Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 25 mars 2021 *

”Överklagande – Konkurrens – Konkurrensbegränsande samverkan – Läkemedel – Marknaden för antidepressiva läkemedel (citalopram) – Förlikningsavtal avseende metodpatent som ingåtts mellan, å ena sidan, en tillverkare av originalläkemedel, tillika innehavare av dessa metodpatent, och, å andra sidan, tillverkare av generiska läkemedel – Artikel 101 FEUF – Potentiell konkurrens – Konkurrensbegränsning genom syfte – Kvalificering – Beräkning av bötesbelopp – Rätten till försvar – Skälig handläggningstid – Förlust av dokument på grund av tidens gång – Allmän omsorgsplikt – Förordning (EG) nr 1/2003 – Artikel 23.2 andra stycket – Övre gräns för böterna – Beaktande av det räkenskapsår som föregår det räkenskapsår då Europeiska kommissionen antog sitt beslut – Det sista hela räkenskapsåret med normal ekonomisk verksamhet”

I mål C-611/16 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 25 november 2016,

Xellia Pharmaceuticals ApS, Köpenhamn (Danmark),

Alpharma LLC, tidigare Zoetis Products LLC, Parsippany, New Jersey (Förenta staterna),

företrädda av D.W. Hull, solicitor,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska kommissionen, företrädd av F. Castilla Contreras, T. Vecchi, B. Mongin och C. Vollrath, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av B. Rayment och D. Bailey, barristers, G. Peretz, QC, och S. Kingston, SC,

svarande i första instans,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, inledningsvis företrätt av D. Guðmundsdóttir, Z. Lavery och D. Robertson, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av J. Holmes, QC, därefter företrätt av D. Guðmundsdóttir, i egenskap av ombud, biträdd av J. Holmes, QC,

intervenient i andra instans,

meddelar

* Rättegångsspråk: engelska.

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras samt domarna D. Šváby (referent), S. Rodin, K. Jürimäe och P.G. Xuereb,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: enhetschefen M. Aleksejev och handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 24 januari 2019,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Xellia Pharmaceuticals ApS och Alpharma LLC har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen (T-471/13, ej publicerad, EU:T:2016:460) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade tribunalen Xellia Pharmaceuticals ApS och Alpharma LLC:s talan *dels* om delvis ogiltigförklaring av Europeiska kommissionens beslut C(2013) 3803 slutlig av den 19 juni 2013 om ett förfarande enligt artikel 101 [FEUF] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende AT.39226 – Lundbeck) (nedan kallat det omtvistade beslutet), *dels* om nedsättning av de böter som klagandena påförts genom nämnda beslut.

Tillämpliga bestämmelser

Förordning (EG) nr 1/2003

2 Under rubriken ”Utredning av branscher och avtalstyper” föreskrivs följande i artikel 17.1 första stycket i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 och 102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1):

”Om utvecklingen av handeln mellan medlemsstater, prisstelhet eller andra omständigheter tyder på att konkurrensen inom den [inre] marknaden kan vara begränsad eller snedvriden, får kommissionen göra sin egen utredning av en särskild bransch eller av en särskild typ av avtal i olika branscher. Kommissionen får i samband därmed begära att de berörda företagen eller företagssammanslutningarna lämnar upplysningar samt utföra de inspektioner som är nödvändiga för att ge verkan åt artiklarna [101 och 102 FEUF].”

3 I artikel 21.3 i förordningen föreskrivs följande:

”Ett beslut som antas enligt punkt 1 kan inte genomföras utan förhandsgodkännande från den nationella rättsliga myndigheten i den berörda medlemsstaten. Den nationella rättsliga myndigheten skall kontrollera att kommissionens beslut är fattat i vederbörlig ordning och att de planerade tvångsåtgärderna varken är godtyckliga eller alltför långtgående i förhållande till framför allt hur allvarlig den misstänkta överträdelsen är, betydelsen av den bevisning som avses, det berörda företagets medverkan och den rimliga sannolikheten för att de räkenskaper och affärshandlingar som inspektionen avser förvaras i de lokaler för vilka bemyndigande begärs. Den nationella rättsliga

myndigheten får, direkt eller via medlemsstatens konkurrensmyndighet, be kommissionen om närmare förklaringar i de avseenden som krävs för att den skall kunna kontrollera att de planerade tvångsåtgärderna är proportionella.

Den nationella rättsliga myndigheten får dock inte ifrågasätta att en inspektion behövs eller begära att få tillgång till uppgifter i kommissionens handlingar i ärendet. Lagenligheten hos kommissionens beslut kan endast prövas av [EU]-domstolen.”

4 I artikel 23.2 i nämnda förordning föreskrivs följande:

”Kommissionen får genom beslut ålägga företag och företagssammanslutningar böter, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet

a) överträder [artiklarna 101 eller 102 FEUF], eller

…

För varje företag och företagssammanslutning som deltagit i överträdelsen får böterna inte överstiga 10 % av föregående räkenskapsårs sammanlagda omsättning.

…”

2006 års riktlinjer för bötesberäkning

5 I punkterna 19, 20, 21, 22 och 37 i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning (EG) nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer för bötesberäkning) anges följande:

”19. Grundbeloppet för böterna kommer att vara knutet till en andel av försäljningsvärdet och grundas på överträdelsens allvar multiplicerat med antalet år som företaget deltagit i överträdelsen.

20. Överträdelsens allvar fastställs från fall till fall för varje typ av överträdelse med beaktande av alla relevanta omständigheter i ärendet.

21. Regelmässigt uppgår den andel av försäljningsvärdet som beaktas till högst 30 %.

22. När kommissionen fastställer om den andel av försäljningsvärdet som skall beaktas i ett visst fall skall ligga i nedre eller övre delen av denna skala, tar den hänsyn till en rad faktorer, bland annat överträdelsens art, de berörda parternas sammanlagda marknadsandel, överträdelsens geografiska omfattning och om överträdelsen har genomförts eller ej.

…

37. I riktlinjerna för beräkning av böter beskrivs en allmän metod för att fastställa böter, men kommissionen har rätt att avvika från denna metod eller från de gränser som fastställs i punkt 21 om omständigheterna i ett enskilt ärende kräver det eller om det krävs för att uppnå en tillräcklig avskräckande effekt.”

Beslutet av den 15 januari 2008 om inledande av en utredning av läkemedelsbranschen

6 Skälen 3–5 och skäl 8 i kommissionens beslut av den 15 januari 2008 om inledande av en utredning av läkemedelsbranschen i enlighet med artikel 17 i förordning (EG) nr 1/2003 (ärende nr COMP/D2/39.514) (nedan kallat beslutet av den 15 januari 2008 om inledande av en utredning av läkemedelsbranschen) har följande lydelse:

”(3) Vissa omständigheter som rör konkurrensen från innovativa och generiska läkemedel i allmänhet ger anledning att tro att konkurrensen inom den europeiska läkemedelsbranschen kan vara begränsad eller snedvriden, som till exempel minskad innovation med hänsyn till antalet nya läkemedel som kommer ut på marknaden och fall då leverantörer av generiska läkemedel inträder sent på marknaden.

(4) Det finns tecken som tyder på att det bland läkemedelsleverantörer förekommer affärsmetoder, inklusive patentering eller utövande av patenträttigheter, som eventuellt inte tjänar som skydd för innovation, utan i stället hindrar konkurrens från innovativa och/eller generiska läkemedel; rättsliga förfaranden som skulle kunna utgöra missbruk och avtal som kan vara konkurrensbegränsande.

(5) Dessa förfaranden kan snedvrida konkurrensen när de på ett omotiverat sätt skyddar etablerade läkemedelsleverantörer från konkurrens från innovativa eller generiska läkemedel, till exempel genom att skyddet från ett patent de facto utvidgas genom ett ensidigt handlande eller genom avtal. Sådana metoder kan begränsa konsumenternas valmöjligheter, minska de ekonomiska incitamenten för att investera i forskning och utveckling av nya produkter och inverka negativt på kostnaderna för hälso- och sjukvård inom den offentliga och den privata sektorn.

…

(8) Om utredningen av läkemedelsbranschen visar att det eventuellt förekommer konkurrensbegränsande avtal eller förfaranden eller missbruk av dominerande ställning, kan kommissionen eller, i förekommande fall, de nationella konkurrensmyndigheterna komma att överväga att vidta lämpliga åtgärder för att återupprätta konkurrensen inom denna bransch, särskilt genom att inleda undersökningar mot enskilda aktörer som kan leda till beslut enligt artikel [101 FEUF] och/eller artikel [102 FEUF].”

Bakgrund till tvisten

7 Detta mål handlar om ett av sex konnexa överklaganden av sex domar som meddelats av tribunalen med anledning av att talan förts med yrkande om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Utöver det överklagande som är aktuellt i detta mål är det fråga om följande överklaganden: det överklagande som ingetts i mål C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen) mot domen av den 8 september 2016, Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen (T-460/13, ej publicerad, EU:T:2016:453); det överklagande som ingetts i mål C-588/16 P (Generics (UK)/kommissionen) mot domen av den 8 september 2016, Generics (UK)/kommissionen (T-469/13, ej publicerad, EU:T:2016:454); det överklagande som ingetts i mål C-591/16 P (Lundbeck/kommissionen) mot domen av den 8 september 2016, Lundbeck/kommissionen (T-472/13, EU:T:2016:449); det överklagande som ingetts i mål C-601/16 P (Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen) mot domen av den 8 september 2016, Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen (T-467/13, ej publicerad, EU:T:2016:450) och det överklagande som ingetts i mål C-614/16 P (Merck/kommissionen) mot domen av den 8 september 2016, Merck/kommissionen (T-470/13, ej publicerad, EU:T:2016:452).

8 I punkterna 1–38 i den överklagade domen redogjorde tribunalen för bakgrunden till tvisten enligt följande:

”De bolag som berörs av det aktuella målet

1 H. Lundbeck A/S (nedan kallat Lundbeck) är ett danskt bolag som kontrollerar en koncern, som är specialiserad inom forskning, utveckling, tillverkning, marknadsföring, försäljning och distribution av farmaceutiska produkter för behandling av sjukdomar som rör det centrala nervsystemet, däribland depression.

2 Lundbeck är en originalproducent, det vill säga ett företag vars verksamhet är inriktad på forskning om nya läkemedel och saluförande av dessa.

3 Alpharma Inc. var ett bolag bildat enligt amerikansk rätt och verksamt i hela världen [på läkemedelsbranschen], bland annat vad gällde generiska läkemedel. Till och med december 2008 kontrollerades det av det norska bolaget A.L. Industrier AS. Därefter köptes det upp av ett läkemedelsföretag i Förenade kungariket som i sin tur köptes upp av ett amerikanskt läkemedelsföretag. I samband med dessa omstruktureringar blev Alpharma Inc. först, i april 2010, Alpharma LLC, och därefter, den 15 april 2013, Zoetis Products LLC (nedan kallat Zoetis), och slutligen, den 6 juli 2015, på nytt Alpharma LLC.

4 Alpharma Inc. kontrollerade 100 % av Alpharma ApS, ett danskt bolag som ägde flera dotterbolag i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) (nedan tillsammans kallade Alpharma-koncernen). Efter flera omstruktureringar blev Alpharma ApS, den 31 mars 2008, Axellia Pharmaceuticals ApS, och fick år 2010 det nya firmanamnet Xellia Pharmaceuticals ApS ….

Den berörda produkten och de patent som avser den

5 Den aktuella produkten i förevarande mål är det antidepressiva läkemedel som innehåller den aktiva farmaceutiska substans som benämns citalopram.

6 År 1977 ingav Lundbeck en patentansökan i Danmark för den aktiva farmaceutiska substansen citalopram samt de båda metoderna alkylering och cyanering vilka används för att tillverka nämnda aktiva farmaceutiska substans. Patent som omfattade denna aktiva farmaceutiska substans och dessa metoder … beviljades i Danmark och flera västeuropeiska länder under [åren] 1977–1985.

7 Det skydd som följer [av dessa patent] och i förekommande fall kompletterande tilläggsskydd som föreskrivs i rådets förordning (EEG) nr 1768/92 av den 18 juni 1992 om införande av tilläggsskydd för läkemedel (EGT L 182, [1992,] s. 1) löpte ut vad angår EES, mellan år 1994 (för Tyskland) och år 2003 (för Österrike). I fråga om Förenade kungariket löpte dessa patent ut i januari 2002.

8 Med tiden utvecklade Lundbeck andra effektiva metoder för tillverkning av citalopram, för vilka företaget ansökte och ofta erhöll patent i flera EES-länder samt av Världsorganisationen för intellektuell äganderätt (WIPO) och Europeiska patentbyrån (EPO).

9 För det första ingav Lundbeck den 13 mars 2000 en patentansökan till de danska myndigheterna för en metod för tillverkning av citalopram som innebar rening av använda salter genom kristallisering. Liknande ansökningar ingavs i andra EES-länder samt till WIPO och EPO. Lundbeck erhöll patent för den metod i vilken kristallisering används (nedan kallade kristalliseringspatenten) i flera medlemsstater under det första halvåret 2002, vad angick Förenade kungariket den 30 januari 2002 och vad angick Danmark den 11 februari 2002. EPO beviljade ett

patent för kristallisering den 4 september 2002. Vidare hade Lundbeck redan erhållit ett bruksmönster i Nederländerna den 6 november 2000 för denna metod …, det vill säga ett patent som är giltigt i sex år, utan någon föregående prövning.

10 För det andra ingav Lundbeck den 12 mars 2001 en patentansökan till myndigheterna i [Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland] avseende en metod för tillverkning av citalopram som innebar rening av använda salter genom tunnfilmsdestillation. Myndigheterna i Förenade kungariket beviljade Lundbeck ett patent för nämnda metod den 3 oktober 2001 (nedan kallat patentet för tunnfilmsdestillation). Emellertid återkallades detta patent därför att [nyhetskravet inte var uppfyllt] i förhållande till ett patent som Lundbeck erhållit den 23 juni 2004.

11 Lundbeck planerade slutligen att lansera det nya antidepressiva läkemedlet Cipralex som bygger på en aktiv farmaceutisk substans som kallas escitalopram (eller S-citalopram), i mitten av år 2002 eller i början av år 2003. Detta nya läkemedel avsåg samma patienter som kunde behandlas med Lundbecks patenterade läkemedel Cipramil, vilket byggde på den aktiva farmaceutiska substansen citalopram. Den aktiva farmaceutiska substansen escitalopram skyddades av giltiga patent åtminstone till och med år 2012.

Avtal som Lundbeck ingått med Alpharma-koncernen och andra bakgrundsfakta

12 Under år 2002 ingick Lundbeck sex avtal avseende citalopram (nedan kallade de aktuella avtalen) med företag som var verksamma inom tillverkning eller försäljning av generiska läkemedel (nedan kallade [tillverkarna av generiska läkemedel]), varibland Alpharma-koncernen.

13 Det i förevarande fall relevanta avtalet (nedan kallat det omtvistade avtalet) ingicks mellan Lundbeck och Alpharma ApS den 22 februari 2002 för en period som sträckte sig från detta datum till den 30 juni 2003 (nedan kallad den relevanta perioden).

14 Före avtalets ingående hade Alpharma-koncernen, i januari 2002, köpt ett lager av bolaget Alfred E. Tiefenbacher GmbH & Co. (nedan kallat Tiefenbacher) med generiska citalopramtabletter som tillverkats med användning av det indiska bolaget Ciplas aktiva farmaceutiska substans, och Alpharma hade beställt fler av dessa.

15 Angående ingressen till det omtvistade avtalet (nedan kallad ingressen) ska följande anföras:

– I första skälet erinras det om att ’Lundbeck är innehavare av immateriella rättigheter som särskilt inbegriper patent för tillverkning … av den aktiva farmaceutiska substansen ’Citalopram’ [(skrivet med ett stort ’c’ i hela avtalstexten)] vilka innefattar de patent som återges i bilaga A’ till detta avtal …

– I andra skälet anges det att Lundbeck tillverkar och säljer farmaceutiska produkter som innehåller ’Citalopram’ i alla medlemsstater samt Norge och Schweiz, och att dessa länder i deras helhet benämns ’territoriet’.

– I tredje och fjärde skälen nämns den omständigheten att Alpharma-koncernen tillverkade eller köpte farmaceutiska produkter som innehöll ’Citalopram’ på territoriet och detta utan Lundbecks medgivande.

– I femte och sjätte skälen anges det att resultaten av laboratorietester som Lundbeck utfört på produkter från Alpharma-koncernen, enligt Lundbeck, i hög grad tyder på att de tillverkningsmetoder som använts för att framställa produkterna gör intrång i bolagets patenträttigheter.

– I sjunde skälet erinras det om att Lundbeck den 31 januari 2002 väckte talan vid en domstol i Förenade kungariket (nedan kallad talan om UK-intrånget) i syfte att uppnå ett förbudsföreläggande ’mot Alpharma-koncernens försäljning av produkter som innehåller Citalopram på grund av intrång i Lundbecks immateriella rättigheter’.

– I åttonde skälet anges det att Alpharma-koncernen erkänner att Lundbecks påpekanden är korrekta och förbinder sig att inte släppa ut ’sådana produkter’ på marknaden.

– I nionde och tionde skälen preciseras följande:

  – ’Lundbeck ska kompensera Alpharma[-koncernen] för att en patenttvist ska kunna undvikas’ vars utgång inte kan förutses med exakt säkerhet och som skulle vara kostsam och tidskrävande.

  – ”Lundbeck ska, [för] att tvisten ska kunna lösas, köpa hela Alpharma[-koncernens] lager med produkter som innehåller Citalopram och betala ersättning till [koncernen] för dessa produkter’.

16 Vad beträffar den centrala delen av det omtvistade avtalet, ska följande framhållas:

– I punkt 1.1 [i det omtvistade avtalet] stadgas det att Alpharma-koncernen och dess ’dotterbolag’ ’ska avsluta, upphöra med och avstå från all import, … tillverkning … och försäljning av farmaceutiska produkter som innehåller Citalopram på territoriet … under den [relevanta perioden]’ och att Lundbeck ska återkalla talan om UK-intrånget.

– I samma punkt preciseras det att denna punkt inte ska tillämpas på ’produkter innehållande escitalopram’.

– I punkt 1.2 föreskrivs det att ’för det fall den skyldighet åsidosätts som fastställts i [punkt 1.1 i det omtvistade avtalet] eller på Lundbecks begäran … ska Alpharma[-koncernen] frivilligt underkasta sig ett interimistiskt förbudsföreläggande meddelat av vilken behörig domstol som helst i vilket land som helst på territoriet’ och att Lundbeck ska kunna utverka ett sådant föreläggande utan att ställa säkerhet.

– I punkt 1.3 preciseras det att som kompensation för de skyldigheter som föreskrivs i detta avtal och för att undvika kostnaderna och tidsåtgången för en tvist, ska Lundbeck betala ett belopp på 12 miljoner US-dollar (USD) till Alpharma-koncernen, varav 11 miljoner för Alpharma-koncernens produkter som innehåller ’Citalopram’ i tre poster om 4 miljoner USD vardera som ska erläggas den 31 mars 2002, den 31 december 2002 och den 30 juni 2003.

– I punkt 2.2 fastställs det att Alpharma-koncernen, senast den 31 mars 2002, till Lundbeck ska lämna över hela det varulager med ’Citalopram’ som koncernen förfogar över i dagsläget, det vill säga de 9,4 miljoner tabletter som redan fanns i bolagets besittning vid ingåendet av det omtvistade avtalet och de 16 miljoner tabletter som Alpharma-koncernen hade beställt.

17 Bilaga A [till det omtvistade avtalet] innehåller en förteckning över 28 patentansökningar som ingetts av Lundbeck innan [detta avtal] undertecknades, av vilka nio redan hade bifallits vid den tidpunkten. Dessa patent avsåg de metoder för tillverkning av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, som patenten för kristallisering och [patentet för] tunnfilmsdestillation tar sikte på.

18 Dessutom ska det preciseras att en domstol i Förenade kungariket den 2 maj 2002 meddelade ett förlikningsbeslut i vilket det angavs att målet om UK-intrånget [hade förklarats] vilande med anledning av att det ingåtts ett avtal mellan Lundbeck och bland annat Alpharma-koncernen, enligt vilket koncernen ’sk[ulle] avsluta, upphöra med eller avstå från all import, … tillverkning …

och försäljning i [medlemsstaterna], Norge och Schweiz (de relevanta territorierna), av farmaceutiska produkter som innehåller citalopram tillverkat med användning av de metoder som [omfattas av de patent för kristallisering och tunnfilmsdestillation som beviljats av myndigheterna i Förenade kungariket] eller [av] varje annat likvärdigt patent som erhållits eller det ansökts om på de relevanta territorierna till och med den 30 juni 2003' ….

Kommissionens agerande i [läkemedelsbranschen] och det administrativa förfarandet

19 I oktober år 2003 underrättades kommissionen … av Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (danska myndigheten för skydd av konkurrensen och konsumenterna, nedan kallad KFST), om förekomsten av de aktuella avtalen.

20 Eftersom de flesta av dessa avtal rörde EES i dess helhet eller i vart fall andra medlemsstater än Konungariket Danmark, beslutades det att kommissionen skulle undersöka avtalens förenlighet med konkurrensrätten medan KFST inte skulle fortsätta utreda denna fråga.

21 Under åren 2003–2006 genomförde kommissionen inspektioner i den mening som avses i artikel 20.4 i förordning [nr 1/2003] hos Lundbeck och andra företag som var verksamma [i läkemedelsbranschen]. Kommissionen översände även en begäran om upplysningar i den mening som avses i artikel 18.2 i förordningen till Lundbeck och ett annat företag.

22 Den 15 januari 2008 antog kommissionen beslutet om inledande av en [utredning av läkemedelsbranschen] enligt artikel 17 i förordning (EG) nr 1/2003 (ärende COMP/D2/39514). I beslutets enda artikel angavs att den undersökning som skulle bedrivas angick marknadsinträdet för innovativa och generiska humanläkemedel.

23 Den 8 juli 2009 antog kommissionen ett meddelade som innehöll en syntes av dess undersökningsrapport angående [läkemedelsbranschen]. Detta meddelande inbegrep, i en 'teknisk bilaga', en fullständig version av undersökningsrapporten i form av ett arbetsdokument från kommissionen som endast finns att tillgå på engelska.

24 Den 7 januari 2010 inledde kommissionen ett förfarande angående Lundbeck.

25 Under år 2010 och det första halvåret 2011 översände kommissionen en begäran om upplysningar till Lundbeck och framför allt, de övriga bolag som var parter i de aktuella avtalen, varibland Alpharma-koncernen.

26 Den 24 juli 2012 inledde kommissionen ett förfarande avseende bland annat de [tillverkare av generiska läkemedel] som var parter i de aktuella avtalen och översände ett meddelande om invändningar till dem och till Lundbeck.

…

30 Den 19 juni 2013 antog kommissionen det [omtvistade] beslutet.

[Det omtvistade b]eslutet

31 I det [omtvistade] beslutet fann kommissionen att det omtvistade avtalet, liksom för övrigt de övriga aktuella avtalen, utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i [avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet av den 2 maj 1992 (EGT L 1, 1994, s. 3; Sveriges internationella överenskommelser (SÖ) 1993:24], för vilken Lundbeck samt Alpharma ApS, Alpharma Inc. och A.L. Industrier bär ansvaret (artikel 1.3 i det [omtvistade] beslutet).

32 Såsom följer av den sammanfattning som återfinns i skäl 1087 i det [omtvistade] beslutet, [grundade sig] kommissionen för detta ändamål särskilt på följande omständigheter:

– Vid tidpunkten för det omtvistade avtalets ingående var Lundbeck och Alpharma-koncernen åtminstone potentiella konkurrenter i flera EES-länder.

– Lundbeck genomförde, med stöd av detta avtal, en betydande värdeöverföring till förmån för Alpharma-koncernen.

– Värdeöverföringen var förbunden med att Alpharma-koncernen accepterade de begränsningar av sitt marknadsinträde som angavs i avtalet, särskilt med Alpharma-koncernens åtagande att inte sälja något generiskt citalopram i EES under den relevanta perioden.

– Denna värdeöverföring motsvarade väsentligen de vinster som Alpharma-koncernen skulle ha kunnat göra om företaget hade lyckats med sitt marknadsinträde.

– Lundbeck hade inte kunnat erhålla några sådana begränsningar med tillämpning av patenten för kristallisering och [patentet] för tunnfilmsdestillation, (nedan kallade Lundbecks nya [metod]patent) eftersom de skyldigheter som åvilade Alpharma-koncernen i enlighet med det omtvistade avtalet var mer långtgående än de rättigheter som innehavaren av metodpatenten tillerkändes.

– Det föreskrevs inte något åtagande i det omtvistade avtalet från Lundbecks sida att avstå från att väcka talan om patentintrång mot Alpharma-koncernen för det fall koncernen skulle träda in på marknaden med generiskt citalopram efter det att det omtvistade avtalet löpt ut.

33 Kommissionen påförde också samtliga parter i de aktuella avtalen böter. För detta ändamål använde den [2006 års riktlinjer för bötesberäkning]. Avseende Lundbeck, följde kommissionen den allmänna metod som beskrivs i [dessa riktlinjer], som bygger på värdet av den försäljning av den berörda produkten som detta företag åstadkommit (skälen 1316–1358 i det [omtvistade] beslutet). När det däremot gäller de övriga parterna i de aktuella avtalen, det vill säga [tillverkarna av generiska läkemedel], använde sig kommissionen av den möjlighet som erbjuds i [punkt] 37 i riktlinjerna att avvika från denna metod med hänsyn till de särskilda omständigheter i ärendet som rörde dessa parter (skäl 1359 i det [omtvistade] beslutet).

34 När det således handlar om andra parter än Lundbeck i de aktuella avtalen, varibland Alpharma-koncernen, ansåg kommissionen att det fanns anledning att, i syfte att fastställa grundbeloppet för böterna och säkerställa att detta skulle ha en tillräckligt avskräckande verkan, beakta värdet på de belopp som Lundbeck hade överfört till dem i enlighet med de aktuella avtalen och detta utan att göra någon distinktion mellan överträdelserna utifrån deras karaktär eller geografiska räckvidd eller med utgångspunkt i de berörda företagens marknadsandelar. Dessa faktorer hade kommissionen nämligen tagit upp enbart för att vara uttömmande (skäl 1361 i det [omtvistade] beslutet).

35 När det gäller Alpharma-koncernen ansåg kommissionen att de belopp som Lundbeck hade betalat till koncernen uppgick till 11,1 miljoner USD, vilket motsvarade 11,7 miljoner euro, enligt den genomsnittliga växelkursen år 2002. Beloppet bestod dels av 10,1 millioner USD för köpet av Alpharma-koncernens lager med citalopram – med beaktande av en nedsättning med 900 000 USD som dragits av från den delpost som Lundbeck betalade den 31 december 2002 (se punkt 16 fjärde strecksatsen [i den överklagade domen]) på grund av att det mottagna antalet tabletter understeg vad som avtalats – dels av 1 miljon USD för de rättegångskostnader som man undvikit genom att ingå det omtvistade avtalet (skälen 545, 547, 1071, 1374 och fotnot 1867 i [det omtvistade] beslutet).

36 Med beaktande av den sammanlagda tid som undersökningen pågick, satte kommissionen ned de böter som påförts samtliga mottagare av det [omtvistade] beslutet med 10 procent (skälen 1349 och 1380 i det [omtvistade] beslutet).

37 Kommissionen tillämpade slutligen artikel 23.2 andra stycket i förordning nr 1/2003 – där det anges att böterna, för varje företag som deltagit i överträdelsen, inte får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs sammanlagda omsättning – på [Xellia Pharmaceuticals], Zoetis och A.L. Industrier separat, eftersom dessa bolag inte längre ingick i samma företag vid tiden för antagandet av det [omtvistade] beslutet (skäl 1384 i det [omtvistade] beslutet). När det gäller A.L. Industrier beaktade kommissionen omsättningen för år 2011 och inte omsättningen för [år] 2012, eftersom den ansåg att uppgifterna från [år] 2012 inte avsåg ett år med normal ekonomisk verksamhet (skälen 1386 och 1387 i det [omtvistade] beslutet).

38 På grundval av dessa överväganden ålade kommissionen [Xellia Pharmaceuticals] och Zoetis 10 530 000 euro i böter med solidariskt betalningsansvar, medan A.L. Industriers solidariska betalningsansvar begränsades till 43 216 euro (skäl 1396 och artikel 2.3 i det [omtvistade] beslutet.”

Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

9 Xellia Pharmaceuticals (nedan kallat Xellia) och Zoetis, numera Alpharma LCC, väckte talan vid tribunalen genom handling som inkom till tribunalens kansli den 28 augusti 2013. De yrkade därvid att tribunalen delvis skulle ogiltigförklara det omtvistade beslutet samt sätta ned de böter som kommissionen ålagt dem.

10 Till stöd för sin talan vid tribunalen åberopade Xellia och Zoetis åtta grunder. Genom den första grunden gjorde de gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning vid tolkningen av det omtvistade avtalets räckvidd, och genom den andra grunden att det förekommit felaktig rättstillämpning och oriktiga bedömningar vid kvalificeringen av Alpharma-koncernen såsom potentiell konkurrent till Lundbeck. Enligt den tredje grunden utgjorde kvalificeringen av det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” en uppenbart oriktig bedömning. Genom den fjärde grunden gjorde Xellia och Zoetis gällande att kommissionen hade gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att det förelåg en sådan konkurrensbegränsning trots att avtalets räckvidd speglar den utestängningskapacitet som automatiskt följer av Lundbecks nya metodpatent. Den femte grunden avsåg åsidosättande av rätten till försvar. Genom den sjätte grunden gjordes det gällande att principen om diskrimineringsförbud hade åsidosatts eftersom det omtvistade beslutet var riktat mot Zoetis. Den sjunde grunden handlade om felaktigheter i beräkningen av de påförda böterna, och genom den åttonde grunden anfördes det att det hade förekommit en uppenbart oriktig bedömning av den övre gränsen för de böter för vilka A.L. Industrier delar betalningsansvaret.

11 Genom den överklagade domen ogillade tribunalen talan i dess helhet.

Förfarandet vid domstolen

12 Xellia och Alpharma LLC (nedan kallade klagandena) har, genom handling som inkom till domstolens kansli den 25 november 2016, överklagat tribunalens dom.

13 Genom handlingar som inkom till domstolens kansli den 28 juli 2017 ansökte Förenade kungariket om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden i förevarande mål samt även i mål C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen), i mål C-588/16 P (Generics (UK)/kommissionen), i mål C-601/16 P (Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen) och i mål C-614/16 P (Merck/kommissionen) (se, beträffande dessa mål, punkt 7 ovan). Genom beslut av

den 25 oktober 2017, Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen (C-586/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:831), beslut av den 25 oktober 2017, Generics (UK)/kommissionen (C-588/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:829), beslut av den 25 oktober 2017, Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen (C-601/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:826), beslut av den 25 oktober 2017, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen (C-611/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:825), och beslut av den 25 oktober 2017, Merck/kommissionen (C-614/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:828), biföll domstolens ordförande dessa ansökningar. Med hänsyn till bland annat beslutet meddelat av domstolens ordförande den 5 juli 2017, Lundbeck/kommissionen (C-591/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:532), beslutade emellertid domstolens ordförande att bland annat den konfidentiella versionen av det omtvistade beslutet i samtliga dessa mål skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till Förenade kungariket. Således var det endast en icke-konfidentiell version av nämnda beslut som delgavs Förenade kungariket.

14 Domstolen beslutade den 27 november 2018 att förevarande mål skulle handläggas av fjärde avdelningen efter att en gemensam muntlig förhandling hållits i förevarande mål och i mål C-586/16 P (Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen), C-588/16 P (Generics (UK)/kommissionen), C-591/16 P (Lundbeck/kommissionen), C-601/16 P (Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen) och C-614/16 P (Merck/kommissionen). Det beslutades även att generaladvokaten skulle lämna förslag till avgörande i målet.

15 Domstolen ställde den 29 november 2018, med stöd av artikel 61.2 i domstolens rättegångsregler, en rad skriftliga frågor som parterna i förevarande mål skulle besvara muntligen vid förhandlingen. Vidare tillställde domstolen parterna en preliminär förhandlingsplan med detaljerade uppgifter om hur förhandlingen skulle genomföras. Efter att parterna yttrat sig tillställde domstolen parterna den 22 januari 2019 en definitiv förhandlingsplan.

16 Gemensam förhandling i förevarande mål och i de mål som avses i punkt 14 ovan ägde rum den 24 januari 2019.

17 Med stöd av artikel 62 i rättegångsreglerna ställde generaladvokaten den 6 februari 2020 en fråga som parterna i förevarande mål skulle besvara skriftligen. Generaladvokaten ställde sin fråga för att parterna skulle yttra sig angående den dom som meddelats av domstolen den 30 januari 2020 i målet Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52), och angående vilka följdverkningar den domen kunde tänkas få för de grunder som åberopats i förevarande mål, det vill säga förekomsten av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel samt kvalificeringen av avtalen mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel såsom ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Svar på denna fråga inkom till domstolen den 6 mars 2020.

18 Genom beslut av den 10 mars 2020 beslutade domstolen, efter det att domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52) hade meddelats, att avgöra förevarande mål utan förslag till avgörande.

Parternas yrkanden vid domstolen

19 Klagandena har yrkat att domstolen ska

– upphäva den överklagade domen, helt eller delvis;

– ogiltigförklara det omtvistade beslutet, helt eller delvis;

– undanröja eller väsentligt sätta ned de böter som de ålagts;

– alternativt återförvisa målet till tribunalen för ny prövning i enlighet med domstolens dom, och

– förplikta kommissionen att ersätta de rättegångskostnader som uppkommit i samband med överklagandet vid domstolen och i samband med förfarandet vid tribunalen.

20 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

– ogilla överklagandet i dess helhet, och

– förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

21 Förenade kungariket har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet i dess helhet.

Prövning av överklagandet

22 Klagandena har åberopat nio grunder till stöd för sitt överklagande.

23 Den första grunden avser ett åsidosättande av giltighetspresumtionen avseende Lundbecks nya metodpatent inom ramen för bedömningen av huruvida det förelåg potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Alpharma-koncernen. Den andra grunden avser omkastad bevisbörda och tribunalens beaktande, inom ramen för denna bedömning, av omständigheter som inte nämns i det omtvistade beslutet.

24 Genom den tredje och den fjärde grunden har klagandena anfört att det var fel att kvalificera det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” respektive att tribunalen underlåtit att pröva frågan huruvida kommissionen har styrkt sina påståenden beträffande omfattningen av de begränsningar som föreskrevs i det omtvistade avtalet i förhållande till Alpharma-koncernen.

25 Genom den femte till den nionde grunden har klagandena, grund för grund, anfört *för det första* att det förekommit felaktig rättstillämpning vad gäller bedömningen av hur lång tid som kommissionens utredning pågått och ett åsidosättande av klagandenas rätt till försvar, *för det andra* att Alpharma LLC utsatts för diskriminerande behandling, *för det tredje* att det rådande oklara rättsläget borde ha utgjort hinder för att ålägga Alpharma-koncernen böter, *för det fjärde* att tribunalen inte beaktade överträdelsens allvarlighetsgrad när den fastställde beloppet för de böter som Alpharma-koncernen ålades genom det omtvistade beslutet, och *för det femte* att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att tillämpa ett felaktigt rättsligt kriterium vid fastställandet av det räkenskapsår som tjänade som utgångspunkt för att bestämma den övre gränsen för de böter som A.L. Industrier kunde åläggas.

26 Domstolen kommer först att göra en gemensam prövning av den första och den andra grunden. Därefter kommer den tredje och den fjärde grunden att prövas, även dessa gemensamt. Avslutningsvis kommer domstolen att i tur och ordning pröva den femte, den sjätte, den sjunde, den åttonde och den nionde grunden.

Den första och den andra grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

27 Klagandena gjorde genom den andra grunden till stöd för sin talan vid tribunalen om ogiltigförklaring gällande att kommissionen gjort sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning vad gäller kvalificeringen av Alpharma-koncernen som potentiell konkurrent till Lundbeck.

28 Tribunalen underkände denna grund i punkterna 49–156 i den överklagade domen.

29 Tribunalen sammanfattade först den bedömning av den potentiella konkurrensen som gjorts i det omtvistade beslutet och lyfte därvid fram följande i punkterna 51–58 i den överklagade domen:

”51 I skälen 615–620 i det [omtvistade] beslutet har kommissionen studerat den farmaceutiska sektorns särskilda kännetecken och har gjort åtskillnad mellan två faser under vilka den potentiella konkurrensen kunde komma till uttryck i denna sektor.

52 Den första fasen kan börja flera år innan patentet för en aktiv farmaceutisk substans löper ut, när tillverkare av generiska [läkemedel] som vill lansera en generisk version av det berörda läkemedlet börjar utveckla fungerande metoder som utmynnar i en produkt som motsvarar de föreskrivna kraven. Därefter måste [en tillverkare av generiska läkemedel] i en andra fas, i syfte att förbereda sitt faktiska marknadsinträde, erhålla ett godkännande för försäljning av läkemedlet på marknaden enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/83/EG av den 6 november 2001 om upprättande av gemenskapsregler för humanläkemedel (EGT L 311, [2001,] s. 67). Tillverkaren måste införskaffa tabletter hos en eller flera tillverkare av [generiska läkemedel] eller själv tillverka dem och finna distributörer eller upprätta ett eget distributionsnät. Företaget ska således vidta en rad förberedande åtgärder utan vilka det aldrig kan råda någon effektiv konkurrens på marknaden.

…

54 Under dessa båda faser med potentiell konkurrens ställs [tillverkarna av] generiska läkemedel inför patenträttsliga och immaterialrättsliga frågor. I allmänhet finner de dock ett sätt att undvika intrång i befintliga patent, såsom metodpatent. De förfogar nämligen över flera valmöjligheter härvidlag, …

…

58 Vad särskilt beträffar undersökningen av konkurrensförhållandet mellan Lundbeck och Alpharma-koncernen vid den tidpunkt då det omtvistade avtalet ingicks, påpekade kommissionen i skälen 1016–1039 i det [omtvistade] beslutet bland annat att koncernen:

– redan hade ingått ett avtal med Tiefenbacher som gjorde det möjligt för den att köpa generiskt citalopram tillverkat av de indiska företagen Cipla eller Matrix och att använda sig av de godkännanden för försäljning som Tiefenbacher redan förfogade över,

– hade erhållit godkännanden för försäljning i Nederländerna, Finland, Danmark och Sverige och förväntade sig att snabbt få ett godkännande även i Förenade kungariket,

– redan hade 9,4 miljoner generiska citalopramtabletter – tillverkade enligt Ciplas metod – i lager och hade beställt ytterligare 16 miljoner,

– hade publicerat en prislista i Förenade kungariket,

– gjorde sig beredd att träda in på marknaden i flera EES-länder inom två till sex veckor,

– hade dragit slutsatsen att den metod som Cipla använde för att tillverka citalopram gjorde intrång i [Lundbecks patent som skyddade kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket], men ansåg sig ha rimliga chanser att kunna undvika ett föreläggande som blockerade dess inträde på marknaden och att utverka en ogiltigförklaring av patentet,

– hade möjlighet att övergå till det citalopram som tillverkades av Matrix, som använde en metod som inte ansågs utgöra intrång i Lundbecks nya [metodpatent].”

30 När det gällde Alpharma-koncernens möjlighet att träda in på marknaden fann tribunalen att koncernen kunde välja mellan två olika vägar.

31 Den första vägen var ett marknadsinträde med hjälp av tabletter som tillverkats enligt Ciplas metod för att tillverka citalopram (nedan kallad Cipla-metoden) och som Alpharma-koncernen redan hade erhållit eller beställt. I punkt 85 i den överklagade domen erinrade tribunalen om innehållet i ett mejl från en verkställande direktör inom Alpharma-koncernen från den 19 februari 2002 (nedan kallat mejlet av den 19 februari 2002), vilket nämndes i skäl 1027 i det omtvistade beslutet. I mejlet hänvisade direktören bland annat till ansökningar om ogiltighetsförklaring av Lundbecks nya metodpatent – det förelåg rimliga chanser för att dessa skulle leda fram till önskat resultat – och till möjligheten att använda citalopram som tillverkats enligt den metod som används av Matrix, som vederbörande inte såg som problematisk utifrån Lundbecks nya metodpatent. I punkt 88 i den överklagade domen drog tribunalen slutsatsen att Alpharma-koncernen själv medgav att den ansåg sig ha rimliga chanser att åvägabringa en ogiltigförklaring av Lundbecks patent som skyddar kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket.

32 I punkterna 91 och 92 i den överklagade domen påpekade tribunalen att Alpharma-koncernen hade vidtagit åtskilliga åtgärder och investerat stora belopp för att träda in på marknaden, vilka tribunalen där räknade upp.

33 I punkt 108 i samma dom påpekade tribunalen att det framgick av ett internt mejl inom Alpharma-koncernen av den 14 februari 2002, och av mejlet av den 19 februari 2002, att koncernen, även om den kände till de risker som inträdet på marknaden kunde medföra, inte nödvändigtvis skulle ha övergett sina planer om den inte hade kunnat ingå ett tillräckligt fördelaktigt avtal med Lundbeck.

34 I punkt 123 i den överklagade domen tillade tribunalen följande. Även om Alpharma-koncernen överraskades av Lundbecks erhållande den 30 januari 2002 av det patent som skyddade kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket, eftersom koncernen hade förväntat sig att Lundbecks ansökan skulle avslås, så ansåg koncernen fortfarande att den, trots att det förelåg vissa risker, hade rimliga chanser att få detta patent ogiltigförklarat. Koncernen ansåg också att marknadsinträdet, med hänsyn till bland annat redan vidtagna åtgärder och gjorda investeringar, således fortfarande utgjorde en verklig och konkret möjlighet, som var ett alternativ till att ingå ett tillräckligt fördelaktigt avtal med Lundbeck.

35 I punkt 132 i den överklagade domen fann tribunalen att Alpharma-koncernen, även enligt Lundbeck, hade en verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden.

36 Slutligen fann tribunalen, i punkt 136 i den överklagade domen, att den omständigheten att Cipla-metoden sannolikt gjorde intrång i Lundbecks patent som skyddade kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket inte utgjorde ett sådant stort hinder för Alpharma-koncernens inträde på marknaden att den inte kunde betraktas som en potentiell konkurrent till Lundbeck.

37 När det gäller den andra vägen in på marknaden, det vill säga genom användningen av citalopram som tillverkats enligt den av Matrix använda metoden, påpekade tribunalen följande i punkterna 139, 143 respektive 154 i den överklagade domen. Avtalet mellan Tiefenbacher och Alpharma-koncernen gjorde det möjligt för koncernen att erhålla citalopram som tillverkats enligt de metoder som användes av Cipla och Matrix. Alpharma-koncernen ansåg att den metod som Matrix på den tiden använde sig av för att tillverka citalopram kunde göra det möjligt för koncernen att träda in på marknaden utan att göra intrång i Lundbecks patent för skydd för kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket. På grund av detta utgjorde, vid tiden för ingåendet av det omtvistade avtalet, till och med en övergång till citalopram tillverkat enligt Matrix-metoden en verklig och konkret möjlighet för Alpharma-koncernen att ta sig in på marknaden.

38 Följaktligen fann tribunalen, i punkt 155 i den överklagade domen, att Alpharma-koncernen hade åtminstone två verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden och att den på grund av dessa möjligheter utövade ett konkurrenstryck på Lundbeck.

39 Slutligen konstaterar domstolen att tribunalen, för att bemöta klagandenas fjärde ogiltighetsgrund – varigenom klagandena hade hävdat att det utgjorde felaktig rättstillämpning att fastställa att det förelåg en ”konkurrensbegränsning genom syfte” trots att det omtvistade avtalets räckvidd speglade den utestängningskapacitet som automatiskt följde av Lundbecks nya metodpatent – bland annat gjorde följande bedömning i punkt 339 i den överklagade domen:

> ”339 … mot bakgrund av de principer som följer av den rättspraxis som återges i punkterna 315 och 316 [i den överklagade domen] ska det noteras att den giltighetspresumtion som gäller för samtliga patent inte kan likställas med en presumtion om att samtliga produkter på marknaden som en patentinnehavare betraktar som patentintrång är rättsstridiga. Precis som kommissionen har erinrat om ankom det nämligen, i det aktuella fallet, på Lundbeck att i de nationella domstolarna styrka att de generiska läkemedlen som släppts ut på marknaden gjorde intrång i något av dess metodpatent, eftersom det inte är olagligt i sig för [en tillverkare av generiska läkemedel] att genomföra ett ’riskfyllt’ inträde. I ett sådant mål fanns det dessutom en möjlighet för svaranden att medelst genkäromål bestrida giltigheten av det patent som åberopats av Lundbeck. Sådana genkäromål är nämligen vanligt förekommande på patentområdet och leder i många fall till en ogiltigförklaring av det åberopade metodpatentet, vilket kommissionen framhöll i skäl 76 i det [omtvistade] beslutet.”

Parternas argument

40 Genom den första grunden, som bland annat tar sikte på punkterna 54 och 339 i den överklagade domen, har klagandena kritiserat tribunalen för att den slog fast att Alpharma-koncernen var en potentiell konkurrent till Lundbeck, trots bevisning som tydligt visade att koncernens produkter utgjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent som fick presumeras vara giltiga.

41 Enligt klagandena ankom det på tribunalen att pröva om kommissionen hade lagt fram bevisning som styrkte att Lundbecks nya metodpatent var svaga, vid äventyr att patenten annars skulle presumeras vara giltiga och de intrångsgörande produkternas inträde på marknaden olagligt. Genom att underlåta att göra en sådan prövning anser klagandena att tribunalen åsidosatte den grundläggande principen om ett patents presumerade giltighet och bortsåg från den omständigheten att ett patent ger innehavaren rätt att vara den enda som använder patentföremålet, och inte endast en rätt att göra gällande denna ensamrätt i domstol. Klagandena anser att tribunalen därigenom ”kopplade loss” den bedömning som den gjorde med stöd av artikel 101 FEUF från de principer som följer av patenträtten.

42 Klagandena har i detta avseende gjort gällande att ställningen som konkurrent beror på det berörda patentets giltighet, som det råder osäkerhet om fram till dess att ett slutgiltigt domstolsavgörande meddelas. Samtidigt har klagandena hävdat att giltighetspresumtionen för patent har företräde framför konkurrensrätten och innebär att kommissionen, för att kunna fastställa att det föreligger en konkurrensbegränsning, är tvungen att styrka att det berörda patentet är svagt. De har dessutom tillagt att om presumtionen om patents giltighet inte erkändes, skulle varje uppgörelse i godo alltid vara konkurrensbegränsande.

43 Klagandena har anfört att tribunalen underlät att pröva kommissionens bevisning för att Lundbecks patent för kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket var svagt, och att det som bevisning inte räcker med att hänvisa till ett mejl från en chef inom Alpharma-koncernen eller till Lundbecks uttalanden. Såsom framgår av punkt 54 i den överklagade domen har kommissionen enbart funnit att metodpatenten var mer sårbara än de andra typerna av patent.

44 Dessutom bortsåg kommissionen, enligt klagandena, från den bevisning från samma tid varav det framgår att båda parterna i det omtvistade avtalet ansåg att Alpharma-koncernens produkter gjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent.

45 Genom den andra grunden har klagandena kritiserat tribunalen för att inte ha prövat om kommissionen hade styrkt att Alpharma-koncernen, vid tidpunkten för det omtvistade avtalet, verkligen hade faktiska möjligheter att träda in på marknaden med de intrångsgörande tabletter som koncernen hade köpt, och för att på så sätt ha kastat om bevisbördan.

46 Det följer av domen av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332, punkt 114) att när en aktör förbereder sig för att träda in på marknaden och möter ett oförutsett hinder – i förevarande fall det faktum att dess varor är intrångsgörande – ankommer det på kommissionen att bevisa att marknadsinträdet trots detta hinder ändå förblir en ekonomiskt lönsam strategi. Klagandena har således hävdat att kommissionen i förevarande fall var skyldig att – för att det skulle anses styrkt att marknadsinträdet trots allt förblev en ekonomiskt lönsam strategi – bevisa att sannolikheten för att Alpharma-koncernen inte skulle vinna framgång med en talan avseende Lundbecks nya metodpatent var relativt liten. Kommissionen har emellertid, enligt klagandena, inte lagt fram någon sådan bevisning utan nöjt sig med att ange att det inte var säkert att Lundbeck kunde använda sina nya metodpatent för att förhindra Alpharma-koncernens inträde på marknaden, såsom framgår av skäl 1039 i det omtvistade beslutet.

47 Dessutom anser klagandena att tribunalen kastade om bevisbördan genom att ålägga dem att bevisa att Lundbecks nya metodpatent hindrade marknadsinträdet från att utgöra en ekonomiskt lönsam strategi. Det faktum att kommissionen hade väntat i mellan sex och sju år med att delge Alpharma-koncernen sina invändningar, gjorde det ännu svårare att lägga fram denna bevisning.

48 I punkt 108 i den överklagade domen grundade sig tribunalen dessutom på bevisning som inte fanns med i det omtvistade beslutet, utan att ge klagandena möjlighet att vederlägga bevisningens relevans, och tribunalen åsidosatte därmed deras rätt till försvar.

49 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den första eller den andra grunden.

Domstolens bedömning

50 För att omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF ska företagens beteende inte bara visa att det förekommit en samverkan dem emellan – det vill säga att det finns ett avtal mellan företag, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande – utan denna samverkan ska även ha en negativ och märkbar påverkan på konkurrensen på den inre marknaden (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 31).

51 Sistnämnda krav förutsätter, i fråga om horisontella samarbetsavtal mellan företag som är verksamma på samma nivå i produktions- eller distributionskedjan, att nämnda samverkan sker mellan företag som konkurrerar med varandra, om inte rent faktiskt så åtminstone potentiellt (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 32).

52 För att bedöma huruvida ett företag som inte är verksamt på en marknad potentiellt kan konkurrera med ett eller flera andra företag som redan är verksamma på denna marknad, ska det fastställas huruvida det finns verkliga och konkreta möjligheter för det förstnämnda företaget att inträda på nämnda marknad och konkurrera med de sistnämnda; det ska beaktas att det inte på något sätt krävs att det med säkerhet visas att detta första företag faktiskt kommer att inträda på den berörda marknaden och än mindre att vederbörande kommer att kunna hålla sig kvar på denna marknad (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 36 och 38).

53 När det är fråga om ett avtal som, liksom det omtvistade avtalet, får till följd att flera företag tillfälligt utestängs från marknaden, ska det – utifrån marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden – fastställas huruvida det, i avsaknad av nämnda avtal, hade funnits verkliga och konkreta möjligheter för dessa företag att inträda på denna marknad och konkurrera med de företag som är etablerade där (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 37 och 39).

54 Vad närmare bestämt gäller sådana avtal som ingåtts mot bakgrund av öppnandet av marknaden för ett läkemedel som innehåller en aktiv ingrediens som nyligen blivit allmänt tillgänglig, utan något patenträttslig skydd, för tillverkare av generiska läkemedel, ska det fastställas – med vederbörlig hänsyn till de lagstadgade begränsningar som gäller inom läkemedelsbranschen samt till de immateriella rättigheter, och särskilt de patent, som tillverkarna av originalläkemedel har beträffande en eller flera metoder för framställning av en aktiv ingrediens för vilken patentskyddet har upphört (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 40 och 41) – huruvida tillverkaren av generiska läkemedel är fast besluten om och har den egna kapacitet som krävs för att inträda på marknaden och inte står inför oöverstigliga hinder för ett sådant marknadsinträde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 58).

55 Därvid ska det, för det första, bedömas huruvida nämnda tillverkare, vid den tidpunkt då avtalen ingicks, hade vidtagit de förberedelseåtgärder som krävdes för att kunna inträda på den relevanta marknaden inom en tidsram som innebar att tillverkaren av originalläkemedel utsattes för ett konkurrenstryck. För det andra ska man försäkra sig om att en sådan tillverkare av generiska läkemedel inte stöter på oöverstigliga hinder för ett marknadsinträde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 43 och 45). Det påvisade faktum att det råder potentiell konkurrens mellan en tillverkare av generiska läkemedel och en tillverkare av originalläkemedel kan för övrigt bekräftas av ytterligare omständigheter, såsom ingåendet av ett avtal dem emellan medan den första tillverkaren inte var verksam på den relevanta marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 54–56).

56 Vad närmare bestämt gäller bedömningen av huruvida det på den relevanta marknaden finns oöverstigliga hinder för marknadsinträde, har domstolen angett följande. Förekomsten av ett patent som skyddar framställningen av en aktiv ingrediens för vilken patentskyddet har upphört kan inte i sig anses utgöra ett sådant oöverstigligt hinder, trots den giltighetspresumtion som gäller för patentet. Denna presumtion ger nämligen inte, med avseende på tillämpningen av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF, några upplysningar om utgången i en eventuell tvist angående giltigheten av detta patent (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 46–51).

57 Förekomsten av ett sådant patent kan därför inte i sig anses utgöra hinder för att en tillverkare av generiska läkemedel kvalificeras som ”potentiell konkurrent” till tillverkaren av det berörda originalläkemedlet, om denna tillverkare av generiska läkemedel är fast besluten om och har den egna kapacitet som krävs för att inträda på marknaden samt genom sina åtgärder visat sig vara beredd att angripa giltigheten av detta patent och riskera att, vid marknadsinträdet, stämmas för patentintrång av innehavaren av nämnda patent (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 46).

58 Domstolen har även slagit fast att det inte ankommer på den berörda konkurrensmyndigheten att göra en bedömning av det aktuella patentets styrka eller av sannolikheten för att en tvist mellan dess innehavare och en tillverkare av generiska läkemedel skulle leda till att det fastställs att patentet är giltigt och att patentintrång har skett (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 50).

59 I förevarande fall framgår det av den överklagade domen och särskilt av punkterna 58, 85, 91, 92, 123, 139, 143 och 154, att Alpharma-koncernen hade vidtagit ett stort antal åtgärder för att erhålla godkännande för försäljning och gjort betydande investeringar för att träda in på marknaden för generiskt citalopram, men även att koncernen vid den tidpunkt då det omtvistade avtalet ingicks hade åtminstone två verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden. Den första möjligheten – inträde på marknaden med tabletter som tillverkats enligt Cipla-metoden och som Alpharma-koncernen hade mottagit eller beställt från Tiefenbacher – hade inte påverkats av de nya uppgifter som Alpharma-koncernen fick kännedom om i januari och februari 2002 avseende Cipla-metodens eventuella intrångskaraktär. Den andra möjligheten var att inträda på marknaden med hjälp av citalopramtabletter som tillverkats enligt Matrix-metoden, vilken inte var förenad med någon risk för patentintrång. Alpharma-koncernen förfogade inte över några sådana tabletter men den kunde snabbt införskaffa dem med stöd av det avtal som den hade ingått med Tiefenbacher.

60 Vidare fann tribunalen, i punkterna 88 och 136 i den överklagade domen, att Alpharma-koncernen ansåg att Lundbecks patent som skyddade kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket inte utgjorde ett hinder för dess inträde på marknaden och att denna koncern, vid en eventuell tvist, hade rimliga chanser att få detta metodpatent ogiltigförklarat.

61 Vidare påpekade tribunalen i punkt 132 i den domen att Alpharma-koncernen, enligt Lundbeck självt, utgjorde en potentiell konkurrent.

62 Mot bakgrund av dessa konstateranden slår domstolen fast att tribunalen gjorde en riktig bedömning – varvid tribunalen varken åsidosatte giltighetspresumtionen för Lundbecks nya metodpatent eller kastade om bevisbördan – när den fann att det förelåg ett potentiellt konkurrensförhållande mellan Alpharma-koncernen och Lundbeck vid den tidpunkt då det omtvistade avtalet ingicks.

63 Klagandenas påstående att tribunalen bortsåg från den bevisning som var från samma tid som det omtvistade avtalet, och som styrkte att Alpharma-koncernen och Lundbeck ansåg att koncernens produkter gjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent, föranleder inte någon annan slutsats. Påståendet ska nämligen avvisas eftersom klagandena inte, i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 169.2 i rättegångsreglerna, har angett någon exakt punkt i domskälen i den överklagade domen, samt även eftersom klagandena inte angett vilken bevisning, från samma tid som det omtvistade avtalet, det är som tribunalen påstås ha bortsett från.

64 Vad slutligen gäller klagandenas påstående att tribunalen, i punkt 108 i den överklagade domen, grundade sig på bevisning som inte fanns med i det omtvistade beslutet, utan att ge klagandena möjlighet att vederlägga bevisningens relevans, och därmed åsidosatte deras rätt till försvar, konstaterar domstolen följande. Det var endast för fullständighetens skull som tribunalen angav skälet i nämnda punkt 108, vilket också framgår av uttrycket ”i vart fall” som inleder punkten. De skäl som angavs i punkterna 104–106 i den överklagade domen räckte redan för att motivera underkännandet av de argument från klagandenas sida som sammanfattades i punkt 103 i domen. Således finner domstolen att klagandenas argument avseende punkt 108 i den överklagade domen saknar verkan och därför ska lämnas utan avseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2016, SV Capital/EBA, C-577/15 P, EU:C:2016:947, punkt 65).

65 Mot denna bakgrund ogillar domstolen överklagandet såvitt avser den första grunden, eftersom överklagandet i denna del delvis inte kan tas upp till sakprövning och delvis är ogrundat. Domstolen ogillar även överklagandet såvitt avser den andra grunden, eftersom överklagandet i denna del delvis är verkningslöst och delvis är ogrundat.

Den tredje och den fjärde grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

66 I samband med att tribunalen underkände klagandenas andra ogiltighetsgrund avseende felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning beträffande kvalificeringen av Alpharma-koncernen som potentiell konkurrent till Lundbeck, påpekade tribunalen följande i punkterna 119 och 120 i den överklagade domen:

> ”119 … Det ska visserligen påpekas att Alpharma-koncernen överraskades av Lundbecks erhållande den 30 januari 2002 av det patent [som skyddade kristalliseringsmetoden] i Förenade kungariket, eftersom koncernen hade förväntat sig att den ansökan som Lundbeck hade lämnat in den 12 mars 2001 skulle avslås, vilket framgår av ett uttalande från chefen från Alpharma-koncernen med ansvar bland annat för frågor om industriell äganderätt …, som klagandena lämnat in.
>
> 120 Likaså kan det konstateras att även om det framgår av mejlet av den 17 september 2001 – som till vissa delar citeras i skäl 482 i det [omtvistade] beslutet och som har ingetts i fullständig form till tribunalen – att Tiefenbacher hade försäkrat Alpharma-koncernen att Cipla-metoden inte gjorde intrång i Lundbecks nya [metod]patent, drog koncernen senare slutsatsen att denna metod gjorde intrång i [Lundbecks patent för kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket], vilket bland annat framgår av mejlet av den 19 februari 2002.”

67 Klagandena hade genom sin första grund till stöd för sin talan vid tribunalen om ogiltigförklaring gjort gällande att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning vid tolkningen av det omtvistade avtalets innebörd när den fann att Alpharma-koncernen genom avtalet hade åtagit sig att inte sälja något generiskt citalopram under den relevanta perioden.

68 Tribunalen fann att talan inte kunde bifallas på denna grund efter att, i punkterna 164–243 i den överklagade domen, i tur och ordning ha underkänt klagandenas argument avseende lydelsen i punkt 1.1 i det omtvistade avtalet, avtalets ingress, omständigheterna kring avtalets ingående, det förlikningsbeslut som hade meddelats till följd av det omtvistade avtalet för att se till att talan inte fördes om UK-intrånget och den tidpunkt då Alpharma-koncernen inträdde på marknaden.

69 I punkterna 244–247 i domen slog tribunalen slutligen fast att klagandena inte hade lyckats vederlägga de uppgifter som gjorde det möjligt för kommissionen att styrka att det omtvistade avtalet medförde begränsningar som gick utöver dem som Lundbeck skulle ha kunnat få till stånd med stöd av sina nya metodpatent och genom att vinna framgång i eventuella tvister.

70 Genom den tredje grunden till stöd för sin talan om ogiltigförklaring hade klagandena gjort gällande att kommissionen hade gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den kvalificerade det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

71 Tribunalen underkände denna grund i punkterna 248–333 i den överklagade domen.

72 Tribunalen gjorde först, i punkterna 251–257 i den överklagade domen, några inledande anmärkningar och erinrade om EU-domstolens praxis avseende kvalificeringen som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

73 För att belysa den bedömning av den eventuella förekomsten av en ”konkurrensbegränsning genom syfte” som gjorts i det omtvistade beslutet, lyfte tribunalen därefter fram bland annat följande delar:

> ”261 Det framgår … av det [omtvistade] beslutet att även om de begränsningar som föreskrevs i de aktuella avtalen omfattades av tillämpningsområdet för Lundbecks [nya metodpatent] – det vill säga att avtalen endast utgjorde hinder för marknadstillträde för generiskt citalopram som tillverkas med hjälp av en metod som av avtalsparterna bedömts utgöra ett potentiellt intrång i dessa patent, och inte avsåg varje typ av generiskt citalopram – skulle dessa avtal trots allt vara konkurrensbegränsande genom syfte, eftersom de hade förhindrat eller gjort varje bestridande av Lundbecks [nya metodpatent] meningslöst vid de nationella domstolarna, fastän denna typ av bestridande, enligt kommissionen, var en del av den normala konkurrensen på patentområdet (skälen 603–605, 625, 641 och 674 i [det omtvistade] beslutet).
>
> 262 Med andra ord hade de aktuella avtalen, enligt kommissionen, förvandlat ovissheten om utgången av sådana tvistemål till visshet om att generika inte skulle komma ut på marknaden, vilket likaledes kunde utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte då dessa begränsningar inte var ett resultat av avtalsparternas bedömning av ifrågavarande ensamrätts förtjänster utan snarare av storleken på den planerade omvända betalning som i detta fall överskuggade denna utvärdering och utgjorde ett incitament för [tillverkaren av generiska läkemedel] att inte fullfölja sina ansträngningar att träda in på marknaden (skäl 641 i det [omtvistade] beslutet).
>
> 263 Det ska här understrykas att kommissionen inte i det [omtvistade] beslutet har påstått att alla uppgörelser i godo på patentområdet som innehåller omvända betalningar strider mot artikel 101.1 FEUF, utan endast att dessa betalningars oproportionerliga karaktär, kombinerad med flera andra faktorer, exempelvis det faktum att beloppen avseende dessa betalningar åtminstone verkade motsvara de generiska företagens beräknade vinster vid ett inträde på marknaden, avsaknaden av klausuler som skulle göra det möjligt för [tillverkarna av generiska läkemedel] att lansera sina produkter på marknaden när avtalen gått ut utan att behöva befara någon talan om patentintrång från Lundbecks sida, och det faktum att avtalen innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks [nya metod]patent, möjliggjorde slutsatsen att de aktuella avtalen syftade till att begränsa konkurrensen, i den mening som avses i denna bestämmelse (se skälen 661 och 662 i det [omtvistade] beslutet) i det aktuella fallet.”

74 Slutligen gjorde tribunalen i punkterna 266–333 i den överklagade domen en bedömning av huruvida det förelåg en ”konkurrensbegränsning genom syfte” i det aktuella fallet.

75 I detta sammanhang slog tribunalen, i punkt 268 i den överklagade domen, bland annat fast följande. Även om det antas att det omtvistade avtalets räckvidd sammanföll med räckvidden hos Lundbecks nya metodpatent, ska Alpharma-koncernen anses ha beslutat sig för att, i utbyte mot en omvänd betalning, avstå från möjligheten att träda in på marknaden med citalopram tillverkat enligt Cipla-metoden, vilken ansågs göra intrång i ett patent som det fanns rimliga chanser att få ogiltigförklarat. Denna möjlighet var verklig och konkret för Alpharma-koncernen, med följden att betalningen utgjorde en avgörande faktor för dess beslut om att avstå från att använda sig av denna möjlighet.

76 I punkterna 277–279 i domen fann tribunalen att det omtvistade avtalet inte kunde kvalificeras som en uppgörelse i godo. Härvid erinrade tribunalen om att det framgår av domstolens rättspraxis att ett avtal inte har immunitet mot konkurrensrätten enbart därför att det rör ett patent eller därför att det syftar till att lösa en patenttvist genom en uppgörelse i godo. Vidare fann tribunalen att det omtvistade avtalet hade en större räckvidd än talan om UK-intrånget och att beslutet att tills vidare inte gå vidare med nämnda talan endast gällde den tiden då avtalet ägde giltighet, vilket innebar att avtalet inte kunde anses lösa någon tvist.

77 I punkt 287 i domen underkände tribunalen klagandenas argument att kommissionen inte med säkerhet hade visat att Alpharma-koncernen skulle vinna framgång i en eventuell tvist om Lundbecks nya metodpatent; som skäl angav tribunalen att det ingalunda fanns något krav på att kommissionen med säkerhet skulle kunna fastställa att Alpharma-koncernen skulle ha vunnit målet om koncernen hade valt att väcka talan.

78 När det gäller storleken på det belopp som Lundbeck betalat till Alpharma-koncernen framhöll tribunalen, i punkterna 296 och 298 i samma dom, bland annat följande. Kommissionen hade med rätta påpekat att beloppet för denna betalning var kopplat till de vinster som Alpharma-koncernen väntade sig, och att detta belopp utgjorde en säker vinst för koncernen, medan den vinst som kunde följa av inträdet på marknaden var osäker.

79 I punkterna 301–310 i den överklagade domen fann tribunalen att kommissionen hade gjort en riktig bedömning när den likställde omständigheterna i detta mål med omständigheterna i det mål som avgjordes genom domen av den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643).

80 I punkterna 311–326 i den överklagade domen underkände tribunalen även klagandenas argument som innebar att det omtvistade avtalet inte kunde kvalificeras som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” i avsaknad av prejudikat och på grund av det oklara rättsläge som råder kring denna typ av avtal.

81 Tribunalen erinrade för det första, i punkterna 315–317 i den överklagade domen, om EU-domstolens praxis avseende tillämpningen av konkurrensrätten inom just det immaterialrättsliga området. Därefter konstaterade den, i punkt 318 i samma dom, att såväl Lundbeck som Alpharma-koncernen var medvetna om att det åtminstone fanns en risk för att deras agerande kunde ge upphov till konkurrensrättsliga problem. I punkterna 319 och 320–325 i den överklagade domen fann tribunalen att det inte krävs att samma typ av avtal redan har underkänts av kommissionen för att ett avtal ska kunna betraktas som en konkurrensbegränsning genom syfte och att KFST:s pressmeddelande av den 28 januari 2004 (nedan kallat KFST:s pressmeddelande), som klagandena åberopat, inte utgjorde hinder för en sådan kvalificering i förevarande fall. Tribunalen drog därefter, i punkt 326 i den överklagade domen, slutsatsen att ”det redan vid den tiden då det omtvistade avtalet ingicks var fastställt att en patentinnehavare inte hade rätt att betala en potentiell konkurrent för att denne skulle avstå från flera, eller rentav alla, verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden i utbyte mot ett belopp som betalas av patentinnehavaren och som fastställts utifrån de vinster som konkurrenten räknat med att göra vid ett marknadsinträde”.

Parternas argument

82 Genom den tredje grunden, som tar sikte på punkterna 248–333 i den överklagade domen, har klagandena gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i strid med domen av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), slog fast att det omtvistade avtalet utgjorde en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

83 För det första har klagandena hävdat att domstolen i punkterna 57 och 58 i den domen slog fast att beteckningen ”konkurrensbegränsning genom syfte” förutsätter en stor grad av sannolikhet för konkurrensskada och att det är en beteckning som ska användas restriktivt, eftersom tillämpningen av den dels innebär att svarandena berövas grundläggande processuella garantier, dels inte får leda till att avtal som kan visa sig vara konkurrensfrämjande förbjuds. I förevarande fall har klagandena riktat kritik mot punkt 287 i den överklagade domen. Där utgick tribunalen från att Alpharma-koncernen var en potentiell konkurrent till Lundbeck, vilket enligt klagandena inte var fallet, för att därav dra slutsatsen att det var i hög grad sannolikt att det omtvistade avtalet skulle begränsa konkurrensen. Klagandena menar att även om det antas att Alpharma-koncernen var en potentiell konkurrent till

Lundbeck, skulle detta inte göra det möjligt att därav dra slutsatsen att det förelåg en hög grad av sannolikhet för att det omtvistade avtalet skulle begränsa konkurrensen, utan endast att det var *sannolikt* att det begränsade konkurrensen.

84 Klagandena har i detta avseende hävdat att det var nödvändigt att fastställa ”intrångsscenariot”, det vill säga att fastställa vad som skulle ha hänt utan det omtvistade avtalet. Kommissionen borde således enligt klagandena – för att visa att det var i hög grad sannolikt att det omtvistade avtalet kunde få en negativ inverkan på konkurrensen – ha fastställt att det var mycket sannolikt att Alpharma-koncernen, utan det omtvistade avtalet, skulle ha vunnit framgång med en talan avseende Lundbecks nya metodpatent, eller att koncernen då skulle ha ingått ett mindre konkurrensbegränsande avtal än det nu omtvistade, vilket skulle ha gjort det möjligt för koncernen att ta sig in på marknaden tidigare. Även om man utgår från att Alpharma-koncernen hade de möjligheter till framgång som Lundbeck menar – det vill säga 50–60 procents chans att få Lundbecks patent för kristalliseringsmetoden i Förenade kungariket ogiltigförklarat – kan detta enligt klagandena inte leda till slutsatsen att det omtvistade avtalet var av sådan beskaffenhet att det med hög sannolikhet skulle begränsa konkurrensen, särskilt som Alpharma-koncernen först i ett sent skede upptäckte att dess produkt utgjorde patentintrång, såsom framgår av punkterna 119–121 i den överklagade domen.

85 Dessutom anser klagandena att den lösning som tribunalen har valt skulle kunna gränsa till det absurda, om det senare skulle komma att fastställas att Lundbecks nya metodpatent var giltiga. De aktuella avtalen skulle nämligen fortfarande utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, även om det berörda patentet senare kom att betraktas som giltigt och försäljningen av de intrångsgörande produkterna som olaglig.

86 För det andra har klagandena gjort gällande att domstolen i domen av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), betonade betydelsen av den erfarenhet som föreligger av avtal av en typ som liknar det omtvistade avtalet. I punkterna 311–326 i den överklagade domen underkände tribunalen felaktigt argumentet att det var olämpligt att kvalificera det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” då det saknades erfarenhet av förlikningsavtal som ingåtts avseende patenttvister och som föreskriver omvända betalningar. Därigenom bortsåg tribunalen helt från att det omtvistade avtalet utmärkte sig i förhållande till den europeiska myndighets- och domstolspraxis som rör konkurrensrättsliga frågor kopplade till immateriella rättigheter. Likaså bortsåg den från att ståndpunkterna inom doktrinen skiljer sig mycket åt när det gäller denna typ av avtal. Klagandena har dessutom hävdat att tribunalen inte hade fog för att, i punkt 318 i den överklagade domen, dra slutsatsen att det omtvistade avtalet utgjorde en ”konkurrensbegränsning genom syfte” av den anledningen att Lundbeck och Alpharma-koncernen var medvetna om att deras avtal kunde ge upphov till problem i konkurrensrättsligt hänseende eller att avtalet hade varit föremål för prövning i ett rättsutlåtande. Likaså har klagandena gjort gällande att tribunalen, i punkt 319 i den överklagade domen, åsidosatte kravet på restriktiv tolkning av begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte” när den fann att det gick att basera sig på de befintliga erfarenheterna avseende den allmänna formen av samverkan för att, i det aktuella fallet, tillämpa ovannämnda kvalificering; klagandena har dragit sin slutsats om att det förelåg ett sådant åsidosättande mot bakgrund av den specifika karaktär som utmärker förlikningsavtal avseende patenttvister som innehåller klausuler om omvända betalningar, som befinner sig i gränslandet mellan konkurrensrätten och patenträtten och som, för övrigt, tydligt skiljer sig från sådana avtal som avses i domen av den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), som tribunalen nämnde i punkterna 301–310 i den överklagade domen. Det omtvistade avtalet kan nämligen förklaras av Lundbecks legitima önskan att skydda sig mot ett intrångsgörande inträde på dess läkemedelsmarknad och därav följande konsekvenser, samt av Alpharma-koncernens legitima önskan att undvika de ekonomiska och rättsliga följderna av ett marknadsinträde – att detta var olagligt upptäcktes först i ett sent skede – och hantera ett betydande lager av intrångsgörande varor. Klagandena har vidare kritiserat tribunalen för att den, i punkterna 320, 321 och 325 i den överklagade domen, inte beaktade pressmeddelandet från KFST, enligt vilket de aktuella avtalen befann sig i en ”juridisk gråzon”, och kommissionens tvivel avseende

kvalificeringen av dessa avtal. Det var dessa tvivel som motiverade genomförandet av en branschutredning, vilken ledde fram till att kommissionen konstaterade att den här typen av avtal skulle undersökas från fall till fall med beaktande av samtliga relevanta omständigheter. Klagandena anser att dessa omständigheter inte gör det befogat att, såsom tribunalen gjorde i punkt 326 i den överklagade domen, dra slutsatsen att det omtvistade avtalet kunde kvalificeras som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

87 Genom den fjärde grunden, som avser punkterna 160–247 i den överklagade domen, har klagandena gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och åsidosatte principen om oskuldspresumtion genom att underlåta att pröva huruvida kommissionen hade styrkt sina påståenden: dels att den begränsning som föreskrevs i det omtvistade avtalet gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent, dels att Alpharma-koncernen genom avtal hade åtagit sig att inte sälja citalopram som tillverkats enligt en metod som inte gjorde intrång i dessa patent, vilket dock hade hävdats av klagandena inom ramen för deras första ogiltighetsgrund. Klagandena har anfört att tribunalen därigenom, i punkt 162 i den överklagade domen, befriade kommissionen från sin bevisbörda och kastade om bevisbördan genom att, i punkterna 162–243 i den överklagade domen, ålägga klagandena att bevisa att det inte förelåg någon begränsning av försäljningen av icke intrångsgörande citalopram.

Domstolens bedömning

88 Det ska inledningsvis påpekas att klagandena genom den fjärde grunden har kritiserat tribunalen för att ha åsidosatt principen om oskuldspresumtion och kastat om bevisbördan genom att underkänna klagandenas första grund – att tribunalen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning av kommissionens tolkning av det omtvistade avtalets räckvidd – till stöd för sin talan om ogiltigförklaring.

89 Det framgår av punkt 157 i den överklagade domen att klagandena, inom ramen för den första grunden vid tribunalen, gjorde gällande att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning när den fann att Alpharma-koncernen genom det omtvistade avtalet hade åtagit sig att inte sälja något generiskt citalopram under den relevanta perioden; klagandena ansåg nämligen att kommissionen inte hade förfogat över några bevis för att det förhöll sig så.

90 Det framgår även av punkterna 244–247 i den domen att tribunalen ansåg att kommissionen hade styrkt att en bokstavlig, kontextuell och teleologisk tolkning av det omtvistade avtalet gav vid handen att de skyldigheter som Alpharma-koncernen åtagit sig enligt punkt 1.1 i detta avtal inte var begränsade till citalopram som tillverkades enligt metoder som koncernen och Lundbeck hade medgett utgjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent. I punkterna 162–243 i den överklagade domen underkände tribunalen ett efter ett alla de argument som klagandena hade framfört med avseende på det omtvistade avtalets lydelse, omständigheterna kring avtalets ingående samt de händelser som inträffat efter det att avtalet ingåtts.

91 Det enda klagandena har gjort genom åberopandet av den fjärde grunden är således att be domstolen göra en ny bedömning av samtliga faktiska omständigheter och bevis som åberopats vid tribunalen avseende det omtvistade avtalets innebörd.

92 Det följer av artikel 256 FEUF och artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol att ett överklagande till domstolen ska vara begränsat till rättsfrågor. Tribunalen är således ensam behörig att fastställa och bedöma de relevanta omständigheterna liksom att bedöma bevisningen. Bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen är därför inte, utom i det fall då dessa uppgifter har missuppfattats, en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande.

93 Klagandena har emellertid inte påstått, och än mindre visat, att tribunalen missuppfattat de faktiska omständigheterna eller bevisningen.

94 Att tribunalen inte godtog deras argument innebär för övrigt inte heller att tribunalen, såsom klagandena har påstått, åsidosatte principen om oskuldspresumtion eller kastade om bevisbördan, utan endast att den ansåg att klagandenas argument inte var tillräckligt övertygande.

95 Överklagandet kan därför inte tas upp till sakprövning såvitt avser den fjärde grunden.

96 När det gäller den tredje grunden ska det erinras om att domstolen redan har haft tillfälle att precisera, såsom tribunalen påpekade i punkterna 252–254 och 256 i den överklagade domen, att begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte” ska tolkas restriktivt och endast kan tillämpas på vissa avtal mellan företag som i sig, med beaktande av innehållet i avtalens bestämmelser, med beaktande av de mål som eftersträvas med dem och med beaktande av det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket de ingår, är så pass skadliga för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av deras verkningar inte behövs, eftersom vissa former av samordning mellan företag redan till sin art kan anses vara skadliga för den normala konkurrensen (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 67 och där angiven rättspraxis).

97 När det gäller liknande förlikningsavtal – i tvister avseende ett metodpatent för tillverkning av en aktiv ingrediens för vilken patentskyddet upphört – som ingåtts mellan en tillverkare av originalläkemedel och flera tillverkare av generiska läkemedel, och som inneburit att utsläppandet på marknaden av generiska läkemedel skjuts upp i utbyte mot att tillverkaren av originalläkemedel för över monetära eller icke-monetära värden till tillverkarna av generiska läkemedel, har domstolen slagit fast att sådana förlikningsavtal inte alltid kan anses utgöra ”konkurrensbegränsningar genom syfte”, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF (dom av den 30 januari 2020, Generics m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 84 och 85).

98 Dock måste det anses vara fråga om en ”konkurrensbegränsning genom syfte” när det framgår av prövningen av det berörda förlikningsavtalet att de värdeöverföringar som föreskrivs i avtalet enbart förklaras av att både patentinnehavaren och den påstådda intrångsgöraren har ett kommersiellt intresse av att inte konkurrera med varandra med priser och prestationer, eftersom det står klart att avtal genom vilka konkurrenter medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete omfattas av begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte” (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 83 och 87).

99 Vid denna prövning ska det i varje enskilt fall fastställas huruvida det positiva nettosaldot av värdeöverföringarna från tillverkaren av originalläkemedel till tillverkaren av generiska läkemedel var tillräckligt stort för att faktiskt få den sistnämnda tillverkaren att avstå från att inträda på den relevanta marknaden och, följaktligen, få denne att inte konkurrera med priser och prestationer med tillverkaren av originalläkemedel; detta nettosaldo behöver inte nödvändigtvis överstiga den vinst som tillverkaren av generiska läkemedel skulle ha gjort om denne hade vunnit det aktuella patentmålet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 93 och 94).

100 I förevarande fall framgår det av den överklagade domen, och särskilt av punkterna 261, 263, 268, 296, 298 och 326, att Alpharma-koncernen genom det omtvistade avtalet hade åtagit sig att avstå från att träda in på marknaden under avtalets giltighetstid, i utbyte mot betalning från Lundbeck av ett belopp som var kopplat till de vinster som Alpharma-koncernen väntade sig. Tribunalen angav även att för det fall detta belopp skulle understiga det belopp på 10 miljoner USD som kommissionen fastställt, så kvarstår det faktum att det ändå skulle utgöra en säker vinst för Alpharma-koncernen, medan den vinst som kunde följa av inträdet på marknaden var osäker.

101 Vidare fann tribunalen, i punkterna 278 och 279 i den domen, att det omtvistade avtalet hade en mer omfattande räckvidd än talan om UK-intrånget, som specifikt avsåg de tabletter som Alpharma-koncernen redan hade erhållit eller beställt, och som det omtvistade avtalet för övrigt endast sköt upp. Detta bekräftas av Lundbecks uttalande (återgivet i det omtvistade beslutet) att avtalet inte bringade en tvist att upphöra.

102 Härigenom anslöt sig tribunalen till den bedömning som kommissionen gjorde i det omtvistade beslutet och som tribunalen erinrade om i punkt 262 i den överklagade domen. Enligt den bedömningen hade det omtvistade avtalet förvandlat osäkerheten om utgången av en eventuell talan avseende Lundbecks nya metodpatent till visshet om att Alpharma-koncernen inte skulle träda in på marknaden, även om avtalet inte hade ingåtts efter en analys från koncernens sida av de aktuella metodpatentens förtjänster, utan snarare på grund av storleken på de omvända belopp som skulle betalas ut och som fick koncernen att inte gå vidare med sina ansträngningar för att ta sig in på marknaden.

103 Det får således anses – utan att det härvid behöver avgöras om tribunalen gjorde en riktig bedömning när den i punkterna 301–310 i den överklagade domen likställde det omtvistade avtalet med de avtal som var i fråga i det mål som avgjordes genom domen av den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643) – att tribunalen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att det omtvistade avtalet utgjorde en ”konkurrensbegränsning genom syfte” i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.

104 Klagandenas argument föranleder inte någon annan bedömning.

105 För det första saknar klagandena fog för att kritisera tribunalen för att den i punkt 287 i den överklagade domen inte slog fast att kommissionen var skyldig att göra en objektiv bedömning av Alpharma-koncernens verkliga möjligheter att vinna ett eventuellt mål avseende Lundbecks nya metodpatent.

106 I detta avseende finner domstolen – liksom det framgår av punkt 60 i den dom som meddelas i dag i mål C-591/16 P, Lundbeck/kommissionen, och av punkt 80 i den dom som meddelas i dag i mål C-588/16 P, Generics (UK)/kommissionen – att följande gäller. Bedömningen av huruvida det föreligger ett potentiellt konkurrensförhållande mellan parterna i ett förlikningsavtal såsom det omtvistade avtalet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 50) saknar betydelse för kvalificeringen av detta avtal som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Samma sak gäller bedömningen av de aktuella metodpatentens styrka, liksom framgångsutsikterna för den ena eller den andra parten i det berörda förlikningsavtalet. Detta – att nämnda bedömningar saknar betydelse för nämnda kvalificering – beror på att det har fastställts, vilket framgår av punkt 346 i den överklagade domen, att det är utsikterna att erhålla värdeöverföringen från tillverkaren av originalläkemedel som har fått tillverkaren av generiska läkemedel att avstå från ett marknadsinträde (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 89).

107 Kvalificeringen av det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” beror nämligen uteslutande på frågan huruvida avtalsparterna medvetet ersatte den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete. Detta framgår av punkt 98 i förevarande dom.

108 För det andra har klagandena till stöd för sin invändning mot att tribunalen kvalificerat det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” åberopat att det omtvistade avtalet undanröjde legitima farhågor hos både Alpharma-koncernen och Lundbeck, såtillvida att koncernen tack vare detta avtal undgick de ekonomiska och rättsliga konsekvenserna av ett olagligt inträde på marknaden och slapp hantera ett stort lager med intrånggörande produkter, och Lundbeck tack vare avtalet

kunde värja sig mot konsekvenserna av den asymmetriska riskfördelningen mellan patentinnehavaren och tillverkarna av generiska läkemedel. Domstolen finner att klagandena inte kan vinna framgång med denna invändning.

109 Som tribunalen med fog slog fast i punkterna 277 och 317 i den överklagade domen har ett avtal inte immunitet mot konkurrensrätten enbart genom den omständigheten att det rör ett patent eller syftar till att en patenttvist görs upp i godo (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 september 1988, Bayer och Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, EU:C:1988:448, punkt 15) och ett avtal kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen, utan även har andra legitima syften (dom av den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 21).

110 Vidare innebär inte heller den omständigheten att ett konkurrensbegränsande beteende kan utgöra den mest lönsamma eller minst riskfyllda lösningen för ett företag att det kan uteslutas att det rör sig om en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

111 Närmare bestämt har domstolen redan haft tillfälle att slå fast att det inte är fel att kvalificera ett avtal liknande det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” på grund av den omständigheten att det skadestånd som tillverkare av originalläkemedel kan ha rätt till om generiska läkemedel olagligen släpps ut på marknaden ofta väsentligen understiger den skada som tillverkarna av originalläkemedel har åsamkats; domstolen har nämligen framhållit att det ankommer på myndigheterna, och inte på privata företag, att säkerställa att rättsliga föreskrifter iakttas (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 88).

112 Det betyder att ett avtal, som enligt vad som har konstaterats ovan i punkt 103 är tillräckligt konkurrensskadligt för att kvalificeras som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, inte kan undgå en sådan kvalificering på grund av de intressen som klagandena har åberopat.

113 För det tredje saknar klagandena grund för att kritisera tribunalen för att ha fastställt att det omtvistade avtalet hade ett konkurrensbegränsande syfte utan att först ha undersökt ”intrångsscenariot”.

114 Såsom framgår av punkt 139 i den i dag meddelade domen i mål C-591/16 P, Lundbeck/kommissionen, gör denna prövning det möjligt att bedöma verkningarna av ett samordnat förfarande mot bakgrund av artikel 101 FEUF, när bedömningen av nämnda förfarande inte visar att det föreligger en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen för att det ska kunna kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte” (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 115 och 118 och där angiven rättspraxis).

115 Det betyder följaktligen – såsom domstolen har slagit fast i den i dag meddelade domen i mål C-591/16 P, Lundbeck/kommissionen (punkt 140) och vid äventyr av att man annars bortser från den klara åtskillnad mellan begreppen ”konkurrensbegränsning genom syfte” och ”konkurrensbegränsning genom resultat” som följer av själva ordalydelsen i artikel 101.1 FEUF (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 63) – att en prövning av ”intrångsscenariot”, som syftar till att klarlägga effekterna av ett visst samordnat förfarande, inte kan krävas vid bedömningen av huruvida ett samordnat förfarande ska kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

116 Dessutom finner domstolen – såsom framgår av den i dag meddelade domen i mål C-601/16 P, Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen (punkt 86) – att den bedömning som ska göras, i enlighet med punkterna 98 och 99 i förevarande dom, för att avgöra om ett sådant avtal som det omtvistade avtalet ska kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”, inte på något sätt syftar till att

identifiera och kvantifiera de konkurrensbegränsande verkningarna av ett förfarande, utan endast till att fastställa förfarandets objektiva allvarlighetsgrad, som just kan utgöra ett skäl till att dessa verkningar inte behöver bedömas.

117 Såsom anges i punkt 131 i den i dag meddelade domen i mål C-591/16 P, Lundbeck/kommissionen, och i punkt 87 i den i dag meddelade domen i mål C-601/16 P, Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen, innebär den omständigheten att denna bedömning vid behov ska göras efter en nogsam prövning av avtalet – och särskilt av incitamentseffekten av de värdeöverföringar som föreskrivs i avtalet – men även av avtalets syften och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som det ingår i, inte att det ska göras någon undersökning av avtalets konkurrensbegränsande verkningar på marknaden. Det handlar endast om att det ska göras en noggrann helhetsbedömning av de komplexa avtalen som sådana, inte bara för att kunna utesluta att det är fråga om en ”konkurrensbegränsning genom syfte” när det råder tvivel om huruvida de är tillräckligt skadliga för konkurrensen, utan även för att kunna förhindra att avtal undgår denna kvalificering enbart på grund av deras komplexitet trots att en analys av avtalen visar att de objektivt sett är tillräckligt skadliga för konkurrensen.

118 För det fjärde kan klagandena inte med framgång åberopa den omständigheten att den erfarenhet som krävs enligt rättspraxis för att kvalificera det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” saknades i förevarande fall.

119 Domstolen delar i detta avseende den bedömning som tribunalen gjorde i punkt 319 i den överklagade domen, det vill säga att det inte krävs att samma typ av avtal redan har underkänts av kommissionen för att ett avtal ska kunna betraktas som en konkurrensbegränsning genom syfte; detta gäller även då nämnda avtal ingåtts i ett specifikt sammanhang, exempelvis i fråga om immateriella rättigheter.

120 Vid bedömningen av om ett visst avtal ska kvalificeras som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, är det endast avtalets specifika egenskaper som är av betydelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 84 och 85). Utifrån dessa egenskaper ska man bedöma om avtalet kan anses vara särskilt skadligt för konkurrensen, vid behov efter en nogsam prövning av avtalet, avtalets syften och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i.

121 Det omtvistade avtalet – som gjorde att Alpharma-koncernens inträde på marknaden kunde fördröjas, och som var förenat med betalningar som Alpharma-koncernen erhöll från Lundbeck, vilka på grund av beloppens storlek utgjorde ett incitament för koncernen att inte gå vidare med sina ansträngningar för att träda in på marknaden – ingår i den kategori av förfaranden som är särskilt skadliga för konkurrensen.

122 För det femte hade klagandena inte fog för att kritisera tribunalen för att ha funnit att KFST:s pressmeddelande inte utgjorde hinder för att kvalificera det omtvistade avtalet som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

123 Precis som tribunalen gjorde i punkterna 320–324 i den överklagade domen konstaterar domstolen nämligen följande. Även om man i detta pressmeddelande nämner kommissionens ståndpunkt vad gäller de aktuella avtalens konkurrensbegränsande karaktär, så rör det sig endast om en preliminär bedömning, och dessutom har den inte uttryckts i ett pressmeddelande som kommer direkt från någon del av kommissionen själv, utan i ett pressmeddelande från en nationell konkurrensmyndighet. En nationell konkurrensmyndighet kan inte ge företag några berättigade förväntningar om att deras agerande inte strider mot artikel 101 FEUF.

124 Det framgår dessutom av samma punkter i den överklagade domen att KFST i nämnda pressmeddelande hade angett att kommissionens ståndpunkt särskilt avsåg storleken på de av Lundbeck utbetalade beloppen och att alla avtal som har till syfte att en konkurrent mot betalning ska utestängas från marknaden är konkurrensbegränsande.

125 Mot bakgrund av dessa konstateranden finner domstolen således att tribunalen får anses ha gjort en riktig bedömning när den i punkt 326 i den överklagade domen kvalificerade det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, trots pressmeddelandet från KFST.

126 För det sjätte har klagandena kritiserat tribunalen för att den, i punkt 318 i den överklagade domen, fann att den omständigheten att Alpharma-koncernen och Lundbeck var medvetna om att det omtvistade avtalet kunde ge upphov till problem i konkurrensrättsligt hänseende och det faktum att avtalet hade varit föremål för prövning i ett rättsutlåtande, utgjorde skäl som motiverade att avtalet skulle kvalificeras som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Domstolen finner att klagandena saknar fog för denna kritik.

127 Detta argument grundar sig nämligen på en felaktig tolkning av punkt 318 i den överklagade domen. Tribunalens konstaterande i denna punkt ingår i dess prövning av klagandenas argument om påstått oklart rättsläge vad gäller frågan huruvida sådana avtal som det omtvistade avtalet är konkurrensbegränsande. Tribunalen konstaterade där i huvudsak endast att såväl Lundbeck som Alpharma-koncernen, trots påståendet att rättsläget var oklart, varit medvetna om att det åtminstone fanns en risk för att deras agerande kunde ge upphov till problem i konkurrensrättsligt hänseende.

128 Mot denna bakgrund ogillar domstolen överklagandet såvitt avser den tredje och den fjärde grunden, eftersom överklagandet i dessa delar inte kan tas upp till sakprövning respektive är ogrundat.

Den femte grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

129 Genom den femte grunden för talan om ogiltigförklaring gjorde klagandena gällande att kommissionen hade åsidosatt deras rätt till försvar genom att underlåta att inom skälig tid underrätta dem om den pågående utredningen av dem och om de anmärkningar som kommissionen riktade mot dem. Enligt klagandena fick denna underlåtenhet till resultat att klagandena inte förfogade över bevisning som talade till deras fördel.

130 Tribunalen underkände denna grund med hänvisning (i punkterna 353–358 i den överklagade domen) till den rättspraxis som handlar om kravet på rimlighet vad gäller tidsåtgången för administrativa förfaranden inom det konkurrenspolitiska området och villkoren för att fastställa att rätten till försvar har åsidosatts på grund av att detta rimlighetskrav inte har iakttagits. Tribunalen hänvisade bland annat till punkterna 42, 43 och 54 i domen av den 21 september 2006, Technische Unie/kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593), samt till punkterna 118 och 120–122 i domen av den 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/kommissionen och kommissionen/ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P och C-216/09 P, EU:C:2011:190).

131 I punkterna 360 och 361 i den överklagade domen slog tribunalen först fast att varken det första eller det andra skedet av det administrativa förfarande som ledde till antagandet av det omtvistade beslutet hade tagit orimligt lång tid i anspråk.

132 Därefter slog tribunalen fast följande i punkt 362 i den överklagade domen: ”I den mån sökandena som utgångspunkt för påståendet att kommissionen har brustit i skyldigheten att anta ett beslut inom rimlig tid, och därmed har kränkt deras rätt till försvar, grundar sig på det datum då kommissionen för första gången fick kännedom om det omtvistade avtalet, ska det framhållas att en sådan metod inte ligger i linje med rättspraxis, där utgångspunkten tvärtom är det datum då de första åtgärderna som innebar anklagelser om överträdelse vidtogs”.

133 Avslutningsvis uteslöt tribunalen helt att principen om en rimlig tidsåtgång för det administrativa förfarandet skulle ha åsidosatts genom att i punkterna 367–371 i den överklagade domen konstatera följande:

”367 … sökandena har endast åberopat förlusten av tre typer av handlingar, nämligen utkasten och kommentarerna till det omtvistade avtalet, exempelvis det utkast som nämndes i mejlet från [en medarbetare i Alpharma-koncernen] av den 20 februari 2002, verksamhetsplanerna avseende citalopram och handlingarna från deras externa rådgivare.

368 För det fall sökandena, i detta avseende, får anses ha varit så precisa och specifika som erfordras enligt den rättspraxis som det erinras om i punkt 357 [i den överklagade domen], konstaterar tribunalen att det, med beaktande av KFST:s pressmeddelande och den branschutredning som kommissionen inlett, får anses krävas att ett omsorgsfullt och aktsamt företag sparar samtliga handlingar som är av värde för att kunna försvara sig i ett eventuellt ärende om överträdelser av konkurrensrätten, åtminstone fram till dess att den maximala preskriptionstiden enligt unionsrätten har löpt ut (se punkt 363 [i den överklagade domen]).

369 Kravet på omsorg och aktsamhet är ett av de villkor som enligt rättspraxis (se punkt 358 [i den överklagade domen]) måste vara uppfyllda för att någon med framgång ska kunna åberopa att vederbörandes rätt till försvar har åsidosatts på grund av att ett förfarande har tagit orimligt lång tid i anspråk.

370 Om sökandena inte kan redogöra för några särskilda händelser som inträffat, förutom att det helt enkelt förflutit en viss tid, för att motivera att handlingarna i fråga kommit bort, kan deras argument inte godtas.

371 Vad särskilt gäller handlingarna från Alpharma-koncernens externa rådgivare, som denne påstått ha förstört under år 2007 i enlighet med det danska advokatsamfundets regler, konstaterar tribunalen att sökandena inte har inkommit med några ytterligare preciseringar om dessa regler och att de i vart fall, om de hade gått omsorgsfullt tillväga, själva skulle ha kunnat spara kopior av dessa handlingar.”

Parternas argument

134 Genom den femte grunden, som avser punkterna 361–364 och 366–371 i den överklagade domen, har klagandena för det första gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid bedömningen av hur länge utredningen pågick och åsidosatte deras rätt till försvar, i strid med punkt 341 i domen av den 15 juli 2015, SLM och Ori Martin/kommissionen (T-389/10 och T-419/10, EU:T:2015:513). Klagandena har hävdat att tribunalen begick ett fel genom att enbart beakta perioden efter det att Alpharma-koncernen delgetts de åtgärder som visade att företaget anklagades för en överträdelse, det vill säga år 2010 för Alpharma LLC och år 2011 för Xellia, och inte den tidpunkt då kommissionen mottog upplysningar om överträdelsen, det vill säga oktober 2003, vilket motsvarar den tidpunkt då KFST lämnade upplysningar till kommissionen om de aktuella avtalen. Sålunda fann tribunalen att kommissionen inte behövde redovisa några skäl till varför tidsåtgången var att betrakta som rimlig. För det andra har klagandena hävdat att tribunalen begick ett fel genom att tillskriva Alpharma-koncernen en utökad skyldighet att spara handlingar som omfattade tiden före underrättelsen till koncernen om att det pågick en utredning som rörde den, vilket strider mot dom av den 16 juni 2011, Heineken Nederland och Heineken/kommissionen (T-240/07, EU:T:2011:284, punkt 301). Det var enligt klagandena inte möjligt för tribunalen att motivera sin slutsats att Alpharma-koncernen hade en sådan skyldighet genom att hänvisa till att kommissionen hade vidtagit utredningsåtgärder beträffande Lundbecks verksamhet och genomfört en branschutredning, då det enligt klagandena inte hade visats att Alpharma-koncernen kände till denna utredning.

Domstolens bedömning

135 Den femte grunden för överklagandet består av två delar.

136 Genom den första delgrunden har klagandena anfört att det ärende som kommissionen inledde och som utmynnade i det omtvistade beslutet inte påbörjades den dag som tribunalen angett i samband med bedömningen av om handläggningstiden i ärendet varit skälig.

137 Genom den andra delgrunden har klagandena kritiserat tribunalen för att den inte slog fast att deras rätt till försvar hade kränkts genom att förfarandet hade pågått under oskäligt lång tid. Som skäl hade tribunalen framhållit att klagandena inte hade fullgjort sin omsorgsplikt; den borde ha fått dem att spara alla handlingar de kunde behöva för sitt försvar inom ramen för samma förfarande.

138 När det gäller den första delgrunden gör domstolen samma påpekande som tribunalen gjorde i punkt 356 i den överklagade domen, nämligen att tillämpningen av principen om skälig handläggningstid kräver att en distinktion görs mellan två skeden av det administrativa förfarande som genomförs av kommissionen. Det rör sig dels om utredningsskedet, som föregår meddelandet om invändningar, dels om den återstående delen av det administrativa förfarandet. Det första skedet inleds när kommissionen vidtar de första åtgärderna varigenom ett företag anklagas för en överträdelse, och sträcker sig fram till den tidpunkt då meddelandet om invändningar skickas. Det andra skedet omfattar tiden från meddelandet om invändningar till antagandet av kommissionens slutliga beslut (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 2006, Technische Unie/kommissionen, C-113/04 P, EU:C:2006:593, punkterna 42 och 43).

139 I förevarande fall framgår det av punkterna 359 och 361 i den överklagade domen att de första åtgärderna som innebar att kommissionen riktade anklagelser mot Zoetis – numera Alpharma LLC – och Xellia vidtogs den 19 mars 2010 respektive den 14 mars 2011. Klagandena har inte påstått, och än mindre visat, att fastställande av dessa datum beror på att de faktiska omständigheterna har missuppfattats. De har exempelvis varken påstått eller visat att kommissionens mottagande av de uppgifter som lämnades av KFST i oktober 2003 avseende de aktuella avtalen, eller någon senare åtgärd från kommissionens sida som avses i punkt 359 i den överklagade domen, skulle ha inneburit att kommissionen riktade anklagelser mot Alpharma-koncernen.

140 Tribunalen gjorde sig således inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 361 i den överklagade domen fann att det första skedet av förfarandet avseende Zoetis och Xellia hade inletts den 19 mars 2010 respektive den 14 mars 2011.

141 Vad gäller den andra delgrunden konstaterar domstolen följande. Klagandenas påståenden att deras rätt till försvar hade åsidosatts på grund av att det förflutit så pass lång tid mellan ingåendet av det omtvistade avtalet och antagandet av det omtvistade beslutet att de inte kunde återfinna vissa handlingar som de ansåg vara av avgörande betydelse för sitt försvar, underkändes av tribunalen av två skäl.

142 Det första av dessa skäl redovisades i punkt 367 i den överklagade domen. För det första hade klagandena endast åberopat förlusten av tre typer av handlingar, nämligen utkasten och kommentarerna till det omtvistade avtalet, exempelvis det utkast som nämndes i mejlet från en medarbetare i Alpharma-koncernen av den 20 februari 2002, verksamhetsplanerna avseende citalopram och handlingarna från en extern rådgivare. För det andra konstaterade tribunalen, i punkt 370 i den överklagade domen, att klagandena inte hade redogjort för några särskilda händelser som inträffat, förutom att det helt enkelt förflutit en viss tid, för att motivera att handlingarna i fråga kommit bort. För det tredje gjorde tribunalen, i punkt 371 i nämnda dom, följande konstaterande beträffande handlingarna från Alpharma-koncernens externa rådgivare, som denne påstått ha förstört

under år 2007 i enlighet med det danska advokatsamfundets regler: Klagandena hade inte inkommit med några ytterligare preciseringar om dessa regler och om de hade gått omsorgsfullt tillväga så skulle de i vart fall själva ha kunnat spara kopior av dessa handlingar.

143 Det andra av dessa skäl redogjorde tribunalen för i punkterna 368 och 369 i den överklagade domen: Klagandena kunde enligt tribunalen inte göra gällande att deras rätt till försvar hade åsidosatts på grund av att förfarandet tagit oskäligt lång tid, utan att ha uppfyllt sin omsorgsplikt i enlighet med vad som slogs fast i domen av den 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/kommissionen och kommissionen/ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P och C-216/09 P, EU:C:2011:190, punkterna 120–122), som nämns i punkt 358 i den överklagade domen. Tribunalen fann att det med beaktande av KFST:s pressmeddelande och den branschutredning som kommissionen hade inlett, fick anses krävas att ett aktsamt företag skulle spara samtliga handlingar som var av värde för att kunna försvara sig i ett eventuellt ärende om överträdelser av konkurrensrätten, åtminstone fram till dess att den maximala preskriptionstiden enligt unionsrätten har löpt ut.

144 Vad gäller detta andra skäl som tribunalen angett påpekar domstolen att den rättspraxis som tribunalen tillämpade i punkterna 368 och 369 i den överklagade domen saknar samband med klagandenas invändning. Det betyder att tribunalen därigenom ålade klagandena en omsorgsplikt med stöd av rättspraxis som inte är tillämplig på klagandenas situation.

145 Tribunalen hade i punkt 361 i den överklagade domen med rätta slagit fast att det administrativa förfarandet avseende Zoetis och Xellia hade inletts den 19 mars 2010 respektive den 14 mars 2011 och att det inte hade tagit oskäligt lång tid. Det klagandena hade kritiserat kommissionen för var (såsom framgår av punkt 349 i den domen och deras talan om ogiltigförklaring) att kommissionen hade väntat i 8–9 år med att informera dem om den utredning om de aktuella avtalen som kommissionen hade inlett i december 2003, vilket enligt klagandena medfört att de inte längre kunde samla ihop den bevisning de behövde för sitt försvar. Trots detta tillämpade tribunalen direkt rättspraxis som avser fall där rätten till försvar har åsidosatts beroende på att kommissionen tagit oskäligt lång tid på sig för att genomföra *det första skedet av det administrativa förfarandet*, och framför allt punkterna 43, 54 och 60–71 i domen av den 21 september 2006, Technische Unie/kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593) samt punkterna 118–122 i domen av den 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/kommissionen och kommissionen/ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P och C-216/09 P, EU:C:2011:190), som avses i punkterna 357, 358, 362 och 369 i den överklagade domen.

146 Med tillämpning av nämnda rättspraxis fann tribunalen – trots att tidsåtgången för kommissionens administrativa förfarande inte hade ifrågasatts – i punkterna 368 och 369 i den överklagade domen, att det ankom på tribunalen att vid bedömningen av ett eventuellt åsidosättande av Zoetis och Xellias rätt till försvar försäkra sig om att dessa bolag verkligen hade fullgjort den omsorgsplikt som, enligt de domar som nämns i föregående punkt, åligger varje företag som underrättats om att ett förfarande inletts mot det.

147 Domstolen konstaterar således att fastän klagandenas kritik mot kommissionen handlade om att kommissionen inte inlett det administrativa förfarandet mot Zoetis och Xellia tillräckligt tidigt – vilket klagandena ansåg hade lett till ett åsidosättande av deras rätt till försvar – så ålade tribunalen dem en omsorgsplikt med stöd av en rättspraxis som enbart gällde *tiden efter* kommissionens inledande av det administrativa förfarandet.

148 Det innebär således, vilket klagandena med rätta har gjort gällande, att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

149 Domstolen konstaterar dock, att om en dom från tribunalen innehåller domskäl som strider mot unionsrätten, men domslutet framstår som riktigt enligt andra rättsliga grunder, innebär inte detta åsidosättande att avgörandet ska upphävas men domskälen ska ersättas (dom av den

6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/kommissionen, kommissionen/Scuola Elementare Maria Montessori och kommissionen/Ferracci, C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punkt 48).

150 Så är fallet här.

151 Det är visserligen riktigt att tribunalen inte mot klagandena kunde göra gällande en omsorgsplikt som gäller för företag som befinner sig i en annan situation är klagandena, till exempel den situation som var aktuell i de domar som nämns ovan i punkt 145. Tribunalen hade dock inte desto mindre, åtminstone i det aktuella fallet, fog för att slå fast att klagandena hade en specifik skyldighet att iaktta försiktighet som innebar att de var tvungna att, genom bokföring och arkivering, spara sådana uppgifter som gjorde det möjligt att följa deras verksamhet, bland annat för att kunna förfoga över nödvändig bevisning i samband med eventuella administrativa eller rättsliga åtgärder i framtiden.

152 Domstolen gör nämligen följande bedömning vad gäller den branschutredning som – vilket i huvudsak framgår av punkt 22 i den överklagade domen, av skäl 12 i det omtvistade beslutet och av skälen 3–5 i beslutet av den 15 januari 2008 om inledande av en utredning av läkemedelsbranschen – syftade till att undersöka avtal som ingåtts mellan läkemedelsbolag, som exempelvis förlikningsavtalen avseende metodpatenten, för att avgöra om dessa stred mot artiklarna 101 och 102 FEUF: Inledandet av denna utredning den 15 januari 2008 med stöd av artikel 17 i förordning nr 1/2003 utgör för det första något som sådana tillverkare av generiska läkemedel som Zoetis och Xellia – som tribunalen betecknade som ”upplysta och erfarna aktörer” i punkt 189 i den överklagade domen – inte kunde sakna kännedom om, och för det andra något som borde ha föranlett dessa tillverkare att vidta åtgärder för att motverka risken för att de, på grund av tidens gång, skulle stå utan bevisning som skulle kunna vara dem till gagn i eventuella framtida administrativa eller rättsliga förfaranden.

153 Det framgår nämligen tydligt såväl av förarbetena till förordning nr 1/2003 som av artikel 17.1 första stycket i denna förordning att branschutredningar utgör ett instrument som är ägnat att användas för att bekräfta presumtioner om konkurrensbegränsning inom den sektor som utredningarna berör.

154 När kommissionen inleder sådana utredningar måste företag inom den berörda sektorn, särskilt de som har ingått sådana avtal som beslutet att inleda den aktuella utredningen uttryckligen tar sikte på – såsom var fallet med Zoetis och Xellia – räkna med att enskilda förfaranden eventuellt kan komma att inledas mot dem i framtiden. Detta gäller särskilt som det i skäl 8 i beslutet av den 15 januari 2008 om inledande av en utredning av läkemedelsbranschen uttryckligen anges att ”[i] den mån det under utredningen av läkemedelsbranschen framkommer att det kan föreligga konkurrensbegränsande avtal eller förfaranden, eller missbruk av dominerande ställning, kan kommissionen … komma att överväga … [att inleda] utredningar mot enskilda enheter, utredningar som kan leda fram till beslut enligt [artikel 101 och/eller artikel 102 FEUF]”.

155 Följaktligen gör domstolen – utan att det därvid föreligger något behov av att fastställa om Zoetis och Xellia haft kännedom om KFST:s pressmeddelande eller inte – följande bedömning. Med beaktande av det ovan anförda och kommissionens inledande, den 15 januari 2008, av utredningen av läkemedelsbranschen – mindre än fyra och ett halvt år efter det att det omtvistade avtalet löpt ut – kan klagandena inte anses ha stöd för sitt påstående att kommissionens inledande av det administrativa förfarandet mot Zoetis och Xellia kränkte deras rätt till försvar på grund av att det skedde så sent, och därför bör leda till ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

156 Detta gäller särskilt som tribunalen, i punkt 371 i den överklagade domen, gjorde följande påpekande, vilket inte bestritts av klagandena i målet om överklagande: ”Vad särskilt gäller handlingarna från Alpharma-koncernens externa rådgivare, som denne påstått ha förstört under år 2007[, det vill säga innan kommissionen inledde branschutredningen,] i enlighet med det danska advokatsamfundets

regler, konstaterar tribunalen att sökandena inte har inkommit med några ytterligare preciseringar om dessa regler och att de i vart fall, om de hade gått omsorgsfullt tillväga, själva skulle ha kunnat spara kopior av dessa handlingar”.

157 Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet inte bifallas såvitt avser den femte grunden.

Den sjätte grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

158 Genom den sjätte grunden till stöd för sin talan vid tribunalen om ogiltigförklaring gjorde klagandena gällande att kommissionen hade åsidosatt principen om icke-diskriminering genom att, när det gällde det omtvistade avtalet, vidta sanktionsåtgärder mot såväl A.L. Industrier (moderbolag i Alpharma-koncernen) och Xellia (dotterbolag i Alpharmakoncernen), som mot Alpharma LLC (mellanvarande moderbolag i Alpharma-koncernen), trots att kommissionen, när det gällde det avtal som ingåtts av å ena sidan Lundbeck och å andra sidan Merck KGaA och Generics (UK) Ltd, enbart hade vidtagit sanktionsåtgärder mot Merck (moderbolag i Merck-koncernen) och Generics (UK) (dotterbolag i Merck-koncernen), men inte mot Merck Generics Holding GmbH (mellanvarande moderbolag i Merck-koncernen).

159 Tribunalen fann att talan inte kunde bifallas på den grunden och slog fast följande i punkterna 387–392 i den överklagade domen:

”387 … det ska framhållas att under den aktuella perioden utgjorde Alpharma ApS, Alpharma Inc. och A.L. Industrier ett enda företag, vilket inte längre var fallet när det [omtvistade] beslutet antogs. Vid den tidpunkten hörde nämligen var och en av Xellia (som efterträdde Alpharma ApS), Zoetis (som efterträdde Alpharma Inc.) och A.L. Industrier till olika företag, vilket framgår av skälen 50–52 och 1269–1275 i det [omtvistade] beslutet.

…

389 … det framgår tydligt av det [omtvistade] beslutet, särskilt av skälen 43, 1275, 1284 och 1286, att kommissionen fann att A.L. Industrier, som kontrollerade Alpharma Inc., tillsammans med detta bolag utgjorde ett och samma företag, där även Alpharma ApS ingick. Klagandena har för övrigt inte bestritt att dessa tre bolag utgjorde ett enda företag när det omtvistade avtalet ingicks.

390 När det gäller Merck-koncernen framgår det av det [omtvistade] beslutet (fotnot 31) att Generics (UK), som var det bolag som hade ingått två av de aktuella avtalen med Lundbeck, under den period som omfattades av avtalen, kontrollerades av Merck Generics Holding, som i sin tur kontrollerades av Merck. På samma sätt anges i det [omtvistade] beslutet att Generics (UK) år 2007 såldes till ett annat företag, varför det lämnade Merck-koncernen (skäl 33).

391 Det framgår däremot av kommissionens svar på en fråga från tribunalen och av en handling som kommissionen ingav vid detta tillfälle att Merck och Merck Generics Holding fortfarande ingick i samma företag vid den tidpunkt då det [omtvistade] beslutet antogs. Även om denna omständighet, såsom [klagandena] har gjort gällande, inte nämndes i det [omtvistade] beslutet, ska det konstateras att nämnda handling ingår i akten i kommissionens utredning, vilket innebär att kommissionen hade tillgång till denna handling när den antog beslutet.

392 Dessutom ska det påpekas att det med hänsyn till A.L. Industriers ekonomiska situation var helt och hållet motiverat att kommissionen höll Zoetis solidariskt ansvarig för den överträdelse som begåtts av Xellia, eftersom det annars endast var detta sistnämnda företag som skulle ha varit

skyldigt att betala nästan hela det bötesbelopp som var knutet till Alpharma-koncernens överträdelse, vilket skulle ha gjort betalningen av böterna mindre säker. Däremot ska det konstateras att så länge Merck kontrollerar Merck Generics Holding kan det sistnämnda bolagets ekonomiska resurser användas för att betala de böter som ålagts Merck-koncernen, utan att det för detta ändamål är nödvändigt att hänvisa till detta bolag i artikeldelen i det [omtvistade] beslutet."

Parternas argument

160 Genom den sjätte grunden, som avser punkterna 378–394 i den överklagade domen, har klagandena gjort gällande att tribunalen åsidosatte principen om likabehandling genom att fastställa det omtvistade beslutet i den del det var riktat till Zoetis, sedermera Alpharma LLC, och inte i den del det var riktat till Merck Generics Holding, trots att det inte finns något i detta beslut som motiverar att skillnad görs mellan dessa båda företags situationer. Klagandena har även kritiserat tribunalen för att ha ändrat skälen och åsidosatt den rättspraxis som stadgar att en bristande motivering inte kan kompenseras av att den berörde underrättas om skälen till det aktuella beslutet under förfarandet vid unionsdomstolen. Klagandena har härvid hänvisat till punkt 74 i domen av den 19 juli 2012, Alliance One International och Standard Commercial Tobacco/kommissionen (C-628/10 P och C-14/11 P, EU:C:2012:479).

161 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

Domstolens bedömning

162 Genom den sjätte grundens första del har klagandena i huvudsak kritiserat tribunalen för att ha åsidosatt principen om likabehandling genom att underkänna den sjätte grunden som klagandena åberopat till stöd för sin talan om ogiltigförklaring.

163 Domstolen erinrar i detta avseende om att när ett företag har överträtt unionens konkurrensregler ska det, enligt principen om personligt ansvar, ansvara för överträdelsen (dom av den 27 april 2017, Akzo Nobel m.fl./kommissionen, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punkt 49).

164 När företaget består av flera fysiska eller juridiska personer säger artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 inte vilken juridisk eller fysisk person det är som kommissionen ska hålla ansvarig för överträdelsen och ålägga böter (dom av den 27 april 2017, Akzo Nobel m.fl./kommissionen, C-516/15 P, EU:C:2017:314, punkterna 50 och 51 och där angiven rättspraxis).

165 När kommissionen utövar sin befogenhet att vidta sanktionsåtgärder, inom de gränser för befogenheten som uppställts i den rättspraxis som det erinrats om i föregående punkt, får kommissionen likväl inte åsidosätta likabehandlingsprincipen. Denna innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (dom av den 24 september 2020, Prysmian och Prysmian Cavi e Sistemi/kommissionen, C-601/18 P, EU:C:2020:751, punkt 101 och där angiven rättspraxis). Detta påpekades även av tribunalen i punkt 386 i den överklagade domen.

166 Det ska dessutom erinras om att när ett företag genom sitt beteende har åsidosatt artikel 101 FEUF kan detta inte undslippa sanktionsåtgärder på grund av att en annan ekonomisk aktör inte ålagts böter (dom av den 9 mars 2017, Samsung SDI och Samsung SDI (Malaysia)/kommissionen, C-615/15 P, ej publicerad, EU:C:2017:190, punkt 37 och där angiven rättspraxis). Bland annat kan ett företag som har ålagts böter på grund av att det har deltagit i en samverkan i strid med konkurrensreglerna inte yrka att böterna ska undanröjas eller sättas ned med motiveringen att en annan deltagare i samma kartell

inte har blivit föremål för sanktionsåtgärder för en del av eller för hela sitt deltagande i nämnda kartell (dom av den 9 mars 2017, Samsung SDI och Samsung SDI (Malaysia)/kommissionen, C-615/15 P, ej publicerad, EU:C:2017:190, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

167 I det aktuella fallet kan det, under alla omständigheter, konstateras att tribunalen, i punkterna 387–392 i den överklagade domen, slog fast att Alpharma LLC och Merck Generics Holding befann sig i olika situationer vid den tidpunkt då det omtvistade beslutet antogs: dels på grund av det faktum att Xellia, Zoetis (sedermera Alpharma LLC) och A.L. Industrier alla tillhörde olika företag, medan Merck och Merck Generics Holding – yttersta moderbolag respektive moderbolag i Generics (UK) (som lämnade Merck-koncernen efter det att de aktuella avtalen löpt ut) – ingick i samma företag, dels på grund av den specifika ekonomiska situationen för de bolag som var inblandade i de aktuella avtalen.

168 Eftersom klagandena inte befinner sig i en likadan situation som Merck Generics Holding, kan klagandena följaktligen inte med framgång göra gällande att tribunalen har åsidosatt likabehandlingsprincipen.

169 Denna slutsats påverkas inte av den omständighet som klagandena har åberopat inom ramen för den andra delen av den sjätte grunden, nämligen att tribunalen, för att motivera skillnaden i behandling mellan Zoetis (sedermera Alpharma LLC) och Merck Generics Holding, kompletterade motiveringen i det omtvistade beslutet genom att ange att Zoetis inte ingick i samma företag som A.L. Industrier vid den tidpunkt då det omtvistade beslutet antogs.

170 Bortsett från att denna precisering (som tribunalen gjorde i den andra meningen i punkt 387 i den överklagade domen) endast utgör ett av de två skälen till att göra skillnad mellan klagandenas situation och Merck Generics Holdings situation – det andra skälet, som anges i punkt 392 i den överklagade domen, har att göra med den specifika ekonomiska situationen för de bolag som var inblandade i de aktuella avtalen, och detta har inte bestritts av klagandena – påpekar domstolen att denna precisering, precis som tribunalen angav i punkt 387 i den överklagade domen, framgår av det omtvistade beslutet i sig.

171 Bedömningen av motiveringen av en rättsakt ska inte ske endast utifrån motiveringens lydelse, utan även utifrån det sammanhang i vilket den ingår och samtliga rättsregler på det aktuella området (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 1990, Delacre m.fl./kommissionen, C-350/88, EU:C:1990:71, punkt 16 och där angiven rättspraxis), vid behov med beaktande av om rättsakten har antagits i ett sammanhang som är känt för den som rättsakten riktar sig till (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2020, Rosneft m.fl./rådet, C-732/18 P, ej publicerad, EU:C:2020:727, punkt 77 och där angiven rättspraxis). Med hänsyn till detta finner domstolen att den omständigheten att en förklaring som kommissionen har lämnat i ett skriftligt yttrande till tribunalen (enligt vad som framgår av punkt 379 i den överklagade domen) inte återfinns uttryckligen, och inte har kommit till uttryck på ett uttömmande sätt, i det omtvistade beslutet, inte nödvändigtvis kan hindra tribunalen från att beakta denna förklaring, liksom uppgifterna i beslutet, för att bemöta de argument som en sökande har anfört (se, analogt, dom av den 30 september 2003, Freistaat Sachsen m.fl./kommissionen, C-57/00 P och C-61/00 P, EU:C:2003:510, punkterna 62 och 63).

172 Detta gäller i synnerhet när tribunalen ska ta ställning till argument (såsom de argument som anförts av klagandena) om att kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen vid utformningen av det omtvistade beslutet, trots att det (vilket det erinras om ovan i punkt 164), för det fall ett företag består av flera olika fysiska eller juridiska personer, i princip står kommissionen fritt att peka ut en av dessa som ansvarig för överträdelsen, och det inte rimligen kan krävas av kommissionen att denna i sitt beslut, för vart och ett av de bolag som beslutet riktar sig till, ska förklara varför den anser att ansvaret åvilar antingen samtliga eller endast en del av de fysiska eller juridiska personer som ingår i det eller de företag som har deltagit i ett förfarande som strider mot artikel 101 eller artikel 102 FEUF.

173 Mot denna bakgrund ogillar domstolen överklagandet såvitt avser den sjätte grunden.

Den sjunde grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

174 I punkterna 401–407 i den överklagade domen underkände tribunalen den andra delen av den sjunde grunden som klagandena åberopat till stöd för sin talan om ogiltigförklaring. Genom den delgrunden hade klagandena gjort gällande att kommissionen, vid beräkningen av de böter som klagandena ålades, underlåtit att beakta att rättsläget var oklart beträffande bedömningen av det omtvistade avtalet från konkurrensrättsligt perspektiv.

175 Tribunalen erinrade inledningsvis, i punkterna 403–405 i den överklagade domen, om vad som fastslagits i EU-domstolens praxis beträffande kravet på förutsebarhet vad gäller överträdelser och villkoret att en överträdelse av artiklarna 101 och 102 FEUF ska ha begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet” i den mening som avses i artikel 23.2 första stycket i förordning nr 1/2003. Tribunalen fann även, i punkt 407 i den domen, att Alpharma-koncernen inte var ovetande om att ingåendet av det omtvistade avtalet kunde vara problematiskt från konkurrensrättssynpunkt.

176 Tribunalen angav därefter att det framgick av punkterna 314 och 318 i den överklagade domen att rättsläget inte var oklart vad gäller möjligheten att kvalificera ett avtal med det omtvistade avtalets kännetecken, som ingåtts i ett sådant sammanhang som det avtalet, som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

Parternas argument

177 Genom den sjunde grunden, som tar sikte på punkterna 401–407 i den överklagade domen, har klagandena gjort gällande att tribunalen åsidosatte rättssäkerhetsprincipen när den fann att rättsläget inte var oklart vad gäller kvalificeringen av det omtvistade avtalet som ”konkurrensbegränsning genom syfte” och således tillät kommissionen att ålägga dem mycket höga böter. Att rättsläget var oklart framgår enligt klagandena av KFST:s uttalanden, men även av längden på den branschutredning som föregick det förfarande som utmynnade i det omtvistade beslutet och av längden på själva beslutet.

178 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

Domstolens bedömning

179 Såsom angetts av tribunalen i punkt 405 i den överklagade domen får sanktionsåtgärder vidtas mot ett företag för ett agerande som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF, om företaget inte kan ha varit omedvetet om att dess agerande var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida företaget var medvetet om att det överträdde konkurrensreglerna i fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 37).

180 Härav följer, såsom tribunalen erinrade om i punkt 404 i den överklagade domen och såsom domstolen har slagit fast i den i dag meddelade domen i mål C-588/16 P, Generics (UK)/kommissionen (punkt 137), att den omständigheten att det berörda företaget gjort en felaktig rättslig kvalificering av det agerande som ligger till grund för fastställandet av överträdelsen inte får leda till att företaget undgår att åläggas böter om företaget objektivt sett kunde fastställa att nämnda agerande var konkurrensbegränsande, eventuellt genom att ta hjälp av lämpliga sakkunniga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 38).

181 I förevarande fall hade tribunalen fog för att (i punkterna 315–317 i den överklagade domen, till vilka det hänvisas i punkt 406 i samma dom) påpeka att det följer av fast rättspraxis (såsom det erinras om ovan i punkt 109) att ett avtal inte har immunitet mot konkurrensrätten enbart därför att det rör ett patent eller därför att det syftar till att lösa en patenttvist i godo.

182 Vidare påpekade tribunalen (i punkt 318 i den överklagade domen, som det också hänvisas till i punkt 406 i samma dom) att det från såväl Lundbecks som Alpharma-koncernens perspektiv stod klart att det åtminstone fanns en risk för att det omtvistade avtalet kunde ge upphov till konkurrensrättsliga problem. Lundbeck hade nämligen gjort bedömningen att ”det … ur ett konkurrensrättsligt perspektiv [ansågs] som ’svårt’ att få till stånd ett avtal med [tillverkarna av generiska läkemedel]” och Alpharma-koncernen hade skickat ett utkast till det omtvistade avtalet till en konkurrensrättslig expert för rådgivning.

183 Tribunalen gjorde således en riktig bedömning när den i punkt 407 i den överklagade domen fann att Alpharma-koncernen inte var ovetande om att ingåendet av det omtvistade avtalet kunde vara problematiskt från konkurrensrättssynpunkt. Klagandena kan följaktligen inte vinna framgång med sitt påstående att tribunalen åsidosatte rättssäkerhetsprincipen genom att tillåta kommissionen att ålägga dem böter med anledning av ingåendet av det omtvistade avtalet.

184 Att KFST:s pressmeddelande inte föranleder någon annan slutsats följer av samma skäl som de som anges ovan i punkterna 123 och 124.

185 Om pressmeddelandet inte utgör hinder för att kvalificera det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, kan det än mindre stå i vägen för att detta avtal beivras, inte ens om det sker medelst böter till ett belopp som klagandena bedömer som mycket högt.

186 Inte heller finner domstolen att det kan anses föreligga något hinder för nämnda sanktionsåtgärd med anledning av klagandenas påstående att längden på den branschutredning som föregick det förfarande som utmynnade i det omtvistade beslutet, och längden på själva beslutet, bekräftar att rättsläget var oklart avseende sådana avtal som det omtvistade avtalet.

187 Bortsett från den omständigheten att det framgår av den överklagade domen att klagandena inte hade åberopat dessa omständigheter vare sig inom ramen för den tredje ogiltighetsgrunden (som handlade om att artikel 101.1 FEUF hade åsidosatts genom kvalificeringen av det omtvistade avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”) eller inom ramen för den sjunde ogiltighetsgrunden (om fel som påverkat beräkningen av klagandenas böter), räcker det att påpeka följande. En sådan utredning som den ovannämnda inleds, såsom framgår ovan av punkterna 153 och 154, i syfte att bekräfta eller vederlägga presumtioner om att det föreligger konkurrensbegränsning inom den sektor som utredningen rör, och det finns inget som stöder uppfattningen att utredningens längd kan skingra de tvivel som kommissionen gett uttryck för beträffande de specifika avtal som utredningen rör.

188 Likaså saknar det betydelse i detta avseende hur långt själva beslutet är. Det har ju ovan i punkt 120 redan erinrats om att kvalificeringen av ett avtal som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” kan förutsätta en nogsam prövning av avtalet, avtalets syften och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i. När det gäller just det omtvistade beslutet ska det framhållas att detta avsåg fem separata företag och sex olika avtal, vilka alla krävde en särskild bedömning, samt var riktat till tolv bolag.

189 Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den sjunde grunden.

Den åttonde grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

190 Klagandena hade som sjunde grund för sin talan om ogiltigförklaring åberopat felaktigheter som de påstod hade påverkat beräkningen av de böter som de ålagts. Tribunalen underkände den grunden genom att bland annat, i punkt 398 i den överklagade domen, först bekräfta riktigheten i kommissionens bedömning att det var fråga om en allvarlig överträdelse. Vad sedan gäller fastställandet av grundbeloppet för böterna framhöll tribunalen, i punkterna 414–433 i den överklagade domen, att kommissionen hade valt att – med tillämpning av punkt 37 i 2006 års riktlinjer för bötesberäkning – avvika från riktlinjernas allmänna metod för att fastställa bötesbeloppet och som grundbelopp hade använt värdet på de betalningar som Alpharma-koncernen hade erhållit från Lundbeck, vilket klagandena inte hade klandrat kommissionen för.

Parternas argument

191 I målet vid tribunalen anförde klagandena att kommissionen inte hade beaktat överträdelsens grad av allvar när den fastställde beloppet för klagandenas böter. Som åttonde grund i detta mål vid domstolen har klagandena kritiserat tribunalen för att ha underkänt det argumentet. Enligt klagandena tillät tribunalen kommissionen – i strid med artikel 21.3 i förordning nr 1/2003 – att fastställa beloppen för de böter som tillverkarna av generiska läkemedel skulle åläggas (vilket framgår av punkt 1361 i det omtvistade beslutet), utan att göra någon åtskillnad mellan överträdelserna utifrån deras art eller geografiska räckvidd, eller utifrån deras marknadsandelar. Klagandena har framhållit att detta är särskilt klandervärt då överträdelsen i förevarande fall kvalificerades som ”mycket allvarlig” i meddelandet om invändningar och därefter som enbart ”allvarlig” i det omtvistade beslutet.

192 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall på den åttonde grunden.

Domstolens bedömning

193 Såsom framgår av punkterna 419 och 421 i den överklagade domen beräknades beloppet för Alpharma-koncernens böter inte med tillämpning av den allmänna metoden enligt 2006 års riktlinjer för bötesberäkning, utan med hjälp av en annan – därifrån avvikande – metod, vilket är tillåtet enligt punkt 37 i riktlinjerna. Detta har inte bestritts av klagandena. Kommissionen är nämligen inte bunden av dessa riktlinjer, till exempel punkterna 19–22 där det anges att den ska fastställa ett grundbelopp för böterna utifrån en exakt allvarlighetsgrad hos den berörda överträdelsen.

194 Klagandena får således genom den åttonde grunden för överklagandet anses ha invänt inte mot själva den metod som kommissionen använt och tribunalen godkänt, utan mot det bötesbelopp som fastställts i det omtvistade beslutet på grund av den överträdelse som begåtts, och som tribunalen (punkt 398 i den överklagade domen) med rätta bedömt som allvarlig.

195 Enligt fast rättspraxis ankommer det inte på domstolen – när den prövar rättsfrågor i ett mål om överklagande – att av skälighetshänsyn ändra den bedömning som tribunalen med stöd av sin obegränsade behörighet har gjort av bötesbelopp som företag ålagts på grund av att de överträtt unionsrätten (dom av den 26 september 2018, Philips och Philips France/kommissionen, C-98/17 P, ej publicerad, EU:C:2018:774, punkt 107 och där angiven rättspraxis).

196 Det är endast om domstolen finner att böterna inte bara är olämpliga, utan även så överdrivet höga att de är oproportionerliga, som den ska slå fast att tribunalen, genom att fastställa ett olämpligt bötesbelopp, har gjort en felaktig rättstillämpning (dom av den 26 september 2018, Philips och Philips France/kommissionen, C-98/17 P, ej publicerad, EU:C:2018:774, punkt 107 och där angiven rättspraxis).

197 Således kan någon prövning i sak inte göras av en grund varigenom det av tribunalen fastställda bötesbeloppet ifrågasätts utan att det anges några skäl till varför bötesbeloppet är att betrakta som så överdrivet högt att det är oproportionerligt (dom av den 25 juli 2018, Orange Polska/kommissionen, C-123/16 P, EU:C:2018:590, punkt 115).

198 I det aktuella fallet har klagandena ingalunda gjort gällande, och än mindre visat, att de böter som de ålagts genom det omtvistade beslutet och som godkänts av tribunalen var så överdrivet höga att de var oproportionerliga.

199 Överklagandet kan följaktligen inte prövas såvitt avser den åttonde grunden.

Den nionde grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

200 Tribunalen fann att talan om ogiltigförklaring inte kunde bifallas på den åttonde grunden. Genom denna grund hade klagandena gjort gällande att det förelåg en uppenbart oriktig bedömning beträffande den övre gränsen för de böter som A.L. Industrier (moderbolag i Alpharma-koncernen vid tiden för det omtvistade avtalet) var skyldigt att erlägga i egenskap av medgäldenär. Den oriktiga bedömningen bestod enligt klagandena i att kommissionen för detta ändamål hade baserat sig på omsättningen för år 2011 och inte den högre omsättningen för år 2012, vilket skulle ha belastat A.L. Industrier med en större andel av de böter för vilka A.L. Industrier, Alpharma LLC och Xellia Pharmaceuticals ålades ett solidariskt betalningsansvar. Som skäl till varför den åttonde grunden skulle underkännas angav tribunalen i punkterna 449–456 i den överklagade domen dels att kommissionen inte hade baserat sig på det senaste fullständiga räkenskapsåret före antagandet av det omtvistade beslutet (det vill säga räkenskapsåret 2012) utan det föregående (det vill säga räkenskapsåret 2011) med motiveringen att det sistnämnda året utgjorde det sista fullständiga räkenskapsåret *med normal verksamhet*, dels att kommissionen hade fog för att gå till väga på detta sätt eftersom räkenskapsåret 2012 var det år då A.L. Industriers tillgångar likviderades och eftersom det räkenskapsåret uppvisade inkomster som inte ingår i en normal ekonomisk verksamhet.

201 I punkterna 458 och 459 i den överklagade domen slog tribunalen fast följande:

> ”458 … enligt rättspraxis är syftet med att i artikel 23.2 [i förordning nr 1/2003] fastställa en övre gräns på 10 procent av omsättningen för varje företag som deltagit i en överträdelse bland annat att undvika att åläggande av böter som överstiger denna gräns överskrider företagets betalningsförmåga vid den tidpunkt då företagets ansvar för överträdelsen fastställs och då företaget åläggs böter av kommissionen (dom [av den 4 september 2014,] YKK m.fl./kommissionen, [C-408/12 P, EU:C:2014:2153], punkt 63; se även, för ett liknande resonemang, dom [av den 15 juni 2005,] Tokai Carbon m.fl./kommissionen, [T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, ej publicerad, EU:T:2005:220], punkt 389, och dom av den 16 november 2011, Kendrion/kommissionen, T-54/06, EU:T:2011:667, punkt 91).

459 Det innebär följaktligen att kommissionen, efter att ha uteslutit möjligheten att fastställa den övre gränsen för A.L. Industrier utifrån år 2012, det vill säga året precis före det år då [det omtvistade] beslutet antogs, inte kunde gå tillbaka till [år] 2005, utan var tvungen att använda omsättningen från det sista året, före [år] 2012, under vilket A.L. Industriers ekonomiska verksamhet hade varit normal, oberoende av dess verksamhetsområden.”

Parternas argument

202 Genom den nionde grunden, som riktar sig mot punkterna 458 och 459 i den överklagade domen, har klagandena gjort gällande att tribunalen åsidosatte artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 samt domen av den 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/kommissionen (C-76/06 P, EU:C:2007:326, punkt 20), och domen av den 15 maj 2014, 1. garantovaná/kommissionen (C-90/13 P, ej publicerad, EU:C:2014:326, punkterna 15–17), genom att tillämpa ett felaktigt kriterium för att fastställa det räkenskapsår som ska tjäna som utgångspunkt för bestämmandet av den övre gränsen för de böter som kan åläggas A.L. Industrier.

203 Tribunalen har enligt klagandena tolkat artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 alltför restriktivt genom att endast ta fasta på syftet att undvika att böter går utöver företagens betalningsförmåga utan att väga det mot det andra syftet, nämligen att säkerställa att ålagda böter får en tillräckligt avskräckande verkan. Klagandena menar att de böter som tribunalen därigenom, baserat på bolagets omsättning för år 2011, påförde A.L. Industrier var olämpliga med hänsyn till dess betalningsförmåga och faktiska ekonomiska situation under den period som överträdelsen pågick. Klagandena har i sin replik preciserat att tribunalen, i punkt 459 i den överklagade domen, underkände år 2005 som referensår enbart av det skälet att det inte utgjorde det sista räkenskapsåret då A.L. Industrier bedrev normal verksamhet före år 2012.

204 Kommissionen anser för sin del att den nionde grunden ska avvisas – eftersom konstaterandet att det sista hela räkenskapsår som avspeglade en normal ekonomisk verksamhet hos AL Industrier var år 2011 avser de faktiska omständigheterna – och att denna grund i vart fall inte kan leda till bifall för överklagandet.

Domstolens bedömning

205 Det ska inledningsvis påpekas att klagandena genom den nionde grunden inte har kritiserat tribunalens bedömning av normalkaraktären hos räkenskapsåret 2011 eller räkenskapsåret 2005. Detta utgör en bedömning av de faktiska omständigheterna, och en sådan bedömning kan inte omprövas inom ramen för ett överklagande om klagandena inte har styrkt eller ens hävdat att tribunalen har missuppfattat de faktiska omständigheterna eller bevisningen. Föremålet för klagandenas kritik är det kriterium som tribunalen använde när den lämnade räkenskapsåret 2012 utan avseende.

206 Domstolen finner således – till skillnad från vad kommissionen har anfört – att överklagandet kan prövas på denna grund.

207 Domstolen finner att det finns ytterligare ett skäl till att överklagandet kan prövas i sak på denna grund. Det är att ett eventuellt konstaterande av felaktig rättstillämpning vid tribunalen – beträffande valet av det räkenskapsår som skulle läggas till grund för fastställandet av den övre gränsen för den andel av bötesbeloppet som A.L. Industrier hade ett solidariskt betalningsansvar för – inte skulle leda till att andelen av det solidariska betalningsansvaret för detta bolag, i förhållande till vilket det omtvistade beslutet har vunnit laga kraft, skulle öka – vilket klagandena för övrigt inte har krävt – och endast skulle få konsekvenser för klagandena.

208 I sak konstaterar domstolen att det genom artikel 23.2 andra stycket i förordning nr 1/2003 införs en övre gräns för de böter som kommissionen kan påföra företag som har brutit mot artiklarna 101 och 102 FEUF, i syfte att undvika böter som är oproportionerliga i förhållande till de berörda företagens storlek (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/kommissionen, C-76/06 P, EU:C:2007:326, punkt 24), och sålunda undvika böter som överstiger 10 procent av företagens sammanlagda omsättning under det räkenskapsår som föregår det år under vilket kommissionen antog sanktionsbeslutet.

209 Vad gäller det sista har domstolen redan uttalat följande. Kommissionen ska, vid tillämpningen av begreppet ”föregående räkenskapsår”, i varje enskilt fall, och med beaktande av sammanhanget och de mål som eftersträvas med det påföljdssystem som föreskrivs i förordning nr 1/2003, bedöma den inverkan som eftersträvas på det berörda företaget, bland annat genom att beakta en omsättning som återspeglar företagets faktiska ekonomiska situation under den tidsperiod då överträdelsen ägde rum (dom av den 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/kommissionen, C-76/06 P, EU:C:2007:326, punkt 25).

210 Kommissionen behöver därför inte grunda sig på det räkenskapsår som närmast föregår det räkenskapsår under vilket kommissionen antog sitt beslut, om detta inte motsvarar ett helt räkenskapsår med normal ekonomisk verksamhet under en tolvmånadersperiod (dom av den 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/kommissionen, C-76/06 P, EU:C:2007:326, punkt 26).

211 Det kan emellertid, med beaktande av ordalydelsen, sammanhanget och de mål som eftersträvas med det påföljdssystem som införts genom förordning nr 1/2003, konstateras att kommissionen är skyldig att grunda sig på det första föregående hela räkenskapsåret med normal ekonomisk verksamhet.

212 I förevarande fall framgår det av punkterna 451 och 459 i den överklagade domen att tribunalen fann, för det första, att det räkenskapsår som närmast föregick beslutsåret – det vill säga räkenskapsåret 2012 – inte utgjorde ett räkenskapsår med normal ekonomisk verksamhet, eftersom det under det räkenskapsåret skedde en likvidation av tillgångar samt, för det andra, att räkenskapsåret 2011 utgjorde ett räkenskapsår med normal ekonomisk verksamhet.

213 Mot bakgrund av dessa konstateranden, vilka ingick i den bedömning som tribunalen ensam var behörig att göra, och vilka klagandena inte har hävdat gav uttryck för någon missuppfattning, slår domstolen fast följande. Tribunalen gjorde rätt när den grundade sig på omsättningen från räkenskapsåret 2011 för att beräkna den övre gränsen för A.L. Industriers böter med tillämpning av artikel 23.2 andra stycket i förordning nr 1/2003, och det förelåg därvid inget behov av att bedöma lämpligheten av att basera sig på omsättningen under ett tidigare räkenskapsår, i förevarande fall omsättningen för år 2005.

214 Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser den nionde grunden. Överklagandet ska således ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

215 I artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 i rättegångsreglerna ska tillämpas i mål om överklagande, föreskrivs att tappande part ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

216 Kommissionen har yrkat att klagandena ska ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klagandena har tappat målet, ska klagandena förpliktas att bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader.

217 I artikel 140.1 i domstolens rättegångsregler, som enligt artikel 184.1 i dessa regler också ska tillämpas i mål om överklagande, föreskrivs att medlemsstater och institutioner som har intervenerat ska bära sina rättegångskostnader.

218 Förenade kungariket ska följaktligen förpliktas att bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) Xellia Pharmaceuticals ApS och Alpharma LLC ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.

3) Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.

Underskrifter