogaran-aftalens artikel 2, stk. 2, og artikel 3).

87 Såfremt Biogaran ikke havde opnået en markedsføringstilladelse inden for 18 måneder, og aftalen i medfør af Biogarans-aftalens artikel 14, stk. 2, og artikel 14, stk. 4, var blevet opsagt automatisk, kunne den betaling, der allerede var foretaget til Niche, herefter ikke tilbagebetales.

88 Biogaran havde endvidere ikke nogen eneretsforpligtelse hvad angår de omhandlede masterfiles, og selskabet kunne følgelig let undgå at være forbundet med Niche ved ikke at ansøge om en markedsføringstilladelse på grundlag af disse masterfiles, eftersom Biogaran ikke var forpligtet hertil. Det var i øvrigt det, der skete, idet Biogaran indgik en anden aftale med selskabet A med henblik på erhvervelse af flere masterfiles, der ligeledes vedrørte produkt A i forskellige doseringer. Kommissionen har anført, at aftalen med selskabet A i modsætning til Biogaran-aftalen bestemte, at selskabet A skulle tilbagebetale de betalinger, som Biogaran havde foretaget, såfremt sidstnævnte ikke opnåede markedsføringstilladelse. En sådan forskel mellem de to aftalers dispositive dele antyder, at Niche ikke havde sikkerhed for, at Biogaran ville ansøge om markedsføringstilladelser og bruge Niche som leverandør efter Biogaran-aftalen. Da betalingen under alle omstændigheder skulle foretages til Niche, inden det kunne stå klart, om Biogaran ville opnå markedsføringstilladelser, havde Niche således ingen sikkerhed for, at Biogaran ville ansøge om markedsføringstilladelser og bruge Niche som leverandør.

89 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at Biogarans forklaringer om betalingen af 2,5 mio. GBP er mindre troværdige. Biogaran har nemlig ikke kunnet begrunde, hvordan selskabet kunne have betalt et sådant beløb – hverken som incitament for selskabet til at ansøge om markedsføringstilladelser, som middel til at sikre en anden forsyningskilde for produkt A eller til at opnå tilfældigt udvalgte »sikrings-masterfiles« (undtaget produkt A) – og hvordan det kunne have løbet risikoen for, at denne betaling ville gå tabt. Kommissionen har ligeledes rejst spørgsmål om den usædvanlige opbygning af Biogaran-aftalen, og navnlig om, at betalingen ikke kunne tilbagebetales. Biogaran-aftalen adskiller sig nemlig fra aftalen med selskabet A, som bestemte, at dette selskab ville tilbagebetale den modtagne betaling, hvis markedsføringstilladelserne ikke blev opnået.

b) Hensyntagen til sagsøgerens kommercielle interesse i at indgå Biogaran-aftalen

90 Sagsøgeren har gjort gældende, at Biogaran-aftalen var berettiget som følge af Biogarans kommercielt legitime og konkurrencestøttende hensigt om at sikre flere forsyningskilder med henblik på at udbyde og udvikle produkter på markedet for generiske lægemidler, nærmere bestemt produkt A, ved at henvende sig til Niche, der længe havde været partner og havde de nødvendige masterfiles og forsyningskapaciteter. Den omstændighed, at betalingen af 2,5 mio. GBP udgjorde en legitim modydelse for de rettigheder, der blev erhvervet inden for rammerne af Biogaran-aftalen, bekræftes af, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke tog hensyn til dette beløb ved beregningen af Niches bøde.

91 Kommissionen har bestridt sagsøgerens synspunkt om en sikring af forsyningskilder, som den har kvalificeret som »mindre troværdigt«, idet Biogaran ikke tog noget skridt for at opnå markedsføringstilladelser.

1) Produkt A

92 Sagsøgeren har fremhævet, at opnåelsen af de nødvendige rettigheder til at udbyde en generisk udgave af produkt A, henset til dette lægemiddels kommercielle succes, udgjorde en væsentlig satsning for Biogaran. For at sikre sin forsyning ønskede Biogaran således at indhente to masterfiles fra forskellige aktører på markedet, idet selskabet indgik to aftaler, den første med selskabet A i december 2004, den anden med Niche i februar 2005. Sagsøgeren har fremhævet, at den omstændighed, at et selskab skaber sig flere forsyningskilder, er almindelig praksis for generikaproducerende selskaber, som forklares ved de tekniske og lovgivningsmæssige vanskeligheder, der opstår under udviklingen af et generisk lægemiddel.

93 Sagsøgeren er af den opfattelse, at sikringen af to forsyningskilder var relevant i det foreliggende tilfælde af to grunde. For det første viste Niches masterfile vedrørende produkt A 10 mg sig at være meget utilstrækkelig angående den analytiske del, hvilket kunne forsinke de kompetente myndigheders vurdering (stævningens bilag A.17). For det andet rejste den sagsoplysning, som Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (den franske myndighed for sundheds- og sundhedsproduktsikkerhed, Afssaps) indledte i en juli 2005 i forhold til flere masterfiles fra selskabet A, tvivl om deres gyldighed (stævningens bilag A.18).

94 Sikringen af en anden forsyningskilde for produkt A hos Niche havde desuden flere fordele i forhold til aftalen indgået med selskabet A. For det første gav Biogaran-aftalen Biogaran mulighed for at opnå masterfiles for produkt A i tabletform og produkt A 10 mg, som ikke var omfattet af aftalen med selskabet A, og for det andet åbnede aftalen med Niche afsætningsmuligheder i Det Forenede Kongerige og i et land uden for EØS på et tidspunkt, hvor Biogaran ønskede at udvide i udlandet.

95 Sagsøgeren prioriterede imidlertid masterfiles fra selskabet A, eftersom de muliggjorde en hurtigere indtræden på markedet, idet selskabet A indgav disse masterfiles for ansøgninger om markedsføringstilladelser før Niche.

96 Sagsøgeren har gjort gældende, at den finansielle satsning begrundede selskabets forsyningsstrategi. Efter at være blevet udbudt i Frankrig havde dette generiske produkt skabt en omsætning på 79 mio. EUR (83 mio. EUR ifølge ajourføringen nævnt i replikken). På denne baggrund har sagsøgeren gjort gældende, at selskabet, for at begrunde betalingen af 2,5 mio. GBP til Niche og for ikke blot at have omsætning skabt af salget af produkt B, skulle sikre sin forsyning af produkt A.

97 Endelig har sagsøgeren tilføjet, at betalingen af dette beløb til Niche var så meget desto mere berettiget, idet Niche havde givet sagsøgeren en eksklusiv ret til masterfiles i Frankrig, Det Forenede Kongerige og et land uden for EØS, hvilket ikke var tilfældet for andre ikke-eksklusive aftaler, som Biogaran havde indgået. I denne sammenhæng er sammenligningen i den anfægtede afgørelse med disse andre aftaler således uvirksom.

98 Det er Kommissionens opfattelse, at eftersom den revision, som Biogaran har fremlagt efter indgåelsen af Biogaran-aftalen, viser de formodede svagheder i Niches masterfile, modsiger den sagsøgerens argumentation. Dette argument viser nemlig, at Biogaran ikke inden indgåelsen af denne aftale havde oplysninger om virkningerne af produkt A fra Niche, og at selskabet tog risikoen med at betale 2,5 mio. GBP, skønt masterfilen for produkt A potentielt var værdiløs. Selv om denne revision af kvaliteten af Niches masterfile kan begrunde fremskaffelsen af en anden forsyningskilde hos selskabet A, kan den ikke forklare, hvorfor sagsøgeren ville betale en højere pris end for masterfilen fra selskabet A. Biogaran betalte nemlig i alt 330 000 EUR til selskabet A som led i de to aftaler vedrørende produkt A, hvilket var betydeligt mindre end det beløb, der blev betalt til Niche.

99 Kommissionen har fremhævet, at Niches mulighed for at levere tabletter og en dosering på 10 mg ikke kunne berettige den pågældende aftale. To måneder efter aftalen indgik Biogaran således, selv om selskabet havde mulighed for at indgive Niches masterfile til de kompetente myndigheder, en anden aftale med selskabet A for produkt A i tabletform.

100 Kommissionen har bestridt sagsøgerens argument om, at Biogaran var tilskyndet til at indgå Biogaran-aftalen som følge af den sagsoplysning, som Afssaps indledte i juli 2005 i forhold til selskabet A. Denne begivenhed kunne nemlig ikke påvirke Biogaran, da den indtrådte efter Biogaran-aftalen.

101 Biogaran har endvidere ikke fremlagt beviser for Biogaran-aftalens hensigtsmæssighed som led i selskabets påtænkte udvidelse til udlandet.

102 Kommissionen har fremhævet, at selv om Biogaran havde skabt en omsætning på mere end 79 mio. EUR siden 2007, svarede fortjenesten skabt med produkt A fra Niche til 0 (567. betragtning til den anfægtede afgørelse). I denne forbindelse har Kommissionen bestridt argumentet om, at Biogaran skulle skaffe en anden forsyningskilde hos Niche.

103 Endelig har Kommissionen bestridt argumentet om, at den eksklusive ret, der var tildelt ved Biogaran-aftalen, gjorde sammenligningen med de andre aftaler uvirksom. Denne sammenligning gav nemlig mulighed for at godtgøre, at ingen af de øvrige aftaler foreskrev en betaling, der ikke kunne tilbagebetales. Det er Kommissionens opfattelse, at betalingen var tabt på forhånd, og at Biogaran ikke gjorde noget for at gøre den rentabel. På samme måde har den eksklusive ret ingen værdi, hvis udviklingen af produktet ikke var tilstrækkeligt fremskredet, eller hvis der forelå andre lovgivningsmæssige hindringer.

2) Produkt B

104 Sagsøgeren har gjort gældende, at Biogaran-aftalen gav selskabet mulighed for at markedsføre produkt B 10 mg og at skabe en omsætning på 150 000 EUR (211 000 EUR ifølge den ajourføring, der fremgår af replikken). Markedsføringen af dette produkt blev overladt til Almus, der er en af de største distributør-grossister i Frankrig.

105 Kommissionen har gjort gældende, at den aftale, der tidligere var indgået mellem Biogaran og Bioglan (nu Niche) vedrørende produkt B, foreskrev, at Biogarans betaling kunne tilbagebetales, såfremt selskabet ikke opnåede markedsføringstilladelser, hvilket ikke var tilfældet for Biogaran-aftalen. Niche har desuden med denne aftale ikke givet nogen garanti for at overdrage den markedsføringstilladelse, som selskabet i 2001 opnåede i Frankrig, idet denne overdragelse nødvendiggjorde en fornyelse af markedsføringstilladelsen, som Niche ikke havde ansøgt de kompetente myndigheder om.

106 Hvad angår den markedsføringsaftale, som var overladt til Almus, og fastholdelsen af denne har Kommissionen gjort gældende, at produkt B ikke kunne give mulighed for at indgå denne aftale, idet produkt B blot var et af omtrent 23 molekyler, der var omfattet af denne aftale.

3) Produkt C

107 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet havde kunnet markedsføre produkt C siden 2000 som følge af flere aftaler indgået med Disphar. Sagsøgeren besluttede imidlertid at sikre andre forsyningskilder som følge af usikkerheden vedrørende fornyelsen af forsyningsaftalen med Disphar og sit ønske om at udvide i udlandet. I sidste ende benyttede Biogaran ikke de masterfiles, der var overdraget af Niche, hvilket skyldtes forlængelsen af aftalen indgået med Disphar.

108 Den omstændighed, at Biogaran for to af tre produkter ikke havde opnået markedsføringstilladelse på grundlag af de masterfiles, som var overdraget af Niche, gav således ikke mulighed for at hævde, at der foreligger en forbindelse mellem Biogaran-aftalen og forliget. Dette viser blot Biogarans hensigt om at sikre flere forsyningskilder i overensstemmelse med praksis i den pågældende sektor.

109 Det er Kommissionens opfattelse, at det ikke er troværdigt, at Biogaran betalte et så betydeligt beløb for alene at have mulighed for at få en masterfile, som selskabet aldrig anvendte. Biogaran pressede således ikke engang på i forhold til Niche, for at masterfilen blev overdraget, inden den pågældende aftale blev automatisk opsagt som følge af den manglende opnåelse af markedsføringstilladelser.

2. Rettens bedømmelse

a) Indledende bemærkninger

110 Det skal indledningsvis fremhæves, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fastslog, at Biogaran-aftalen var et yderligere incitament fra Servier til Niche i forhold til det, der fulgte af Servier-Niche-forliget, med henblik på at overtale Niche til at indstille sine bestræbelser på at træde ind på markedet for perindopril. Ifølge Kommissionen er Biogaran-aftalen en del af den overtrædelse, der udgøres af dette forlig, som udgør en aftale med et konkurrencebegrænsende formål. Den kan således alene udgøre en overtrædelse, hvis Servier-Niche-forliget har samme karakter. På denne baggrund skal der med henblik på undersøgelsen af nærværende søgsmål foretages en fastlæggelse af forligets retlige sammenhæng, som Biogaran-aftalen indgår i.

111 Det skal i denne henseende bemærkes, at forliget af en tvist vedrørende patenter ikke må påvirke konkurrencen negativt. Dette er f.eks. tilfældet, hvis parterne aftaler, at det omtvistede patent ikke er gyldigt, og derfor bestemmer, at det generikaproducerende selskab straks kan træde ind på markedet.

112 I det foreliggende tilfælde hører Servier-Niche-forliget ikke under denne kategori, da det indeholder ikke-anfægtelsesklausuler vedrørende patenterne og ikke-markedsføringsklausuler vedrørende produkter, hvilke klausuler i sig selv har en konkurrencebegrænsende karakter. Ikke-anfægtelsesklausulen skader nemlig den offentlige interesse i at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent (jf. i denne retning dom af 25.2.1986, Windsurfing International mod Kommissionen, 193/83, EU:C:1986:75, præmis 92), og ikke-markedsføringsklausulen medfører en udelukkelse fra markedet af en af patenthaverens konkurrenter.

113 Indsættelsen af sådanne klausuler kan imidlertid være lovlig, men alene for så vidt som den støttes på parternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed (samt af de pågældende generiske produkters patentkrænkende karakter).

114 Eksistensen af ikke-markedsføringsklausuler og ikke-anfægtelsesklausuler, hvis rækkevidde er begrænset til det pågældende patent, er derimod problematisk, når det fremgår, at det generikaproducerende selskabs underkastelse af disse klausuler ikke er begrundet i dennes anerkendelse af patentets gyldighed. Som Kommissionen med føje har anført, udgør »[…] begrænsningerne i aftalen [af] det generikaproducerende selskabs kommercielle selvstændighed[, selv om] de ikke går ud over patentets materielle anvendelsesområde, […] en tilsidesættelse af [artikel 101 TEUF], da disse begrænsninger ikke kan være berettigede og ikke følger af parternes vurdering af, at selve denne eksklusive ret er velbegrundet« (1137. betragtning til den anfægtede afgørelse).

115 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at eksistensen af en »omvendt betaling«, dvs. en betaling fra det originalmedicinproducerende selskab til det generikaproducerende selskab, er dobbelt mistænkelig som led i et forlig. Det skal nemlig for det første bemærkes, at et patent tilsigter at belønne opfinderens kreative indsats ved at gøre det muligt for vedkommende at opnå en rimelig fortjeneste af sin investering, og at et gyldigt patent således principielt skal give mulighed for at overføre værdier til indehaveren ved f.eks. en licensaftale, og ikke omvendt. For det andet giver eksistensen af en omvendt betaling mistanke om, at forliget er støttet på forligsparternes anerkendelse af det pågældende patents gyldighed.

116 Den blotte eksistens af en omvendt betaling gør det imidlertid ikke muligt at konkludere, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. Det er nemlig ikke udelukket, at visse omvendte betalinger er berettigede, når de er iboende del af forliget af den pågældende tvist. Såfremt en omvendt betaling, der ikke er berettiget, sker ved indgåelsen af forliget, skal det generikaproducerende selskab anses for at være tilskyndet ved denne betaling til at underkaste sig ikke-markedsførings- og

ikke-anfægtelsesklausuler, og det kan fastslås, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. I dette tilfælde er de konkurrencebegrænsninger, som ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne medfører, ikke længere knyttet til patentet og forliget, men kan forklares ved betalingen af en fordel, der tilskynder det generikaproducerende selskab til at give afkald på konkurrencemæssige indsatser.

117 Det skal bemærkes, at selv om hverken Kommissionen eller Unionens retsinstanser har kompetence til at træffe afgørelse om patentets gyldighed, følger det ikke desto mindre heraf, at disse institutioner inden for rammerne af deres respektive kompetencer og uden at træffe afgørelse om patentets iboende gyldighed kan fastslå, at der foreligger en usædvanlig anvendelse af dette, som ikke har forbindelse med dets konkrete formål (jf. i denne retning dom af 29.2.1968, Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, s. 109 og 110, og af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 7 og 8; jf. ligeledes analogt dom af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen, C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, præmis 50, og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl., C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 104-106).

118 Den omstændighed, at et selskab tilskynder en konkurrent til at acceptere ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler som beskrevet ovenfor i præmis 116 eller den logiske følge heraf, at konkurrenten underkaster sig sådanne klausuler som følge af et incitament, udgør en usædvanlig anvendelse af patentet.

119 Som Kommissionen med føje har anført i 1137. betragtning til den anfægtede afgørelse, fastsætter »patentretten ikke en ret til at betale sine reelle eller potentielle konkurrenter for, at de forbliver uden for markedet, eller at de afholder sig fra at anfægte et patent, inden de træder ind på markedet«. Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at »patentindehaverne ikke må betale generikaproducerende selskaber for at holde dem uden for markedet og reducere de konkurrencebetingede risici, uanset om det sker som led i et forlig på patentområdet eller med andre midler« (1141. betragtning til den anfægtede afgørelse). Endelig har Kommissionen med føje anført, at »betaling eller andet incitament for potentielle konkurrenter til at blive uden for markedet ikke [var] en del af nogen rettighed knyttet til patenterne og ikke [svarede] til et af de andre midler fastsat i patentretten for at sikre, at patenterne overholdes« (1194. betragtning til den anfægtede afgørelse).

120 Når det er fastslået, at der foreligger et incitament, kan parterne ikke længere som led i forliget påberåbe sig, at de anerkender patentets gyldighed. Den omstændighed, at patentets gyldighed bekræftes af en retsinstans eller en administrativ myndighed, er i denne henseende uden betydning.

121 Det er således incitamentet og ikke forligsparternes anerkendelse af patentets gyldighed, der skal anses for den egentlige grund til de konkurrencebegrænsninger, som ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne indfører (jf. præmis 112 ovenfor), hvilke klausuler, eftersom de i dette tilfælde ikke er lovlige, følgelig er tilstrækkeligt skadelige for de normale konkurrencevilkår til, at de kan kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål.

122 Når der foreligger et incitament, skal denne aftale og dette forlig således anses for at være aftaler om udelukkelse fra markedet, hvori de blivende godtgør de udtrædende. Sådanne aftaler består i virkeligheden af opkøb af konkurrence og skal følgelig kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål, som det fremgår af dom af 20. november 2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 8 og 31-34), og generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:467, punkt 75), der bl.a. er nævnt i 1139. og 1140. betragtning til den anfægtede afgørelse. Endvidere er udelukkelsen af konkurrenter fra markedet en ekstrem form for markedsopdeling og begrænsning af produktionen (dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, appelleret, EU:T:2016:449, præmis 435), som i sådan en sammenhæng som den, som den omtvistede aftale og det omtvistede forlig indgår i, er mere skadelig, eftersom de udelukkede selskaber er generikaproducerende selskaber, hvis indtræden på markedet principielt er til gavn for

konkurrencen og i øvrigt bidrager til den almene interesse i at sikre billigere sundhedspleje. Endelig styrkes denne udelukkelse i den omtvistede aftale og det omtvistede forlig af, at det ikke er muligt for de generikaproducerende selskaber at anfægte de omtvistede patenter.

123 Det følger af det ovenstående, at som led i forlig i tvister vedrørende patenter kræver kvalificeringen af et konkurrencebegrænsende formål, at der inden for forliget er både en tilskyndende fordel i forhold til et generikaproducerende selskab og en deraf følgende begrænsning af dette selskabs indsats for at konkurrere med det originalmedicinproducerende selskab. Når disse to betingelser er opfyldt, må det konstateres, at der foreligger en aftale med et konkurrencebegrænsende formål henset til den således indgåede aftales skadelige grad for de normale konkurrencevilkår.

124 Ved domme afsagt af Retten dags dato, Servier m.fl. mod Kommissionen (sag T-691/14), og Niche Generics mod Kommissionen (sag T-701/14), har Retten fastslået, at disse to betingelser var opfyldt, navnlig at Kommissionen med føje havde fastslået, at det beløb på 11,8 mio. GBP, som Servier havde betalt til Niche i medfør af et forlig indgået mellem disse to selskaber, var et incitament, der skulle udelukke Niche fra markedet, og at dette forlig havde et konkurrencebegrænsende formål.

125 Følgelig skal det anbringende, som Biogaran fremsatte i retsmødet som svar på Rettens skriftlige spørgsmål om forliget, om, at dette forlig ikke udgjorde en overtrædelse af artikel 101 TEUF, forkastes, uden at det er fornødent at tage stilling til, om nævnte anbringende kan antages til realitetsbehandling.

b) Spørgsmålet, om Biogaran-aftalen udgør en tilskyndende fordel

126 Biogaran har gjort gældende, at Biogaran-aftalen ikke var et yderligere incitament for at tilskynde Niche til at indgå forliget, men en selvstændig handelsaftale, der blev indgået på markedsvilkår.

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

128 Såfremt der i denne forbindelse foreligger en tvivl hos retsinstansen, skal dette komme den virksomhed, der er adressat for den afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse, til gode. Retten kan derfor ikke konkludere, at Kommissionen har ført fornødent bevis for den pågældende overtrædelse, hvis den fortsat nærer tvivl vedrørende dette spørgsmål, navnlig i en sag, hvori der er nedlagt påstand om annullation af en afgørelse, hvorved der pålægges en bøde (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis).

129 Der skal således tages hensyn til uskyldsformodningen, således som den bl.a. fremgår af artikel 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Henset til karakteren af de pågældende overtrædelser samt til karakteren og alvoren af de sanktioner, der kan knyttes hertil, finder uskyldsformodningen særligt anvendelse på procedurer vedrørende overtrædelser af de konkurrenceregler, som gælder for virksomhederne, og som vil kunne føre til pålæggelse af bøder eller tvangsbøder (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).

130 Der skal i øvrigt tages hensyn til den ikke ubetydelige skade, som en fysisk eller juridisk persons omdømme kan lide som følge af, at det fastslås, at den pågældende har været involveret i en overtrædelse af konkurrencereglerne (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis).

131 Det er derfor nødvendigt, at Kommissionen baserer sig på præcise og samstemmende beviser, for at den kan fastslå, at overtrædelsen foreligger, og for at den kan danne sig en fast overbevisning om, at de påståede overtrædelser udgør konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).

132 Det skal fremhæves, at hvert enkelt af de af Kommissionen fremlagte beviser ikke nødvendigvis skal opfylde disse kriterier i forhold til hvert enkelt led i overtrædelsen. Den række indicier, som institutionen har påberåbt sig, kan, bedømt i deres helhed, nemlig opfylde dette krav (jf. dom af 12.4.2013, CISAC mod Kommissionen, T-442/08, EU:T:2013:188, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis).

133 Den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, skal til tider udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring, kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne (dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 57).

134 Selv om parallel adfærd ikke i sig selv kan sidestilles med en samordnet praksis, kan den dog udgøre et vigtigt indicium herfor, når den fører til konkurrencevilkår, som ikke svarer til de vilkår, der er normale på markedet (dom af 14.7.1972, Farbenfabriken Bayer mod Kommissionen, 51/69, EU:C:1972:72, præmis 25).

135 Den omstændighed, at der foreligger en tillægsaftale, som er det af Kommissionen anvendte udtryk i 1190. betragtning til den anfægtede afgørelse, kan hvad angår forliget i en patenttvist udgøre et vigtigt indicium for, at der foreligger et incitament og dermed et konkurrencebegrænsende formål.

136 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen fandt, at Biogaran-aftalen var en »tillægsaftale« ifølge det af Kommissionen anvendte udtryk i 1190. betragtning til den anfægtede afgørelse. I 1349. og 1351. betragtning til denne afgørelse fastslog Kommissionen nemlig, at Servier med Biogaran-aftalen, som ifølge Kommissionen var forbundet med forliget, gav Niche et yderligere incitament for at tilskynde dette selskab til at indgå forliget, og at et sådant incitament førte til visse forhold, som antydede, at Biogaran-aftalen ikke var blevet indgået på konkurrencebaserede handelsvilkår.

137 Det skal præciseres, at en tillægsaftale er en almindelig kommerciel aftale, som er »knyttet« til et forlig i en tvist, som indeholder vilkår, der i sig selv har begrænsende karakter. En sådan tilknytning foreligger bl.a., når de to aftaler indgås samme dag, når de er retligt forbundet, eftersom den ene aftales bindende karakter er betinget af indgåelse af den anden aftale, eller når Kommissionen, henset til den kontekst, hvorunder de er indgået, kan godtgøre, at de ikke kan adskilles. Det kan tilføjes, at jo større tidsmæssig forbindelse, der er mellem indgåelsen af aftalerne, des lettere er det for Kommissionen at godtgøre denne uadskillelige karakter. Den omstændighed, at forliget og tillægsaftalen blev indgået samme dag, eller at der er en kontraktlig forbindelse mellem dem, er et indicium for, at aftalen og forliget er en del af samme aftalekompleks. Såfremt aftalen og forliget ikke blev indgået samme dag (og uden en indbyrdes kontraktlig forbindelse), ville den ene forhandlingspart give den anden part alt, hvad denne ønskede, uden nogen sikkerhed for, at den pågældende endeligt ville modtage den forventede modydelse. Denne tidsmæssige eller juridiske forbindelse mellem aftalen og forliget udgør ligeledes et indicium for, at de har været genstand for fælles forhandling.

138 Tillægsaftalen er en almindelig kommerciel aftale, som kan eksistere selvstændigt, uden at forliget i tvisten anfægtes. Omvendt forudsætter indgåelsen af et forlig ikke, at der samtidigt indgås en handelsaftale. Det er således ikke nødvendigt, at aftalen og forliget knyttes sammen. Sammenknytningen berettiges heller ikke ved forliget af tvisten, eftersom tillægsaftalen ikke tilsigter, at et sådant forlig indgås, men at der foretages en kommerciel transaktion.

139 Endvidere indebærer en tillægsaftale, at der mellem parterne overføres værdier, som kan være økonomiske eller ej. Det kan bl.a. indebære en overførsel af værdier fra patentindehaveren eller det datterselskab, med hvilket denne udgør en økonomisk enhed, til det generikaproducerende selskab. Der er således en risiko for, at den omstændighed, at en handelsaftale tilknyttes et forlig, der indeholder ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, som i sig selv er af konkurrencebegrænsende karakter, i virkeligheden og under dække af en kommerciel transaktion, der i givet fald fremstår som en kompleks aftaleopbygning, tilsigter at tilskynde det generikaproducerende selskab til mod en overførsel af værdier, der er fastsat i tillægsaftalen, at underkaste sig disse klausuler.

140 Følgelig udgør den omstændighed, at en handelsaftale, hvis genstand normalt ikke er et forlig af en tvist, og hvorved overføres en værdi fra det originalmedicinproducerende selskab eller fra det datterselskab, med hvilket selskabet udgør én økonomisk enhed, til det generikaproducerende selskab på de ovenfor i præmis 137 anførte betingelser, tilknyttes et forlig af en tvist, som indeholder konkurrencebegrænsende klausuler, et vigtigt indicium for, at der foreligger en omvendt betaling.

141 Det i ovennævnte præmis nævnte vigtige indicium er imidlertid ikke tilstrækkeligt, og Kommissionen skal således bestyrke det ved at fremlægge andre samstemmende forhold, der gør det muligt at konkludere, at der foreligger en omvendt betaling. En sådan betaling i den konkrete kontekst med tillægsaftaler svarer til den del af betalingen, som det originalmedicinproducerende selskab har foretaget, og som overstiger den »normale« værdi af det udvekslede formuegode (eller i givet fald til den del af det udvekslede formuegodes »normale« værdi, der overstiger det generikaproducerende selskabs betaling).

142 Kommissionen anførte i den foreliggende sag for at fastslå, at Biogaran-aftalen udgjorde et yderligere incitament for Niche, i 1351. betragtning til den anfægtede afgørelse, idet den støttede sig på flere indicier, at denne aftale »ikke [blev] indgået på konkurrencebaserede handelsvilkår«, og at »den ikke var normal handelspraksis«.

143 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at begrebet »normale konkurrencevilkår«, som begrebet »konkurrencebaserede handelsvilkår« er beslægtet med, selv om det ikke tidligere er anvendt på området for konkurrencebegrænsende aftaler, ikke er ukendt inden for konkurrencerettens, eftersom det, ganske vist på det særlige område for statsstøtte, benyttes for at afgøre, om en stat har handlet som en privat investor (dom af 2.9.2010, Kommissionen mod Scott, C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 68), dvs., om den fordel, som de omhandlede virksomheder har modtaget, udgør et normalt vederlag for en modydelse, som staten har fået. Dette begreb kan således analogt udgøre et relevant referenceparameter, når det skal afgøres, om to virksomheder, som har afsluttet en kommerciel transaktion, har gjort dette på grundlag af betragtninger, der er begrænset til f.eks. det udvekslede formuegodes værdi, udsigterne til dets rentabilitet, og således på normale markedsvilkår.

144 I det tilfælde, at der foreligger de af Kommissionen anførte indicier eller beviser, der giver denne mulighed for at fastslå, at tillægsaftalen ikke blev indgået på normale markedsvilkår, kan parterne i aftalen og forliget fremlægge deres version af de faktiske omstændigheder, idet de skal underbygge deres argumenter med de oplysninger, som de kan fremlægge, og som gør det muligt at fastslå, at handelsaftalen, selv om den var knyttet til forliget, er begrundet af andre forhold end udelukkelsen af en konkurrent ved omvendt betaling. Parterne i aftalen og forliget kan således gøre gældende, at tillægsaftalen blev indgået på markedsvilkår, ved at fremføre passende oplysninger, som f.eks. er udledt af industriel eller kommerciel sædvane i sektoren eller af særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde.

145 Kommissionen kan, henset til samtlige de oplysninger, som den råder over, og når der ikke foreligger en forklaring, eller parterne i aftalen og forliget ikke har fremlagt en sandsynlig forklaring, ved afslutningen af en samlet vurdering med føje fastslå, at tillægsaftalen ikke blev indgået på normale markedsvilkår, dvs. at det originalmedicinproducerende selskabs betaling overstiger det udvekslede formuegodes værdi (eller at værdien af det formuegode, der er solgt til det generikaproducerende selskab, overstiger dennes betaling). Kommissionen kan således konkludere, at der foreligger en omvendt betaling.

146 En omvendt betaling udgør således, selv om den ikke har til formål at kompensere omkostninger forbundet med forliget, en tilskyndende fordel (jf. præmis 116 ovenfor). Dette gælder for en betaling, der følger af en tillægsaftale, som ikke tilsigter at bilægge en tvist, men at gennemføre en kommerciel transaktion (jf. præmis 138 ovenfor).

147 Aftalens og forligets parter kan imidlertid fortsat påberåbe sig, at den pågældende fordel, hvis størrelse er utilstrækkelig til, at den kan anses for at udgøre et væsentlig incitament for accept af de konkurrencebegrænsende klausuler fastsat i forliget, er ubetydelig.

148 De principper, der er fremstillet i ovenstående præmis, skal nu anvendes på de særlige omstændigheder i den foreliggende sag.

149 Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at Biogaran har betalt Niche 2,5 mio. GBP. Denne betaling følger af Biogaran-aftalen, hvorefter Niche forpligtede sig til at overdrage masterfiles samt en markedsføringstilladelse vedrørende produkter uden forbindelse med perindopril til Biogaran.

150 Selv om Biogaran-aftalen og Servier-Niche-forliget formelt er forskellige juridiske dokumenter, som reguleres af forskellige love og ikke henhører under de samme jurisdiktioner, godtgør flere forhold, at der findes en forbindelse mellem aftalen og forliget.

151 Kommissionen har i betragtning 1351 til den anfægtede afgørelse med føje bemærket, at aftalen og forligets historik var et af de forhold, der gjorde det muligt at fastslå, at der fandtes en sådan indbyrdes forbindelse. Aftalen og forliget blev nemlig indgået samme dag. De betalingsdatoer, der var fastsat ved aftalen og forliget, var endvidere de samme, nemlig inden den 14. februar 2005 og den 5. oktober 2005, mens alene betalingerne vedrørende den lægemiddelforsyning, der var fastsat i Biogaran-aftalen, lå senere.

152 Kommissionen har ligeledes med føje anført, at Biogaran-aftalen blev forhandlet samtidigt med forliget, hvorved den navnlig støttede sig på Niches erklæring af 15. juni 2011. Selv om Niche senere præciserede denne erklæring mod afslutningen af den administrative procedure, idet selskabet fremlagde flere dokumenter vedrørende drøftelser om licenser næsten to år inden indledningen af drøftelserne om forliget, har dette standpunkt fra Niche på et tidspunkt, hvor selskabet var bekendt med de klagepunkter, det blev foreholdt, ikke samme bevisværdi som selskabets tidligere erklæringer.

153 Selv om Kommissionen ikke har nægtet, at Biogaran og Niche rent faktisk var i kontakt vedrørende produkt A, inden tvisten mellem Servier og Niche opstod, findes der ingen oplysninger i sagsakterne, som underbygger sagsøgerens argument om, at denne tvist lammede forhandlingerne mellem Niche og Biogaran. I denne henseende viser en e-mail af 4. februar 2005, at forhandlingerne med henblik på indgåelsen af Biogaran-aftalen var meget langt fremme, mens tvisten mellem Niche og Servier stadig verserede og først blev bilagt den 8. februar 2005. At forhandlingerne foregik samtidigt, er et meget stærkt indicium for, at der er en forbindelse mellem aftalen og forliget.

154 Selv om aftalen og forliget ikke er underskrevet af de samme personer og blev underskrevet i henholdsvis Paris hvad angår Biogaran-aftalen og i London hvad angår Servier-Niche-forliget, havde de delvist de samme forhandlere. For det første deltog M., der er en af Niches direktører, i forhandlingerne af både aftalen og forliget. For det andet fremgår det af en e-mail af 4. februar 2005

fra Biogarans advokat til Niches direktør, at den person, der forhandlede aftalen med Niche på Biogarans vegne, ligeledes havde underskrevet den varslingsskrivelse, som Servier sendte til Matrix den 7. februar 2005, dagen før indgåelsen af forliget mellem Servier og Matrix. Som Kommissionen har anført, er det sandsynligt, at denne person havde kendskab til forliget med Niche, henset til, at der er forbindelse mellem Servier-Niche-forliget og Matrix-forliget. Samme e-mail blev sendt i kopi til den juridiske direktør for Servier-koncernen, skønt den vedrørte en aftale vedrørende Biogaran.

155 Endelig har Kommissionen med føje gjort gældende, at den omstændighed, at Biogarans betalinger, der vedrører forsyningen med lægemidler og ikke overdragelsen af masterfiles, hvilken overdragelse var grundlaget for Biogaran-aftalen, lå senere, bekræfter forbindelsen mellem aftalen og forliget. Det er nemlig denne overdragelse af masterfiles, som er selve essensen i licensaftalen, og ikke Niches levering af varer. Den omstændighed, at betalingen af 2,5 mio. GBP som modydelse for masterfiles og betalingen af de 11,8 mio. GBP, der er fastsat i forliget, fandt sted samtidigt, bestyrker, at der foreligger en forbindelse mellem aftalen og forliget.

156 Det følger ligeledes af ovenstående redegørelse (præmis 150-155 ovenfor), at Biogaran-aftalen udgør en tillægsaftale, der er knyttet til forliget. Den omstændighed, at denne aftale, hvorved overføres en værdi til fordel for Niche, tilknyttes forliget af tvisten mellem Servier og Niche, skønt denne tillægsaftale fremstår som en almindelig handelsaftale, som ikke tilsigter bilæggelse af en tvist, udgør et vigtigt indicium for, at den pågældende værdioverførsel ikke alene er modydelsen for det formuegode, der er udvekslet som led i tillægsaftalen, men ligeledes indebærer en omvendt betaling (i dette udtryks forstand inden for tillægsaftaler).

157 Kommissionen har lagt flere samstemmende indicier til grund, der styrker konklusionen om, at der foreligger en omvendt betaling.

158 For at understøtte, at den modydelse, som Biogaran har modtaget, ikke kunne vurderes til 2,5 mio. GBP, har Kommissionen med føje anført, at dette beløb var væsentligt højere end det beløb, som Biogaran betalte til et andet generikaproducerende selskab, selskabet A, for at erhverve flere masterfiles vedrørende produkt A i tabletform i forskellige doser. Biogaran betalte således selskabet A i alt 330 000 EUR som led i de to aftaler om produkt A, hvilket var et betydeligt lavere beløb end de 2,5 mio. GBP, selv om dette beløb ligeledes omfattede produkt B og C.

159 Kommissionen har endvidere ligeledes med føje præciseret, at manglen på en klausul i Biogaran-aftalen i modsætning til i aftalen med selskabet A, hvorefter Biogaran kunne gøre krav på tilbagebetaling af de beløb, der var betalt til Niche, såfremt markedsføringstilladelser ikke kunne opnås, var et indicium for, at aftalen ikke tilsigtede at tilskynde Biogaran til at ansøge om disse markedsføringstilladelser og ikke var en sædvanlig handelsaftale.

160 Endelig kunne Kommissionen med rette gøre gældende, at Niche flere gange under den administrative procedure anførte, at selskabet blev tilbudt Biogaran-aftalen af Servier for at give det hele den aftalte kompensation til gengæld for indgåelsen af det samlede forlig med Servier. Det fremgår desuden af et udkast til Servier-Niche-forliget, som er vedlagt svarskriftet, og som indeholder en liste over de betalinger, der skal gennemføres, at der var planlagt en betaling på 2,5 mio. GBP til fordel for Niche vedrørende ramipril, som var et af de produkter, der var omfattet af Biogaran-aftalen. Som Kommissionen med føje har gjort gældende, fremgår det endvidere af førnævnte e-mail af 4. februar 2005 (jf. bl.a. præmis 154 ovenfor), at parterne i Biogaran-aftalen havde aftalt betalingen af 2,5 mio. GBP, inden medkontrahenterne havde forhandlet og accepteret modydelsen til Biogaran for et sådant beløb. Niche har under den administrative procedure, inden selskabet fremsatte denne erklæring, endvidere selv anført, at Biogaran-aftalen ikke udgjorde sædvanlig handelspraksis, og at betalingens størrelse var en del af forliget (562. betragtning til den anfægtede afgørelse).

161 Sagsøgeren har således ikke fremlagt noget præcist bevis, der kan godtgøre, at erhvervelsen af masterfiles fra Niche for 2,5 mio. GBP med rimelighed kunne anses for en rentabel investering (jf. for en analog slutning til begrebet »en privat investors adfærd under markedsøkonomiske vilkår«, der er nævnt ovenfor i præmis 143 ovenfor, præmis 84 i dom af 12.12.2000, Alitalia mod Kommissionen, T-296/97, EU:T:2000:289, hvori anføres, at »en privat investors adfærd under markedsøkonomiske vilkår er ledet af rentabilitetsudsigter«), eller i hvert fald udsigter til at give køberen af disse masterfiles indtægter, der kan kompensere deres høje købspris.

162 Der er endvidere ingen oplysninger i sagsakterne, der kan forklare, hvordan masterfiles fra Niche ville kunne give køberen en fortjeneste, der kunne kompensere en sådan købspris. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at Biogarans samlede omsætning som følge af aftalen kun udgjorde mellem 100 000 EUR og 200 000 EUR.

163 Det må endvidere bemærkes, at det ikke fremgår af noget dokument i sagsakterne, at sagsøgeren inden indgåelsen af Biogaran-aftalen havde krævet af Niche, at dette selskab skulle give sagsøgeren alle nødvendige oplysninger for at sikre sig, at den pris, som blev krævet for de pågældende masterfiles, ikke var overvurderet i forhold til deres forventede rentabilitet.

164 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen, henset til samtlige de oplysninger, der er drøftet for Retten, har ført tilstrækkeligt bevis for, at der forelå en omvendt betaling, som ikke var en iboende del af det pågældende forlig (jf. præmis 146 ovenfor). Kommissionen konkluderede således med føje, at betalingen af 2,5 mio. GBP til Niche som led i Biogaran-aftalen udgjorde en yderligere tilskyndende fordel og ikke en transaktion på normale markedsvilkår.

165 Det skal, henset til betragtningerne i ovenstående præmisser, bemærkes, at det ikke er godtgjort, at den pågældende fordels størrelse var ubetydelig, hvis størrelse altså var utilstrækkelig til, at den kunne anses for at udgøre et væsentligt incitament for accept af de konkurrencebegrænsende klausuler (jf. præmis 147 ovenfor).

166 Sagsøgerens andre argumenter rejser ikke tvivl om denne konklusion.

167 For det første har Biogaran i sit svar på sagsfremstillingsmeddelelsen anført, at »den manglende tilbagebetaling af de af [selskabet] betalte beløb, […] såfremt det ikke opnåede markedsføringstilladelser, var affattet af Niche og tilsigtede, at [Biogaran gjorde] det fornødne for at opnå sådanne markedsføringstilladelser med henblik på at skabe en positiv omsætning for Niche«.

168 Dette argument, som Biogaran har gentaget i stævningen, må forkastes. Opbygningen af denne aftale giver nemlig ikke nogen sikkerhed for, at Biogaran ville ansøge om markedsføringstilladelser og modtage leveringer fra Niche, eftersom Niche skulle modtage betalingerne, inden det lå fast, om Biogaran ville opnå markedsføringstilladelserne. Kommissionen har med føje fremhævet, at Biogarans kontraktlige forpligtelser ikke omfattede en forpligtelse til at ansøge om markedsføringstilladelser på grundlag af de overdragne masterfiles (Biogaran-aftalens artikel 2, stk. 2, og artikel 3). Såfremt Biogaran ikke opnåede markedsføringstilladelserne inden for en frist på 18 måneder efter aftalens ikrafttræden, skulle denne endvidere opsiges automatisk, og ingen af parterne havde ret til erstatning. Desuden var Biogaran ikke bundet af nogen eksklusiv ret, idet selskabet kunne ansøge om markedsføringstilladelser på grundlag af andre masterfiles end dem, som var overdraget fra Niche.

169 Selv om Biogaran i svaret på sagsfremstillingsmeddelelsen nævnte andre aftaler, som selskabet havde indgået, og som ikke indeholdt tilbagebetalingsklausuler, indeholdt disse aftaler betalinger i flere rater, og betalingerne var væsentligt lavere end den i nærværende sag omhandlede engangsbetaling på 2,5 mio. GBP.

170 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at Biogaran-aftalen tilsigtede at sikre selskabet en anden forsyningskilde for produkt A.

171 Dette argument skal forkastes.

172 Sagsøgeren havde således allerede indgået en forsyningsaftale vedrørende produkt A med selskabet A i december 2004 inden den pågældende aftale. Efter en revision i marts 2005 af denne masterfile fra Niche vedrørende produkt A i tabletform på 10 mg, hvis form og dosis ikke var dækket af aftalen med selskabet A, konstaterede Biogaran ligeledes, at masterfilen var meget utilstrækkelig angående den analytiske del. Kommissionen har således med føje gjort gældende, at det, henset til disse forhold, er overraskende, at Biogaran accepterede at betale et betydeligt større beløb for denne masterfile end for selskabet A's masterfile. Selv om Biogaran har præciseret, at produkt A har givet selskabet en omsætning på mere end 79 mio. EUR siden 2007, fremgår det af 569. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvilket Biogaran ikke har bestridt, at Biogarans samlede omsætning med Biogaran-aftalen forblev under 200 000 EUR.

173 For det tredje har Biogaran hvad angår masterfilen for produkt B ikke bestridt, at selskabet selv og Bioglan (nu Niche) i 2001 havde indgået en handelsaftale om molekylet for produkt B 5 og 10 mg, som i modsætning til Biogaran-aftalen foreskrev en betaling, der kunne tilbagebetales ved manglende opnåelse af markedsføringstilladelser. Det skal bemærkes, at den omstændighed, at Biogaran-aftalen ikke fastsatte en sådan garanti for tilbagebetaling som den i den tidligere aftale indgået mellem Bioglan og Biogaran fastsatte, bekræfter, at overdragelsen af masterfilen for produkt B ikke svarer til en transaktion, der er gennemført på normale markedsvilkår.

174 For det fjerde har Biogaran hvad angår masterfilen for produkt C medgivet, at selskabet ikke brugte denne masterfile fra Niche, og at Biogaran fortsatte sin forretningsforbindelse med Disphar. Denne masterfile blev først overdraget i januar 2007, skønt Biogaran-aftalen som følge af den manglende opnåelse af markedsføringstilladelser allerede var blevet opsagt, og efter at Niche allerede havde modtaget hele den betaling, der ikke kunne tilbagebetales. Kommissionen har med føje gjort gældende, at det ikke er troværdigt, at Biogaran betalte et så stort beløb, når selskabet i flere år allerede havde haft en forsyningsaftale med Disphar, og at den omstændighed alene, at fornyelsen af Disphar-aftalen var usikker, ikke begrunder en sådan transaktion.

175 Selv om det forudsættes, at Biogaran ligeledes forfulgte legitime formål, da selskabet købte disse masterfiles af Niche, skal det endvidere bemærkes, at den omstændighed alene, at en aftale ligeledes forfølger legitime formål, ikke kan hindre, at den kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning dom af 8.11.1983, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, EU:C:1983:310, præmis 25, af 6.4.2006, General Motors mod Kommissionen, C-551/03 P, EU:C:2006:229, præmis 64, og af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 21).

176 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke har godtgjort, at Biogaran havde konkurrencebegrænsende hensigter.

177 Det fremgår i denne henseende af 577. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvilket Biogaran ikke har bestridt, at de betalinger, der var fastsat i de forlig, som Servier indgik med Niche og Matrix, blev forhandlet og fordelt ligeligt mellem Niche og Matrix, skønt Matrix ønskede at modtage mere end Niche. Kommissionen har med føje gjort gældende, at Biogaran-aftalen under dække af at ligne en sædvanlig transaktion gav mulighed for at forhøje den ydelse, som Servier-koncernen betalte til Niche, mens Matrix blev holdt ude. Niche har endvidere bekræftet, at beløbet 2,5 mio. GBP var en del af »total overall compensation« på 15,7 mio. GBP, som var forhandlet mellem Niche og Servier (560. betragtning til den anfægtede afgørelse). Selv om Kommissionen ikke har anført supplerende beviser for de grunde, der pressede Servier til at anvende Biogaran-aftalen for at tilskynde Niche, udgør de oplysninger, som den har fremlagt, en række indicier, der godtgør, at der foreligger en uadskillelig forbindelse mellem betalingen af 2,5 mio. GBP og Serviers hovedbetaling til Niche som led i forliget.

178 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en type af samordning mellem virksomheder (dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 118).

179 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen med føje kunne fastslå, at betalingen af 2,5 mio. GBP til Niche som led i Biogaran-aftalen udgjorde en yderligere tilskyndende fordel.

180 Det skal tilføjes, at det yderligere incitament er tilstrækkeligt afgørende, for så vidt som den afgjorde Niches beslutning om ikke at indtræde på markedet for perindopril. Kommissionen har således i 577. betragtning til den anfægtede afgørelse, uden at dette i det væsentlige er bestridt, anført, at de beløb, der var genstand for de forlig, som Servier indgik med Niche og Matrix, oprindeligt var fordelt ligeligt, men at Biogarans betaling til Niche i sidste ende gav mulighed for at forhøje den ydelse, som Servier-koncernen betalte til dette selskab, uden at Matrix opdagede det. Niche har endvidere selv bekræftet, at den yderligere betaling var en del af den »total overall compensation«, som selskabet havde forhandlet med Servier. På denne baggrund skal det fastslås, at Niche uden Biogaran-aftalen sandsynligvis ikke havde indgået forliget. Det var dermed den kombinerede indsats fra Servier og dennes datterselskab, der fremkaldte en konkurrencebegrænsning.

181 Denne konstatering giver således i sig selv mulighed for at fastslå, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål, hvori Biogaran deltog direkte. Den omstændighed, at Biogaran ikke var Niches konkurrent på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, er, selv om dette forudsættes godtgjort, uden betydning for denne konklusion. Som Domstolen har fastslået, kan et selskab deltage i en konkurrencebegrænsende aftale uden nødvendigvis at være aktiv på det marked, der berøres af konkurrencebegrænsningen (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 34).

182 Sagsøgerens argument om, at Biogaran-aftalen ikke indeholder en konkurrencebegrænsende klausul, kan, henset til det ovenstående, ikke påberåbes. Denne konstatering betyder nemlig ikke, at aftalen fratages sin egentlige konkurrencebegrænsende karakter, da grundlaget for aftalen er at tjene som supplement til det forlig, der indeholder sådanne klausuler.

183 Endelig kan den omstændighed, at Kommissionen ikke tog hensyn til betalingen af 2,5 mio. GBP ved beregningen af Niches bøde, ikke godtgøre, at Biogaran-aftalen ikke udgjorde en yderligere værdioverførsel, der skulle tilskynde Niche til at indgå forliget. Kommissionen har som svar på et spørgsmål fra Retten således præciseret, at det, henset til bl.a. Niches beskedne størrelse og selskabets situation, ikke var nødvendigt at tage hensyn til dette beløb for at sikre, at den bøde, som det blev pålagt, havde afskrækkende virkning. Selv om det antages, at den manglende hensyntagen til dette beløb ved beregningen af Niches bøde blot skyldes Kommissionens forglemmelse, har denne undladelse under alle omstændigheder ingen betydning for den i den nævnte afgørelse gyldigt foretagne konstatering af, at Biogaran-aftalen styrkede den konkurrencebegrænsning, der fulgte af forliget.

184 Det følger af det ovenstående, at dette anbringende må forkastes.

B. Anbringendet om de retlige fejl, der er begået, for så vidt som det ikke i den anfægtede afgørelse godtgøres, at Biogaran deltog i nogen som helst overtrædelse af konkurrencereglerne

1. Parternes argumenter

a) Biogaran-aftalens retsstridige karakter

185 Sagsøgeren gjort gældende, at Biogaran-aftalen ikke i sig selv, som Kommissionen selv har medgivet, havde en retsstridig karakter. Denne aftales klausuler var således ikke blevet kritiseret i den anfægtede afgørelse, som i øvrigt kun brugte seks sider på nævnte aftale. Biogaran blev således pålagt sanktioner for en aftale, der ikke medførte nogen konkurrencebegrænsning, hvorfor selskabets blotte undertegning af aftalen ikke kunne give anledning til sanktioner i henhold til artikel 101 TEUF. Biogarans ansvar er snævert forbundet med den angiveligt ulovlige karakter af det forlig, som selskabet ikke havde undertegnet, skønt det i 1351. betragtning til den anfægtede afgørelse erklæres, at »forliget og Biogaran-aftalen er forskellige juridiske dokumenter«.

186 På grundlag af generaladvokat Wahls forslag til afgørelse AC-Treuhand mod Kommissionen (C-194/14 P, EU:C:2015:350) har sagsøgeren gjort gældende, at den omhandlede virksomhed for at deltage i en aftale, hvis formål eller virkning er konkurrencebegrænsende, skal kunne udøve et konkurrencepres på de øvrige deltagere i aftalen, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag, eftersom Biogaran ikke var Niches konkurrent på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

187 Det er Kommissionens opfattelse, at Biogaran-aftalen ikke kan undersøges uafhængigt af det forlig, som det ikke kan adskilles fra. Kommissionen har allerede i den anfægtede afgørelse, i 1351. og 3011. betragtning hertil, godtgjort, at denne aftale tjente som grundlag for at overføre yderligere 2,5 mio. GBP til Niche som modydelse for de tilsagn, som Niche påtog sig ved Servier-Niche-forliget.

188 Denne betaling, der er indeholdt i Biogaran-aftalen, udgjorde Biogarans direkte deltagelse i den konkurrencebegrænsende aftale, selv om klausulerne i Biogaran-aftalen ikke var bestridt. Kommissionen har tilføjet, at dette beløb udgør et yderligere incitament, der skulle formå Niche til at indgå forliget. Den omstændighed, at dette beløb blev betalt inden for rammerne af en licensaftale, fratager det ikke dets karakter af supplement til betalingen af 11,8 mio. GBP, som blev betalt som led i forliget. Den omstændighed, at Biogaran-aftalen vedrører andre molekyler end de af forliget omhandlede, og at aftalen kunne have en vis operationel nytte, hvilket aldrig er blevet godtgjort, fratager heller ikke betalingen karakter af at være et direkte incitament.

b) Datterselskabets tilregnelse af ansvaret for moderselskabets handlinger

189 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet ved den anfægtede afgørelse blev pålagt ansvar for en angivelig overtrædelse, som er knyttet til dets moderselskabs indgåelse af et forlig, som det hverken deltog i eller kendte indholdet af. En sådan tilgang er i strid med princippet om personligt ansvar, som i henhold til retspraksis skal fortolkes strengt. Henset til, at sagsøgeren er en selvstændig juridisk person, har selskabet således gjort gældende, at det ikke kunne tilregnes ansvaret for den overtrædelse, som Servier angiveligt begik, medmindre det godtgøres, at det var medophavsmand til eller begunstiget af den angivelige konkurrencebegrænsende aftale.

190 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet i sine svar på klagepunktsmeddelelsen anførte, at det handlede selvstændigt på markedet ved hjælp af andre ledere, lokaler, mærker, aktiver og aktiviteter end Serviers, som virkede som laboratorium for originalmedicin, mens Biogaran tværtimod er et generikaproducerende selskab. Sagsøgeren har anført, at selskabet, eftersom det hverken er

moderselskab til eller aktionær i Niche eller Servier, følgelig ikke havde nogen ret eller noget middel til at kontrollere forligsparternes politik eller handelsstrategi, som angiveligt var i strid med artikel 101 TEUF.

191 Sagsøgeren har i denne forbindelse kritiseret Kommissionen for, at den under tilsidesættelse af legalitetsprincippet indførte en formodning for datterselskabets ansvar for dets moderselskabs handlinger, hvorved den tilsidesatte princippet om personligt ansvar, der er sikret ved artikel 6, stk. 2, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og artikel 48 i chartret om grundlæggende rettigheder.

192 Kommissionen har anført, at den ved den anfægtede afgørelse ikke tilsigtede at pålægge datterselskabet ansvaret for moderselskabets handlinger. Den har gjort gældende, at Biogaran blev tilregnet ansvaret for sin direkte deltagelse i den overtrædelse, som Servier begik. Den kombinerede handling fra Servier (undertegnelsen af forliget) og dets datterselskab (undertegnelsen af licensaftalen) gav mulighed for at blokere indbringelse af Niches generiske produkter på markedet til fordel for Servier-koncernen som helhed.

193 Kommissionen har anført, at den ikke har gjort gældende, at Biogaran var ansvarlig i medfør af manglende kontrol eller tilsyn. Kommissionen tilregnede Biogaran ansvaret som følge af selskabets direkte deltagelse i overtrædelsen og tog med henblik på at holde det solidarisk ansvarligt med moderselskabet hensyn til, at det tilhørte Servier-koncernen.

194 Kommissionen har gjort gældende, at et moderselskab kan tilregnes en adfærd udvist af et datterselskab, bl.a. når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet. Kommissionen har tilføjet, at i det tilfælde, hvor et moderselskab ejer 100% af kapitalen i sit datterselskab, som har overtrådt konkurrenceretten, foreligger der en afkræftelig formodning for, at nævnte moderselskab faktisk har udøvet en afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd. Ifølge Kommissionen må moder- og datterselskab i en sådan sammenhæng holdes solidarisk ansvarlige for betalingen af en bøde for denne overtrædelse.

195 Kommissionen har tilføjet, at selv om Servier-Niche-forliget og Biogaran-aftalen er forskellige dokumenter, er de imidlertid uadskillelige, for så vidt som de begge har til formål samme dag at give Niche en betydelig betaling som modydelse for tilsagn om ikke at træde ind på markedet for perindopril (1351. og 3011. betragtning til den anfægtede afgørelse). De to enheder har forfulgt samme formål, deres adfærd er blevet forenet, og de har handlet som en samlet økonomisk enhed ikke blot på markedet, men ligeledes med henblik på overtrædelsen.

196 Det er Kommissionens opfattelse, at det på grundlag af Biogaran-aftalens sammenhæng kunne fastslås, at Biogaran ikke kunne være ubekendt med, at betalingen var en del af forliget, hvis formål var at udelukke Niche fra markedet for perindopril. Biogaran-aftalen er en del af den samlede økonomiske enheds fælles plan, og den omstændighed, at Biogaran-aftalen ikke gentager ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausulerne fra forliget, betyder ikke, at Biogaran-aftalen fratages sin sande karakter, nemlig et yderligere incitament, der skal udelukke Niche fra markedet for perindopril.

c) Biogarans kendskab til Serviers overtrædelser

197 Sagsøgeren har fremhævet, at selskabet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder ikke havde kendskab til forligets indhold og således ikke kunne forudse denne transaktions konkurrencebegrænsende karakter.

198 På grundlag af retspraksis har sagsøgeren anført, at det »[f]or at holde en virksomhed ansvarlig for en samlet og vedvarende overtrædelse er […] påkrævet, at virksomheden er bekendt (godtgjort eller formodet) med de øvrige deltageres ulovlige adfærd«. Kommissionen har med urette brudt med de beviskrav, der er fastsat i retspraksis, for så vidt som den i den anfægtede afgørelse konstaterede, at det ikke var »nødvendigt at bevise Biogarans kendskab til forligets konkurrencebegrænsende karakter«.

199 Sagsøgeren har endvidere anført, at det følger af retspraksis, at det ikke er tilstrækkeligt, at der er en objektiv forbindelse mellem overtrædelsen og aftalen, for at Kommissionen kan tilregne Biogaran overtrædelsen. Kommissionen skulle godtgøre, at virksomheden havde kendskab til, at der forelå en overtrædelse, eller at den med rimelighed kunne forudse denne. Kommissionen gengav de faktiske omstændigheder urigtigt og tilsidesatte ovennævnte retspraksis ved at fastslå, at »Biogaran var i stand til at erkende, at Biogaran-aftalen var knyttet til forliget«.

200 Sagsøgeren har desuden tilføjet, at selv om det antages, at Kommissionen kunne godtgøre, at aftalen og forliget var forbundet, og at Biogaran ikke kunne være ubekendt med denne forbindelse, betyder dette ikke, at sagsøgeren havde kendskab hertil, eller at selskabet med rimelighed kunne forudse forligets indhold. I denne henseende er det ikke i den anfægtede afgørelse godtgjort, at Biogaran havde kendskab til forligets angiveligt konkurrencebegrænsende formål og til dette forligs grundlæggende kendetegn, hvilket kendskab ikke kan formodes.

201 Sagsøgeren har fremhævet, at selskabet ikke kunne have kendskab til forligets angiveligt ulovlige karakter, idet der ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder (2005) var fortilfælde, hvorefter et sådant forlig havde været ulovligt. På grundlag af en erklæring fra Francis F. Jacobs har sagsøgeren gjort gældende, at ingen på tidspunktet for de faktiske omstændigheder kunne forestille sig det analyseskema, som Kommissionen fremlagde i klagepunktsmeddelelsen.

202 Endelig har sagsøgeren fremsat en formalitetsindsigelse i forhold til visse argumenter, som Kommissionen har gjort gældende i svarskriftet til støtte for argumentet om, at Biogaran ikke kunne være ubekendt med Serviers »materielle adfærd«.

203 Kommissionen har gjort gældende, at Biogaran med rimelighed kunne forudse den materielle adfærd, som de andre deltagere i den hemmelige praksis påtænkte, og at selskabet var rede til at acceptere risikoen. Kommissionen er nemlig af den opfattelse, at bevidstheden om eller kendskabet til blot en del af én konkurrencebegrænsende aftale om deltagelse i en overtrædelse af artikel 101 TEUF ikke kan fortolkes på samme måde, når partneren i transaktionen er dets moderselskab. I et sådant tilfælde kan datterselskabet nemlig ikke handle inden for andre rammer end dem, som moderselskabet fastsætter, dvs. i det foreliggende tilfælde iværksættelsen af en vidtrækkende strategi mod generiske lægemidler. I denne forbindelse kunne Biogaran således med rimelighed forudse, at betalingen til en generikaproducent, der skulle til at indtræde på markedet, ikke kunne have andet formål end at udelukke denne producent fra markedet. Betalingen havde således ingen anden sandsynlig forklaring end hensigten om at give Niche et yderligere incitament for at indgå forliget.

204 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at bevidstheden om, at transaktionens karakter var retsstridig, er så meget desto klarere, når Serviers jurister blev knyttet til udarbejdelsen af Biogaran-aftalen eller modtog denne. Endvidere vidner de beskyldninger om bagvaskelse, som Sandoz AG fremsatte mod Biogaran i 2008, om, at sidstnævnte deltog i Serviers konkurrencebegrænsende strategi. På samme måde bestyrker den omstændighed, at Biogaran spillede en rolle som mellemled i 2006 ved det angiveligt konkurrencebegrænsende forlig mellem Servier og Lupin, Kommissionens argument om, at Biogaran var bevidst om Serviers materielle adfærd.

205 Endelig har Kommissionen med henblik på at gøre gældende, at Biogaran ikke kunne være ubekendt med det formål, der samtidigt forfulgtes med forliget og Biogaran-aftalen, påberåbt sig forhandlingerne mellem Niche og Matrix om de beløb, som disse fik udbetalt af Servier som modydelse for forliget. Niche har således bekræftet, at betalingen var en del af den »total overall compensation« på 15,7 mio. GBP, der var forhandlet mellem Niche og Servier.

2. Rettens bemærkninger

206 Det skal bemærkes, hvilke afgørende grunde Kommissionen lagde til grund i den anfægtede afgørelse for for det første at konkludere, at Biogaran-aftalen var et yderligere incitament for Niche til at indgå forliget med Servier, hvilket forlig kunne kvalificeres som havende konkurrencebegrænsende formål (1369. og 3011. betragtning til den anfægtede afgørelse), og for det andet at Biogaran kunne holdes solidarisk ansvarlig med Servier for hele denne overtrædelsesperiode (3006., 3012. og 3145. betragtning til den anfægtede afgørelse).

207 Det er Kommissionens opfattelse, at det beløb, som Biogaran betalte til Niche som modydelse for købet af disse masterfiles, udgjorde et yderligere incitament for Niche, der bidrog til at udelukke Niche fra markedet for perindopril. Ifølge Kommissionen blev Niches tilsagn om ikke at indtræde på markedet for perindopril gjort muligt ved et incitament, der dels bestod i Serviers betaling som led i forliget med Niche, dels i den supplerende betaling, som blev foretaget direkte af Biogaran, der var Serviers datterselskab, som led i Biogaran-aftalen.

208 Sagsøgeren har bestridt disse vurderinger. Selskabet har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat princippet om personligt ansvar ved at pålægge det ansvaret for et forlig, som dets moderselskab indgik. Selskabet har gjort gældende, at Biogaran-aftalen ikke udgør en overtrædelse af artikel 101 TEUF, og at det hverken havde kendskab til moderselskabets handlinger eller til, at det forlig, som moderselskabet havde indgået med Niche, var ulovligt.

209 Det skal indledningsvis fremhæves, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke tilregnede Biogaran de handlinger, som dette selskabs moderselskab var foreholdt. I 1349. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen, at Servier gav Niche et yderligere incitament med Biogaran-aftalen. I 3011. betragtning til den nævnte afgørelse anførte Kommissionen, at selv om det ikke var fornødent at bevise Biogarans kendskab til forligets konkurrencebegrænsende karakter, viste flere forhold, at Biogaran kunne forstå, at Biogaran-aftalen var knyttet til forliget, og at Biogaran med denne aftale havde deltaget direkte i overtrædelsen. Som Kommissionen har anført i sit svarskrift, har den på ingen måde tilsigtet at tilregne Biogaran de handlinger, som selskabets moderselskab er foreholdt.

210 Kommissionen har nemlig i 3007. betragtning til den anfægtede afgørelse anført, at Servier ejede 100% af sit datterselskab, da aftalen blev indgået, og således dannede en samlet virksomhed med sit datterselskab. Kommissionen har ligeledes fastslået Biogarans solidariske ansvar, for så vidt som Biogaran-aftalen og forliget blev indgået »mellem de samme virksomheder«, nemlig Servier-koncernen på den ene side og Niche og Unichem på den anden side (1351. betragtning til og fodnote 1898 i den anfægtede afgørelse).

211 Retten fastslår i denne forbindelse, at Unionens retsinstanser ikke hidtil har truffet afgørelse om, på hvilke betingelser Kommissionen kan holde datterselskabet solidarisk ansvarlig, når dette datterselskab som i det foreliggende tilfælde har deltaget direkte i moderselskabets ulovlige adfærd.

212 Det følger af fast retspraksis, at virksomhedsbegrebet omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Domstolen har herved præciseret, dels at begrebet virksomhed i denne kontekst skal forstås som en økonomisk enhed, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer, dels at når

en sådan økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen (jf. dom af 20.1.2011, General Química m.fl. mod Kommissionen, C-90/09 P, EU:C:2011:21, præmis 34-36 og den deri nævnte retspraksis).

213 I det konkrete tilfælde, hvor et moderselskab ejer 100% af det datterselskab, som har overtrådt konkurrencereglerne, foreligger der en formodning for, at det pågældende moderselskab faktisk udøver en afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd, idet en sådan formodning dog kan afkræftes (dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60). Det er således tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at hele kapitalen i et datterselskab ejes af moderselskabet, for at det kan formodes, at moderselskabet udøver en afgørende indflydelse på dette datterselskabs handelspolitik (dom af 29.3.2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl., C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190, præmis 98).

214 Dette er tilfældet i denne sag. Biogaran var Serviers helejede datterselskab, da Biogaran-aftalen blev indgået, og den formodning, der følger af denne konstatering, er ikke blevet afkræftet (jf. i denne retning dom af 10.9.2009, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60-65). Det skal således fremhæves, at Biogaran ikke har godtgjort, at selskabet fastlagde sin handelspolitik uafhængigt af Servier. De ovenfor gennemgåede beviser vedrørende eksistensen af en uadskillelig tilknytning mellem aftalen og forliget bekræfter, at Servier havde en afgørende indflydelse på Biogaran og rent faktisk brugte denne magt. Med henblik på at illustrere Biogarans uafhængighed af Servier har sagsøgeren gjort gældende, at Biogarans direktører aldrig har haft funktioner hos Servier. Dette forhold giver imidlertid ikke mulighed for at afkræfte formodningen for, at Servier rent faktisk har udøvet en afgørende indflydelse på Biogaran (jf. i denne retning dom af 16.9.2013, Roca mod Kommissionen, T-412/10, EU:T:2013:444, præmis 76). Hvad angår de øvrige omstændigheder, som sagsøgeren har gjort gældende, om, at selskabet handlede selvstændigt på markedet gennem andre lokaler, mærker og aktiver end Serviers samt som generikaproducerende selskab, viser disse alene, at Biogaran er en anden juridisk person end Servier, men de kan ikke afkræfte formodningen for, at Servier udøver en afgørende indflydelse på Biogaran.

215 Biogaran var således, da Biogaran-aftalen og Servier-Niche-forliget blev indgået, Serviers datterselskab og udgjorde i konkurrenceretlig forstand en og samme virksomhed med sit moderselskab.

216 Kommissionen kunne følgelig under anvendelse af begrebet »virksomhed« med føje fastslå, at Servier og Biogaran var solidarisk ansvarlige for den adfærd, de blev foreholdt, eftersom de handlinger, som de hver især havde foretaget, dermed kunne være foretaget af en og samme virksomhed (jf. i denne retning dom af 20.3.2002, HFB m.fl. mod Kommissionen, T-9/99, EU:T:2002:70, præmis 524 og 525, og af 12.12.2007, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, T-112/05, EU:T:2007:381, præmis 62; jf. ligeledes i denne retning og analogt dom af 6.3.1974, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, 6/73 og 7/73, EU:C:1974:18, præmis 41, og af 16.11.2000, Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, C-294/98 P, EU:C:2000:632, præmis 26-28).

217 Den omstændighed, at den overtrædelse af artikel 101 TEUF, som Kommissionen fastslog, i den foreliggende sag delvist følger af moderselskabets adfærd og delvist af datterselskabets adfærd, skønt overtrædelsen i de situationer med solidarisk hæftelse hos moderselskabet og datterselskabet, der oftest forelægges Unionens retsinstanser, følger af datterselskabets adfærd alene, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion.

218 Såfremt det er muligt at tilregne moderselskabet ansvaret for en overtrædelse, som datterselskabet har begået, og følgelig at gøre disse to selskaber solidarisk ansvarlige for den overtrædelse, der er begået af den virksomhed, som de udgør, uden at princippet om personligt ansvar tilsidesættes, gør dette sig således også umiddelbart gældende, når den overtrædelse, der er begået af den økonomiske enhed, som moderselskabet og datterselskabet udgør, følger af et sammenfald af disse to selskabers adfærd.

219 Som Kommissionen med føje har anført, kunne den anfægtede afgørelse være blevet sendt til Servier for Biogarans overtrædelse som medansvarlig, selv om ingen oplysninger godtgjorde, at Servier var involveret i denne overtrædelse. Så meget desto mere kunne den anfægtede afgørelse være blevet stilet til Servier som moderselskab og til dets datterselskab som solidarisk ansvarlige, eftersom de to selskaber hver især deltog direkte i overtrædelsen.

220 Kommissionen konkluderede således med føje, at Biogaran-aftalen og Servier-Niche-forliget blev indgået mellem de samme virksomheder, nemlig på den ene side Servier-koncernen og på den anden side Niche, og at overtrædelsen af artikel 101 TEUF skulle tilregnes Servier-koncernen, hvilket begrundede den solidariske hæftelse for Servier som moderselskab og dets datterselskab Biogaran, hvis respektive handlinger havde ført til overtrædelsens gennemførelse. Denne konklusion gælder så meget desto mere, når to selskabers handlinger er nært forbundne som følge af den af Kommissionen godtgjorte uadskillelige tilknytning mellem Biogaran-aftalen og Servier-Niche-forliget.

221 Biogaran har med urette gjort gældende, at selskabet ikke skulle tilregnes et solidarisk ansvar for overtrædelsen, idet det ikke havde kendskab til sit moderselskabs handlinger.

222 For det første hviler dette klagepunkt på den urigtige forudsætning om, at Biogaran blev tilregnet ansvaret for den overtrædelse, som moderselskabet begik. Som ovenfor anført er denne forudsætning både faktisk og retlig urigtig.

223 For det andet skal det herefter bemærkes, at den afgørende indflydelse, som et moderselskab udøver på sit helejede datterselskab, giver anledning til en formodning for, at datterselskabets handlinger gennemføres i moderselskabets navn og på dettes vegne og dermed for den virksomhed, som de udgør. Eftersom Retten, som det fremgår af svaret på det ovenstående anbringende, har fastslået, at Biogaran hverken forfulgte en egentlig kommerciel interesse, da selskabet indgik Biogaran-aftalen, eller at det gennemførte en selvstændig strategi uden for moderselskabets kontrol, kunne Kommissionen med føje konkludere, at Biogaran-aftalen som yderligere incitament for Niche til at acceptere forliget med Servier var en del af den overtrædelse, som Biogaran havde deltaget direkte i, uden at det var fornødent at godtgøre, at Biogaran havde kendskab til Serviers handlinger eller samlede plan eller til overtrædelsens kendetegn.

224 Sagsøgeren har endvidere med urette påberåbt sig dom af 2. oktober 2003, Aristrain mod Kommissionen (C-196/99 P, EU:C:2003:529, præmis 99). Denne sag vedrørte nemlig ikke forholdet mellem et moderselskab og dets helejede datterselskab, men en og samme persons eller families ejerskab af hele selskabskapitalen i to forskellige erhvervsdrivende selskaber, hvilken omstændighed Unionens retsinstanser har fundet utilstrækkelig til i sig selv at bevise, at der består en økonomisk enhed mellem disse to selskaber, hvilket efter EU-konkurrenceretten har til følge, at den ene økonomiske enheds adfærd kan tilregnes den anden. Henvisningerne til dom af 8. juli 2008, AC-Treuhand mod Kommissionen (T-99/04, EU:T:2008:256), af 30. november 2011, Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (T-208/06, EU:T:2011:701), og af 10. oktober 2014, Soliver mod Kommissionen (T-68/09, EU:T:2014:867), er heller ikke relevante, da de ikke vedrører forholdet mellem moder- og datterselskab og en økonomisk enhed.

225 For det tredje ville begrebet økonomisk enhed, såfremt Kommissionen, som sagsøgeren har gjort gældende, skulle godtgøre, at datterselskabet havde kendskab til moderselskabets handlinger, for at koncernen kunne tilregnes overtrædelsen, endelig blive påvirket heraf. Det skal for hver del af den overtrædelse, der følger af hver af disse to selskabers adfærd, godtgøres, at datterselskabet havde kendskab til de af moderselskabet forfulgte formål, selv om selve virksomhedsbegrebet i EU-konkurrencerettens forstand ved formodningen for, at moderselskabet udøver en afgørende indflydelse på sit helejede datterselskab, forudsætter, at datterselskabet handler inden for rammerne af det samme formål, som moderselskabet forfølger, samt under dettes ledelse og kontrol. Som Domstolen har fastslået, er betingelsen for, at virksomheden tilskrives alle dele af forskellige ulovlige handlinger, som udgør hele kartellet, opfyldt, når hver del har bidraget til gennemførelsen heraf, selv

underordnet, accessorisk eller passivt (jf. i denne retning dom af 26.1.2017, Duravit m.fl. mod Kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, præmis 117-126, og af 8.7.2008, AC-Treuhand mod Kommissionen, T-99/04, EU:T:2008:256, præmis 133).

226 Såfremt sagsøgerens opfattelse tiltrædes, gøres det vanskeligere at konstatere overtrædelser af konkurrenceretten inden for en virksomhedskoncern, idet formodningen for, at moderselskabet kontrollerer sit helejede datterselskab, tilsigter at undgå, at ulovlig adfærd alene tilregnes de datterselskaber, der er direkte ansvarlige herfor, og at de derfor undgår at blive pålagt sanktioner på koncernniveau. Det ville nemlig være tilstrækkeligt for et moderselskab at fordele den ulovlige adfærd mellem sig selv og datterselskabet og påstå, at datterselskabet ikke havde kendskab til moderselskabets handlinger, hvorefter en overtrædelse, der fulgte af datterselskabets direkte deltagelse i en lovovertrædelse, alene ville blive tilregnet datterselskabet. Dette ville føre til en mindre effektiv bekæmpelse af konkurrencebegrænsende praksis, som ikke kan begrundes med overholdelsen af princippet om personligt ansvar for overtrædelser.

227 Det følger af det ovenstående, at sagsøgerens argumentation om, at Kommissionen med urette og i strid med princippet om personligt ansvar pålagde selskabet ansvaret for moderselskabets ulovlige handlinger, er såvel faktisk som retligt ubegrundet. Kommissionen tilregnede således ikke Biogaran den overtrædelse, som moderselskabet blev foreholdt, idet overtrædelsen blev tilregnet Servier-koncernen, men fastslog ligeledes med føje, at det var ufornødent at godtgøre, at Biogaran havde kendskab til moderselskabets handlinger.

228 I modsætning til, hvad sagsøgeren i retsmødet har gjort gældende til støtte for det anbringende, som selskabet fremsatte heri, om, at den anfægtede afgørelse var behæftet med en utilstrækkelig og selvmodsigende begrundelse, er den nævnte afgørelse ikke behæftet med sådanne mangler. Det fremgår således klart af denne afgørelse, navnlig af 1349., 3007. og 3011. betragtning hertil, at Kommissionen fastslog, at den for overtrædelsen ansvarlige enhed var virksomheden som omhandlet i artikel 101 TEUF, som blev udgjort af Servier og dets helejede datterselskab Biogaran, og at det var ufornødent at godtgøre Biogarans kendskab til forligets konkurrencebegrænsende karakter for at tilregne »virksomheden« ansvaret for overtrædelsen. Selv om det, som Biogaran har anført under retsmødet, er korrekt, at Kommissionen i sine processkrifter har anført, at der var en formodning for, at Biogaran havde kendskab til Serviers handlinger, og at en sådan analyse kan bestrides, fordi et datterselskab principielt ikke kan formodes at have kendskab til moderselskabets adfærd, fremgår en sådan begrundelse ikke af den anfægtede afgørelse, hvori det blot fastslås, at Biogaran, der var Serviers helejede datterselskab, formodes at handle under Serviers indflydelse og kontrol, og at der findes oplysninger, hvoraf fremgår Biogarans direkte deltagelse i den overtrædelse, som den pågældende økonomiske enhed begik.

229 For fuldstændighedens skyld bemærkes, at selv om det lægges til grund, at Kommissionen skulle godtgøre, at Biogaran havde kendskab til Serviers handlinger og til Servier-Niche-forligets ulovlige karakter, fremgår det af sagsakterne, at Kommissionen har ført tilstrækkeligt bevis herfor.

230 Det skal først bemærkes, at en virksomhed ligeledes kan have deltaget direkte i blot en del af den konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, men have haft kendskab til al den øvrige konkurrencebegrænsende adfærd, som de øvrige karteldeltagere havde planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller med rimelighed kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko. I et sådant tilfælde kan Kommissionen også med føje pålægge denne virksomhed ansvaret for hele den samlede konkurrencebegrænsende adfærd, som en sådan overtrædelse består af, og hermed overtrædelsen i sin helhed (jf. dom af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 158 og den deri nævnte retspraksis, og af 26.1.2017, Duravit m.fl. mod Kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, præmis 119).

231 Hvis en virksomhed derimod har været direkte involveret i en eller flere af de former for konkurrencebegrænsende adfærd, som den samlede og vedvarende overtrædelse består af, men det ikke er godtgjort, at virksomheden ved sin egen adfærd havde til hensigt at bidrage til samtlige de fælles mål, som de øvrige karteldeltagere forfulgte, og at den havde haft kendskab til al den øvrige konkurrencebegrænsende adfærd, som de nævnte deltagere havde planlagt eller udvist med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed kunne forudse dem og var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko, kan Kommissionen kun med føje pålægge virksomheden ansvaret for den adfærd, som den direkte har deltaget i, og for den adfærd, som de øvrige deltagere havde planlagt eller udvist med de samme mål for øje, som virksomheden forfulgte, og hvorom det er godtgjort, at virksomheden havde kendskab til eller med rimelighed kunne forudse adfærden og var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko (jf. dom af 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2015:416, præmis 159 og den deri nævnte retspraksis, og af 26.1.2017, Duravit m.fl. mod Kommissionen, C-609/13 P, EU:C:2017:46, præmis 120).

232 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen godtgjort, at Biogaran havde kendskab til, at Biogaran-aftalen tilsigtede at bidrage til gennemførelsen af målet med at udelukke Niche fra markedet. Med de indhentede oplysninger, som er nævnt i 1351. betragtning til den anfægtede afgørelse, om Biogaran-aftalens karakter af incitament, og som Biogaran ikke virksomt kunne anfægte som led i anbringendet om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, har Kommissionen ved ligeledes at anføre, at Biogaran, der var Serviers helejede datterselskab, ikke kunne handle selvstændigt, godtgjort, at Biogaran-aftalen kun kunne anses for et yderligere incitament for Niche, hvilket incitament karakter Biogaran ikke kunne være ubekendt med.

233 Som det fremgår af gennemgangen af anbringendet om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, har Biogaran ikke anført en sandsynlig forklaring, der begrunder indgåelsen af denne aftale sammen med Servier-Niche-forliget. Selskabet kan således ikke virksomt gøre gældende, at det ikke havde kendskab til aftalen og forligets ulovlige karakter. Formålet med at udelukke Niche fra markedet, som blev opnået ved betydelige betalinger, havde nemlig en konkurrencebegrænsende karakter, som var åbenbar for forhandlerne af aftalen og forliget.

234 Det følger af det ovenstående, at dette anbringende må forkastes, uden at det er fornødent at tage hensyn til de argumenter, som Kommissionen har anført i sit svarskrift, vedrørende faktiske omstændigheder, der ligger senere end indgåelsen af Biogaran-aftalen.

C. Anbringendet om, at Kommissionen begik en retlig fejl ved at pålægge Biogaran en bøde

1. Parternes argumenter

a) Sagens nye, uforudsigelige og komplekse karakter

235 Sagsøgeren har på grundlag af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, der er fastsat i artikel 7 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder samt i artikel 49 i chartret om grundlæggende rettigheder, gjort gældende, at Kommissionen kun kan pålægge sanktioner for praksis, der på tidspunktet for de faktiske omstændigheder er defineret som en overtrædelse. Sagsøgeren har endvidere anført, at det følger af Kommissionens beslutningspraksis, at en bøde ikke kan pålægges, når karakteren af de konstaterede overtrædelser er relativt ny, og når der ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder forelå et fortilfælde, der klart fastsatte, at den pågældende adfærd var ulovlig, eller når der er tale om en ny tilgang ud fra de fastsatte principper.

236 Sagsøgeren har ligeledes anført, at Kommissionen ikke kunne pålægge en bøde for en praksis, hvis kvalificering ikke var klar på tidspunktet for de faktiske omstændigheder. Den anfægtede afgørelse er således støttet på en ny og uforudsigelig kritik af Servier-Niche-forliget. Sagsøgeren har gjort gældende, at der ikke på tidspunktet for de faktiske omstændigheder forelå et fortilfælde, og at Biogaran derfor ikke kunne formode, at en sådan aftale og et sådant forlig ville blive kvalificeret som ulovlige.

237 Kommissionen har fremhævet, at fastsættelsen af de overtrædelser, der er foreskrevet i artikel 101 TEUF, bogstaveligt antyder, at den pågældende praksis, nemlig udelukkelsen af en konkurrent fra markedet mod en værdioverførsel, er konkurrencebegrænsende. Kommissionen har henvist til de relevante afsnit i den anfægtede afgørelse for at anføre, at det på tidspunktet for indgåelsen af aftalen og forliget stod fast, at en praksis, der tilsigter at udelukke konkurrenter fra markedet, sandsynligvis anses for konkurrencebegrænsende (3092. betragtning til den anfægtede afgørelse).

238 Kommissionen har gjort gældende, at drøftelserne inden for virksomheden Servier på tidspunktet for de faktiske omstændigheder vedrørende forligets forenelighed med konkurrenceretten klart viser et kendskab til aftalens og forligets potentielt konkurrencebegrænsende karakter.

239 Endelig kan den omstændighed, at parternes juridiske rådgivere ikke identificerede risikoen for en overtrædelse, ikke medføre, at virksomheden fritages for pålæggelse af en bøde, da virksomheden ikke kunne være uvidende om denne adfærds konkurrencebegrænsende karakter.

b) Bødens uforholdsmæssige karakter

240 Sagsøgeren har under alle omstændigheder gjort gældende, at bøden er åbenbart uforholdsmæssig i betragtning af, at Biogaran spillede en mindre rolle i gennemførelsen af den angivelige overtrædelse. Selskabet har på grundlag af retspraksis fremhævet, at det ved vurderingen af overtrædelsens grovhed og, i givet fald, ved udmålingen af bøden skal tages i betragtning, at en virksomhed eventuelt ikke har deltaget i samtlige de elementer, som skal være til stede, for at der er tale om en konkurrencebegrænsende aftale, eller at den eventuelt kun har spillet en mindre rolle i de elementer, som den har deltaget i.

241 Ved at pålægge en sanktion uden at tage hensyn til Biogarans begrænsede bidrag til den angivelige overtrædelse har Kommissionen åbenbart tilsidesat proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet. Bødens grovhed er nemlig i strid med ligebehandlingsprincippet, der kræver, at ensartede situationer ikke behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet.

242 Ved at holde Biogaran solidarisk ansvarlig for hele den bøde, der er pålagt moderselskabet, selv om de objektive omstændigheder, der kendetegner de to selskabers deltagelse, ikke kunne sammenlignes, har Kommissionen tilsidesat ligebehandlingsprincippet. Servier er nemlig blevet pålagt sanktioner for en konkurrencebegrænsende adfærd, hvorimod Kommissionen pålagde Biogaran en sanktion for en handling, der ikke i sig selv er konkurrencebegrænsende. Hertil kommer, at selv hvis det antages, at Biogaran-aftalen er en del af det angiveligt konkurrencebegrænsende forlig, udgør den værdioverførsel til Niche, som Kommissionen har kritiseret, i alt 13,8 mio. GBP, mens Biogaran kun bidrog hertil med 2,5 mio. GBP.

243 Sagsøgeren har endvidere fremhævet, at den bøde, som selskabet blev pålagt for sin indirekte deltagelse i en angiveligt konkurrencebegrænsende aftale, er så uforholdsmæssig, at den meget klart overstiger de samlede økonomiske sanktioner, der er pålagt de fem øvrige generikaproducerende selskaber (nemlig 96,6 mio. EUR), som derimod deltog direkte i forligene.

244 Endelig er afgørelsen behæftet med en retlig fejl, for så vidt som værdien af moderselskabets afsætning (476 mio. EUR) lægges til grund for Biogaran, selv om dette selskab ikke selv havde nogen afsætning. Sagsøgeren har således gjort gældende, at Kommissionen i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet skulle have anvendt samme ræsonnement for Biogaran som for de øvrige generikaproducerende selskaber. Såfremt Kommissionen havde taget hensyn til den værdi, der blev overført i medfør af Biogaran-aftalen, dvs. 2,5 mio. GBP, skulle den bøde, som Biogaran blev pålagt, således divideres med mere end 150.

245 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at Biogaran ikke handlede som en uafhængig og adskilt enhed i forhold til Servier-koncernen. Biogaran handlede som en integrerende del af Servier-koncernen, og derfor blev virksomheden Servier som helhed holdt ansvarlig for overtrædelsen. Kommissionen har ligeledes anført, at Biogaran spillede en ligeså kausal rolle som moderselskabet.

246 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at det ikke er relevant at sammenligne bøder pålagt generikaproducerende selskaber med Biogarans, eftersom sidstnævnte i denne sag handlede som en del af samme virksomhed som Servier. Det handlede som et originalmedicinproducerende selskab, som forsøger at bevare sit monopol, i en anden stilling end de generikaproducerende selskaber, der mod en betydelig betaling accepterede ikke at indtræde på markedet.

c) Bødens loft på 10%

247 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 ved at pålægge Biogaran solidarisk hæftelse for betalingen af en bøde på 131,5 mio. EUR, dvs. næsten 18% af selskabets omsætning, for angiveligt at have »tilskyndet« Niche til at indgå forliget.

248 Kommissionen har med henvisning til retspraksis gjort gældende, at bødeloftet på 10% skal beregnes på grundlag af omsætningen i alle de selskaber, der udgjorde den selvstændige økonomiske enhed, der har handlet som virksomhed i artikel 101 TEUF's forstand. Kommissionen begik således ikke en fejl ved at tage hensyn til Servier-koncernens omsætning.

249 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at den beregningsmetode, der er anvendt for de generikaproducerende selskaber, ikke kan anvendes for Biogaran. Biogaran handlede nemlig til støtte for patentindehaveren og bidrog til at betale et generikaproducerende selskab for at tilskynde det til ikke at indtræde på moderselskabets marked, hvilket ikke kan sammenlignes med den rolle, som de generikaproducerende selskaber spillede.

2. Rettens bemærkninger

a) Sagens nye, uforudsigelige og komplekse karakter

250 Det fremgår af retspraksis, at princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, kræver, at loven klart skal definere overtrædelserne og den straf, de medfører. Denne betingelse er opfyldt, når borgerne ud fra den relevante bestemmelses ordlyd og, om fornødent, ved hjælp af retternes fortolkning heraf kan vide, hvilke handlinger og undladelser der medfører strafansvar (jf. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

251 Princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, kan ikke fortolkes således, at det forbyder en gradvis klarlægning af reglerne om straffeansvar, ved at domstolene fortolker reglerne fra sag til sag, forudsat at resultatet med rimelighed kunne forudses på det tidspunkt, da overtrædelsen

blev begået, navnlig henset til den på dette tidspunkt i retspraksis anlagte fortolkning af den pågældende lovbestemmelse (jf. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

252 Rækkevidden af begrebet om forudsigelighed afhænger i vidt omfang af indholdet af den relevante bestemmelse, det område, den omfatter, samt antallet af dens adressater og disses karakter. Loven kan være forudsigelig, uanset at den berørte person finder det nødvendigt at søge faglig bistand med henblik på i et efter sagens omstændigheder rimeligt omfang at kunne vurdere de følger, en bestemt handling vil kunne have. Dette gælder særligt for erhvervsdrivende, der er vant til at måtte udvise stor forsigtighed ved udøvelsen af deres erhverv. Det kan derfor af disse forventes, at de udviser særlig omhu ved vurderingen af de risici, som erhvervet indebærer (jf. dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

253 Det skal tilføjes, at det synes så meget desto mere åbenlyst at søge faglig bistand, når der som i det foreliggende tilfælde er tale om forberedelse og affattelse af en licensaftale, der bliver en del af et forlig af en tvist.

254 Selv om Unionens retsinstanser på tidspunktet for de overtrædelser, der blev fastslået i den anfægtede afgørelse, endnu ikke havde haft anledning til at tage specifikt stilling til et forlig og en licensaftale som dem, der karakteriserer de af Servier, Niche og Biogaran indgåede, burde selskabet i denne sammenhæng, om fornødent efter at have søgt faglig bistand, have forventet, at den virksomheds adfærd, hvortil det bidrog med Biogaran-aftalen, kunne være uforenelig med EU-rettens konkurrenceregler, bl.a. henset til den brede betydning af begreberne »aftale« og »samordnet praksis«, som følger af Domstolens praksis (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 43).

255 Biogaran kunne navnlig formode, at den omstændighed, at selskabets moderselskab undergav Niche ikke-markedsførings- og ikke-anfægtelsesklausuler, der i sig selv er konkurrencebegrænsende, fratog indsættelsen af sådanne klausuler i et forlig vedrørende et patent enhver legitimitet. En sådan indsættelse var nemlig ikke støttet på aftaleparternes anerkendelse af patentets gyldighed og udgjorde således en usædvanlig anvendelse af patentet, som ikke havde forbindelse til dets konkrete formål (dom af dags dato, Servier m.fl. mod Kommissionen, T-691/14). Sagsøgeren kunne ligeledes formode, at den omstændighed, at Niche med Biogaran-aftalen fik et yderligere incitament, kunne styrke de begrænsende virkninger af det forlig, som moderselskabet indgik. Sagsøgeren kunne således med rimelighed forudse, at selskabet udviste en adfærd, der var omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 46, og af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, appelleret, EU:T:2016:449, præmis 764).

256 Det skal endvidere bemærkes, at retspraksis meget før indgåelsen af aftalen og forliget havde taget stilling til anvendelsen af konkurrenceretten på områder, der er kendetegnet ved tilstedeværelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (jf. i denne retning dom af 8.9.2016, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen, T-471/13, ikke trykt i Sml., appelleret, EU:T:2016:460, præmis 314 og 315).

257 Domstolen har således siden 1974 fundet, at selv om de rettigheder, der hjemles ved en medlemsstats lovgivning på området for industriel ejendomsret, ikke blev berørt i deres eksistens af artikel 101 TEUF, kunne betingelserne for udøvelsen heraf imidlertid falde ind under de forbud, som er indeholdt i denne artikel, og at dette kunne være tilfældet, når som helst udøvelsen af en sådan rettighed fremtrådte som formål med, middel til eller følge af en kartelaftale (dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, præmis 39 og 40).

258 Desuden har det siden dom af 27. september 1988, Bayer og Maschinenfabrik Hennecke (65/86, EU:C:1988:448), stået klart, at forlig i patenttvister kan kvalificeres som aftaler i artikel 101 TEUF's forstand.

259 Det skal endvidere fremhæves, at Niche, Servier og Biogaran med den omtvistede aftale og det omtvistede forlig i virkeligheden besluttede aftaler om udelukkelse fra markedet (dom af dags dato, Servier m.fl. mod Kommissionen, T-691/14). Selv om det er korrekt, at Domstolen først i en dom afsagt efter indgåelsen af de omtvistede aftaler fastslog, at aftaler om udelukkelse fra markedet, hvori de tilbageblivende betaler erstatning til de udtrædende, udgør aftaler med konkurrencebegrænsende formål, har den imidlertid præciseret, at denne type aftaler er »åbenbart« i strid med den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet (dom af 20.11.2008, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 8 og 32-34). Ved indgåelsen af en aftale som Biogaran-aftalen kunne sagsøgeren således ikke være ubekendt med sin adfærds konkurrencebegrænsende karakter.

260 Selv om det, idet aftalen mellem Niche og Servier blev indgået som et forlig i en patenttvist, og Biogaran-aftalen fremstod som en licens- og forsyningsaftale, for en udefrakommende som Kommissionen ganske vist ikke forekom åbenbart, at disse aftaler var ulovlige, gælder det samme imidlertid ikke for parterne i aftalen og forliget.

261 På baggrund af alle de ovenstående overvejelser skal det fastslås, at Biogaran, selv om selskabet ikke var aktivt på markedet for perindopril, der berøres af konkurrencebegrænsningen, rimeligvis kunne forudse, at forbuddet i artikel 101 TEUF fandt anvendelse.

262 Sagsøgerens andre argumenter rejser ikke tvivl om denne konklusion.

263 For det første har sagsøgeren, selv om selskabet har henvist til, at der foreligger en juridisk udtalelse, som det havde indhentet fra Francis Jacobs, ikke fremlagt tilstrækkelige oplysninger til, at det på denne baggrund kan fastslås, at der forelå en reel usikkerhed om Biogaran-aftalens og Servier-Niche-forligets ulovlige karakter i forhold til EU-reglerne på konkurrenceområdet. Selv om Francis Jacobs' udtalelse således anerkender, at Kommissionens analyse er ny, og at et sådant »analyseskema« ganske vist aldrig er blevet anvendt af Unionens retsinstanser, har han vurderet, at Kommissionens retsopfattelse principielt er begrundet.

264 Denne retlige udtalelse bestrider endvidere ikke, at artikel 101 TEUF bogstaveligt antyder, at den pågældende praksis, nemlig udelukkelsen af en konkurrent fra markedet, er uforenelig med konkurrenceretten. Kommissionen har ligeledes i 597. betragtning til den anfægtede afgørelse med føje anført, at den omtvistede aftales og det omtvistede forligs forenelighed med konkurrenceretten havde skabt tvivl hos Servier.

265 For det andet må argumentet om, at Kommissionen har en praksis om, at den undlader at pålægge bøder eller blot pålægger symbolske bøder, når den undersøger komplekse retsspørgsmål, der ikke tidligere er afgjort af Unionens retsinstanser, forkastes. Selv om visse af de spørgsmål, der er rejst i nærværende sag, er nye, kunne Biogaran i det foreliggende tilfælde hverken være uvidende om, at Serviers strategiske plan var konkurrencebegrænsende (præmis 229-234 ovenfor), eller at selskabet, fordi det var helejet af Servier, som dettes datterselskab kunne forvente sine handlinger tilregnet den virksomhed, som Servier og dets datterselskab udgjorde. Kommissionen har endvidere i duplikkens punkt 80 med rette præciseret, at afgørelsens længde og den administrative procedures varighed ganske vist afspejler de faktiske omstændigheders kompleksitet, men ikke er bevis for, at overtrædelsen var uforudsigelig.

266 Det følger under alle omstændigheder af retspraksis, at Kommissionen har et skøn i forbindelse med udmålingen af bøder, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne. Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser – tilfælde af symbolske bøder for overtrædelser af ukendt karakter – kan ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 1/2003 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre EU's konkurrencepolitik. For at EU's konkurrenceregler kan anvendes effektivt, må Kommissionen tværtimod til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikkens krav (dom af 8.9.2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, appelleret, EU:T:2016:449, præmis 773).

267 For det tredje kan sagsøgeren ikke påberåbe sig den omstændighed, at selskabets juridiske rådgiver kvalificerede den adfærd, hvorpå konstateringen af overtrædelsen er støttet, juridisk urigtigt. Den fejl, som den sanktionspålagte virksomheds rådgiver begik, kan nemlig ikke fritage for en bødepålæggelse, eftersom virksomheden ikke kunne være uvidende om, at den nævnte adfærd havde konkurrencebegrænsende karakter (jf. i denne retning dom af 18.6.2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 37).

268 For det fjerde og i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, kunne Biogaran-aftalens undertegnere kun opfatte denne aftales klausuler som en yderligere konkurrencebegrænsning. Selv om sagsøgeren har gjort gældende, at denne aftales klausuler ikke er »omtvistet«, kunne selskabet således forstå, at aftalen, henset til, at den sammenlignet med andre licensaftaler indeholdt usædvanlige klausuler og ikke fastsatte en egentlig modydelse for betalingen, ikke havde andet formål end at afholde en potentiel konkurrent til Servier fra at indtræde på markedet for perindopril og dermed udgjorde en overtrædelse af konkurrenceretten.

269 Det følger af det ovenstående, at dette klagepunkt må forkastes.

b) Bødens uforholdsmæssige karakter

270 Det skal bemærkes, at Biogarans kritik af størrelsen af den bøde, som selskabet blev pålagt solidarisk med sit moderselskab, og som det finder uforholdsmæssig, er støttet på en opfattelse om, at Biogaran er blevet tilregnet den overtrædelse, som moderselskabet begik, og at Biogaran blev pålagt sanktioner herfor som en juridisk person, der var forskellig fra Servier, skønt Biogarans handlinger var mindre alvorlige end moderselskabets, og selskabets deltagelse i overtrædelsen var væsentligt mindre end moderselskabets.

271 Denne opfattelse er, som det er bemærket som svar på det første anbringende, urigtig.

272 Som Kommissionen med føje har gjort gældende, handlede Biogaran nemlig ikke som en uafhængig og adskilt enhed i forhold til Servier-koncernen, men som en integrerende del af denne koncern under moderselskabets kontrol. Selv om Kommissionen fastslog, at Biogaran deltog direkte i overtrædelsen, og at Biogaran-aftalen havde afgørende betydning ved gennemførelsen af Servier-Niche-forligets konkurrencebegrænsende virkninger, holdt den imidlertid ikke Biogaran ansvarlig for overtrædelsen som selvstændig juridisk person, der var adskilt fra Servier-koncernen. Den omtvistede bøde blev pålagt den virksomhed som omhandlet i artikel 101 TEUF, som udgøres af datterselskabet og moderselskabet, der er solidarisk ansvarlige for overtrædelsen og for betalingen af den tilsvarende bøde, og bøden tilsigter ikke at pålægge sanktioner for konkurrencebegrænsende handlinger, der kan tilskrives hvert af disse to selskaber som forskellige juridiske personer.

273 Datterselskabets og moderselskabets solidariske hæftelse for betaling af bøden, hvorpå den anfægtede afgørelses dispositive del er støttet, hvis artikel 7, stk. 1, litra b), vedrører Servier og Biogaran, der hæfter solidarisk for betalingen af 131 532 600 EUR, kan ikke fortolkes således, at Biogaran er pålagt ansvaret for den overtrædelse, som moderselskabet begik.

274 Det skal nemlig bemærkes, at den solidariske hæftelse for betaling af bøden blot er et udtryk for virkningen af virksomhedsbegrebet, der identificerer den enhed, som Kommissionen kan pålægge sanktioner for en overtrædelse af EU-konkurrenceretten (dom af 10.4.2014, Kommissionen m.fl. mod Siemens Österreich m.fl., C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2014:256, præmis 57, og af 10.4.2014, Areva m.fl. mod Kommissionen, C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 122-124). Selskaber kan således pålægges solidarisk hæftelse for betaling af en bøde, for så vidt som de kan anses for personligt ansvarlige for deltagelse i den overtrædelse, som den samlede virksomhed, de udgør, har begået (dom af 10.4.2014, Kommissionen m.fl. mod Siemens Österreich m.fl., C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2014:256, præmis 49).

275 Det er endvidere uden betydning, at det personlige ansvar, som flere selskaber ifalder, fordi overtrædelsen begås, ikke er det samme for hvert af dem, eftersom de i overtrædelsesperioden udgjorde en samlet virksomhed (dom af 3.3.2011, Areva m.fl. mod Kommissionen, T-117/07 og T-121/07, EU:T:2011:69, præmis 206). Kommissionens sanktionsbeføjelser kan endvidere ikke udvides til at fastsætte de kvoteandele, som de solidarisk hæftende meddebitorer skal bære som led i deres indbyrdes forhold (dom af 10.4.2014, Kommissionen m.fl. mod Siemens Österreich m.fl., C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2014:256, præmis 58, og af 10.4.2014, Areva m.fl. mod Kommissionen, C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 151). Biogaran har i retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten desuden anført, at selskabets moderselskab havde betalt hele den i artikel 7, stk. 1, litra b), i den anfægtede afgørelse omhandlede bøde.

276 Kommissionen har ved at pålægge den økonomiske enhed, der udgøres af moderselskabet og dets helejede datterselskab, bøden og ved at tage hensyn til værdien af Servier-koncernens afsætning således fulgt Unionens retsinstansers faste praksis og har ikke begået en retlig fejl (jf. i denne retning dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 145-148 og den deri nævnte retspraksis, og af 23.1.2014, Evonik Degussa og AlzChem mod Kommissionen, T-391/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:22, præmis 129-135).

277 Ud fra de samme betragtninger kan sagsøgeren heller ikke gøre gældende, at selskabet blev pålagt bøden under tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

278 Eftersom hverken Biogaran eller Servier blev pålagt sanktioner for deres adfærd som adskilte juridiske personer, er sammenligningen mellem Serviers og Biogarans situation irrelevant.

279 Eftersom Biogaran alene blev pålagt solidarisk hæftelse for betalingen af bøden som en integrerende del af den økonomiske enhed, som selskabet udgjorde med Servier, kunne selskabets situation heller ikke sammenlignes med situationen for de generikaproducerende selskaber, der var adressater for den anfægtede afgørelse. Selv om den bøde, der er pålagt Servier-koncernen, er støttet på værdien af denne koncerns afsætning, kunne de bøder, der er pålagt disse selskaber, ikke beregnes på grundlag af samme parameter, eftersom disse selskaber ikke var på markedet på tidspunktet for den praksis, de foreholdes (dom af dags dato, Servier m.fl. mod Kommissionen, T-691/14).

280 Det klagepunkt, som Biogaran fremsatte i retsmødet, om, at Niche ikke blev pålagt sanktioner for Biogaran-aftalen, fordi Kommissionen ved beregningen af Niches bøde ikke tog hensyn til betalingen af 2,5 mio. GBP, må ligeledes forkastes. Dette klagepunkt blev nemlig først fremsat i retsmødet i forbindelse med ligebehandlingsprincippet, og det må således afvises, da der ikke foreligger en begrundelse for at fremsætte det på dette tidspunkt af sagens behandling. Som nævnt befandt Biogaran, Serviers datterselskab, sig ikke i en situation, der er sammenlignelig med situationen for de generikaproducerende selskaber, der som Niche indgik aftaler med Servier. Endelig kan den omstændighed, hvis den forudsættes godtgjort, at Kommissionen ikke pålagde Niche sanktioner, ikke fritage Biogaran for det ansvar, som selskabet pådrog sig for den overtrædelse, som blev begået af den virksomhed, som selskabet er en del af.

281 Det følger af det ovenstående, at dette klagepunkt må forkastes.

c) Bødens loft på 10%

282 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 ved at pålægge selskabet en bøde, der er større end 10% af dets årlige omsætning, og at Kommissionen har lagt værdien af selskabets moderselskab, Serviers, afsætning til grund (dvs. 476 mio. EUR), selv om selskabet ikke selv har haft nogen afsætning.

283 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at loftet fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 skal beregnes på grundlag af den sammenlagte omsætning i alle de selskaber, der udgjorde den økonomiske enhed, der handlede som virksomhed i artikel 101 TEUF's forstand (jf. dom af 8.5.2013, Eni mod Kommissionen, C-508/11 P, EU:C:2013:289, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis, og af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen, C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 172 og 173 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes i denne retning dom af 26.11.2013, Groupe Gascogne mod Kommissionen, C-58/12 P, EU:C:2013:770, præmis 56).

284 En sanktions proportionalitet skal nemlig bl.a. vurderes på grundlag af den afskrækkelsesfaktor, som tilsigtes ved pålæggelsen heraf, og det er med henblik på denne vurdering nødvendigt at tage højde for dette sammenlagte tal for at tage hensyn til den pågældende virksomheds økonomiske formåen (jf. i denne retning dom af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 83 og 84).

285 I det foreliggende tilfælde fremgår det af de ovenstående betragtninger, at den pågældende virksomhed blev udgjort af sagsøgeren og dette selskabs moderselskab, Servier, idet disse to selskaber sammen udgjorde en samlet økonomisk enhed (jf. præmis 206-234 ovenfor). I overensstemmelse med de ovenfor i præmis 283 anførte principper lagde Kommissionen følgelig den samlede omsætning hos Servier S.A.S., Servier-koncernens moderselskab, til grund for perioden fra den 1. oktober 2012 til den 30. september 2013 med henblik på anvendelsen af nævnte loft på 10% af omsætningen (3144. betragtning til den anfægtede afgørelse).

286 Eftersom denne omsætning udgjorde lidt mere end 4 mia. EUR, finder Retten, at den bøde på 131 532 600 EUR, som sagsøgeren blev pålagt som solidarisk hæftende med moderselskabet, ikke åbenbart oversteg dette loft.

287 Dette klagepunkt samt dette anbringende som helhed må derfor forkastes.

288 Det følger af de ovenstående betragtninger, at Kommissionen skal frifindes i det hele, herunder, og henset til sagens omstændigheder, for påstandene om, at Retten under udøvelse af sin fulde prøvelsesret annullerer eller nedsætter bøden.

Sagsomkostninger

289 Ifølge artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det pålægges denne at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Kommissionens påstand.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RETTEN (Niende Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Biogaran betaler sagsomkostningerne.

Gervasoni Madise da Silva Passos

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

Underskrifter

Indhold

I. Tvistens baggrund 1

A. Perindopril 2

1. Molekylepatentet 2

2. Sekundære patenter 2

3. Anden eneration af perindopril 2

B. Sagsøgeren 3

C. Niches virksomhed vedrørende perindopril 3

D. Tvister vedrørende perindopril 3

1. Tvister for EPO 3

2. Tvister for de nationale retsinstanser 3

E. Forligene 4

1. Forlig indgået mellem Niche, Unichem, Matrix og Servier 4

2. Aftalen mellem Niche og Biogaran 5

F. Sektorundersøgelsen 6

G. Den administrative procedure og den anfægtede afgørelse 6

II. Retsforhandlinger og parternes påstande 7

III. Formaliteten 8

A. Den tredje påstand, hvormed sagsøgeren har anmodet om at drage fordel af enhver annullation af den anfægtede afgørelse som led i søgsmålet anlagt af Servier 8

B. Muligheden for at antage visse bilag til svarskriftet og beviser fremlagt i svarskriftet til realitetsbehandling 9

1. Parternes argumenter 9

2. Rettens bedømmelse 9

IV. Realiteten 11

A. Anbringendet om, at de faktiske omstændigheder er gengivet urigtigt, for så vidt som det i den anfægtede afgørelse med urette fastslås, at Biogaran-aftalen tjente som yderligere incitament for Niche til at indgå forliget med Servier 11

1. Parternes argumenter 11

a) Urigtig bedømmelse i analysen af forbindelsen mellem Biogaran-aftalen og forliget . 11

1) Historikken i forhandlingerne af aftalen og forliget . 11

2) Den juridiske forbindelse mellem forliget og Biogaran-aftalen . 12

3) Hensigten om at skabe incitamenter for Niche . 13

b) Hensyntagen til sagsøgerens kommercielle interesse i at indgå Biogaran-aftalen . 14

1) Produkt A . 14

2) Produkt B . 16

3) Produkt C . 16

2. Rettens bedømmelse . 17

a) Indledende bemærkninger . 17

b) Spørgsmålet, om Biogaran-aftalen udgør en tilskyndende fordel . 19

B. Anbringendet om de retlige fejl, der er begået, for så vidt som det ikke i den anfægtede afgørelse godtgøres, at Biogaran deltog i nogen som helst overtrædelse af konkurrencereglerne 27

1. Parternes argumenter . 27

a) Biogaran-aftalens retsstridige karakter . 27

b) Datterselskabets tilregnelse af ansvaret for moderselskabets handlinger . 27

c) Biogarans kendskab til Serviers overtrædelser . 28

2. Rettens bemærkninger . 30

C. Anbringendet om, at Kommissionen begik en retlig fejl ved at pålægge Biogaran en bøde . 34

1. Parternes argumenter . 34

a) Sagens nye, uforudsigelige og komplekse karakter . 34

b) Bødens uforholdsmæssige karakter . 35

c) Bødens loft på 10% . 36

2. Rettens bemærkninger . 36

a) Sagens nye, uforudsigelige og komplekse karakter . 36

b) Bødens uforholdsmæssige karakter . 39

c) Bødens loft på 10% 41

Sagsomkostninger 41