Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 25 mars 2021 *

[Text rättad genom beslut av den 3 september 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 – Försäljning som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen”

I mål C-591/16 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 18 november 2016,

H. Lundbeck A/S, Valby (Danmark),

Lundbeck Ltd, Milton Keynes (Förenade kungariket),

inledningsvis företrädda av R. Subiotto, QC, och T. Kuhn, Rechtsanwalt, därefter av R. Subiotto, QC,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

[Rättad genom beslut av den 3 september 2021] **Europeiska kommissionen**, företrädd av F. Castilla Contreras, T. Vecchi, B. Mongin och C. Vollrath, samtliga i egenskap av ombud,

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. Turner, QC, J. Holmes, QC, och M. Demetriou, QC, samt av T. Sebastian, barrister, därefter företrätt av D. Guðmundsdóttir, i egenskap av ombud, biträdd av J. Turner, QC, J. Holmes, QC, och M. Demetriou, QC, samt av T. Sebastian, barrister,

* Rättegångsspråk: engelska.

intervenient i andra instans,

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), Genève (Schweiz), företrädd av F. Carlin, barrister, och N. Niejahr, Rechtsanwältin,

intervenient i första instans,

meddelar

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,

och efter att den 4 juni 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 H. Lundbeck A/S och Lundbeck Ltd har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 8 september 2016, Lundbeck/kommissionen (T-472/13, EU:T:2016:449) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade tribunalen H. Lundbeck A/S och Lundbeck Ltd: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 I artikel 23.2 a 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) föreskrivs följande:

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

a) överträder [artiklarna 101 eller 102 FEUF] …”

2006 års riktlinjer för bötesberäkning

3 I punkterna 6, 13 och 22 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:

”6. Kombinationen av försäljningsvärdet och varaktigheten är ett lämpligt beräkningstal för att värdera överträdelsens ekonomiska betydelse och omfattningen av varje företags delaktighet i överträdelsen. Dessa mått ger en god indikation om ett rimligt bötesbelopp, men de skall inte ses som en automatisk och aritmetisk grund för beräkningen av böterna.

…

13. Kommissionen fastställer grundbeloppet genom att utgå från försäljningsvärdet från de varor eller tjänster som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen och som företaget sålt i det berörda geografiska området inom [Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES)]. Kommissionen utgår i regel ifrån företagets försäljning under det sista kompletta räkenskapsåret då det deltar i överträdelsen (nedan kallat försäljningsvärdet).

…

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.”

2014 års riktlinjer om avtal om tekniköverföring

4 Punkt 29 i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101 [FEUF] på avtal om tekniköverföring (EUT C 89, 2014, s. 3) (nedan kallade 2014 års riktlinjer för avtal om tekniköverföring) har följande lydelse:

”I princip anses parterna i ett avtal inte vara konkurrenter om de har en ensidig eller ömsesidig blockerande ställning. En ensidig blockerande ställning föreligger när en teknikrättighet inte kan utnyttjas utan att man gör intrång i en annan giltig teknikrättighet eller om en part inte kan vara verksam på ett kommersiellt lönsamt sätt på den relevanta marknaden utan att göra intrång på den andra partens teknikrättighet. Detta är fallet till exempel om en teknikrättighet omfattar en förbättring av en annan teknikrättighet och förbättringen inte kan utnyttjas lagligt utan en licens för den grundläggande teknikrättigheten. En ömsesidig blockerande ställning föreligger när ingendera teknikrättigheten kan utnyttjas utan att man gör intrång i den andra giltiga teknikrättigheten eller om ingendera parten kan vara verksam på den relevanta marknaden på ett kommersiellt lönsamt sätt utan att göra intrång på den andra partens giltiga teknikrättighet och om parterna därför måste få licens från varandra eller avsäga sig rättigheterna till sina respektive tekniker. I praktiken kan det dock förekomma fall där det är oklart huruvida en viss teknikrättighet är giltig och har överträtts.”

Bakgrund till tvisten samt det omtvistade beslutet

5 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-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); det överklagande som ingetts i mål C-611/16 P (Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen mot domen av den 8 september 2016, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen (T-471/13, ej publicerad, EU:T:2016:460) 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).

6 I punkterna 1–75 i den överklagade domen redogjorde tribunalen för bakgrunden till tvisten enligt följande:

”I – De bolag som berörs av det aktuella målet

1 H. Lundbeck A/S … är ett danskt bolag som kontrollerar en koncern, i vilken det i Förenade kungariket etablerade bolaget Lundbeck Ltd ingår, som är specialiserat inom forskning, utveckling, tillverkning, marknadsföring, försäljning och distribution av farmaceutiska produkter för behandling av sjukdomar som rör det centrala nervsystemet, däribland depression.

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

3 Merck KGaA … är ett tyskt bolag som är specialiserat på det farmaceutiska området och som vid den tidpunkt då de berörda avtalen ingicks, indirekt via koncernen Merck Generics Holding GmbH …, ägde 100 procent av sitt dotterbolag Generics UK Limited (nedan kallat GUK). Detta företag ansvarade för utveckling och saluförande av generiska farmaceutiska produkter i Förenade kungariket.

4 Merck och GUK betraktades av kommissionen som ett enda företag i konkurrensrättslig mening (nedan kallat Merck (GUK)), vid tidpunkten för de relevanta faktiska omständigheterna.

5 Arrow Group A/S, omdöpt till Arrow Group ApS i augusti 2003 (nedan utan åtskillnad kallat Arrow Group) är ett danskt bolag i ledningen för en företagskoncern som är närvarande i flera medlemsstater och sedan år 2001 är verksamt inom utveckling och försäljning av generiska läkemedel.

6 Arrow Generics Ltd är ett brittiskt bolag och ett dotterbolag som Arrow Group först ägde till 100 procent och sedan, från och med februari 2002, till 76 procent.

7 Resolution Chemicals Ltd är ett brittiskt bolag som är specialiserat på tillverkning av aktiva farmaceutiska substanser (IPA) för generiska läkemedel. Till och med september 2009 kontrollerades det av Arrow Group.

8 Arrow Group, Arrow Generics och Resolution Chemicals betraktades av kommissionen som ett enda företag (nedan kallat Arrow) vid tidpunkten för de relevanta faktiska omständigheterna.

9 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.

10 Alpharma Aps var ett danskt bolag som indirekt kontrollerades till 100 procent av Alpharma Inc. Bolaget ägde flera dotterbolag i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Efter flera omstruktureringar blev Alpharma ApS, den 31 mars 2008, Axellia Pharmaceuticals ApS, och fick år 2010 det nya firmanamnet Xellia Pharmaceuticals ApS … .

11 Alpharma Inc., A.L. Industrier AS och Alpharma ApS betraktades av kommissionen som ett enda företag (nedan kallat Alpharma) vid tidpunkten för de relevanta faktiska omständigheterna.

12 Ranbaxy Laboratories Ltd är ett indiskt bolag som är specialiserat på utveckling och tillverkning av aktiva farmaceutiska substanser och generiska läkemedel.

13 Ranbaxy (UK) Ltd är ett brittiskt bolag och ett dotterbolag till Ranbaxy Laboratories med ansvar för försäljning av dess produkter i Förenade kungariket.

14 Ranbaxy Laboratories Ltd och Ranbaxy (UK) Ltd betraktades av kommissionen som ett enda företag (nedan kallat Ranbaxy) vid tidpunkten för de relevanta faktiska omständigheterna.

II – Den berörda produkten och de patent som avser den

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

16 År 1977 ingav [H. 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 båda metoder (nedan kallade [Lundbecks] ursprungspatent) beviljades i Danmark och flera västeuropeiska länder under åren 1977–1985.

17 Det skydd som följer av [Lundbecks] ursprungspatent 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 [Lundbecks] ursprungspatent ut i januari 2002.

18 Med tiden utvecklade [H. 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) (nedan kallade Lundbecks nya metodpatent).

19 [H. Lundbeck] ingav under åren 1998 och 1999 två patentansökningar till EPO angående tillverkning av citalopram genom metoder i vilka jod, respektive amid används. EPO beviljade [H Lundbeck] den 19 september 2001 ett patent för skydd av den metod i vilken amid används … och ett patent för skydd av den metod i vilken jod används … den 26 mars 2003.

20 Därefter ingav [H. 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. [H. Lundbeck] erhöll patent för den metod i vilken kristallisering används i flera medlemsstater under det första halvåret 2002 och vad angick Förenade kungariket den 30 januari 2002 (nedan kallat kristalliseringspatentet). EPO beviljade ett patent för kristallisering den 4 september 2002. Vidare hade [H. 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 verklig föregående prövning.

21 Vidare ingav [H. 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 [H. 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 [H. Lundbeck] erhållit den 23 juni 2004. [H. Lundbeck] erhöll ett liknande patent i Danmark den 29 juni 2002.

22 [H. Lundbeck] planerade slutligen att lansera det nya antidepressiva läkemedlet Cipralex som bygger på den nämnda aktiva farmaceutiska substansen [es]citalopram (eller S-citalopram), i slutet av år 2002 eller i början av år 2003. Detta nya läkemedel avsåg samma patienter som kunde behandlas med [H. 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.

III – De omtvistade avtalen

23 Under år 2002 ingick [H. Lundbeck] sex avtal avseende citalopram (nedan kallade de omtvistade avtalen) med fyra företag som var verksamma inom tillverkning eller försäljning av generiska läkemedel, nämligen Merck (GUK), Alpharma, Arrow och Ranbaxy (nedan kallade [tillverkarna av generiska läkemedel]).

A – Avtalen med Merck (GUK).

24 [H. Lundbeck] ingick två avtal med Merck (GUK).

25 Det första avtalet trädde i kraft den 24 januari 2002, ursprungligen för ett år, och det omfattade endast Förenade kungariket (nedan kallat GUK-avtalet för Förenade kungariket). Det undertecknades av [H. Lundbecks] dotterbolag i Förenade kungariket, det vill säga det brittiska bolaget Lundbeck Ltd. Detta avtal förlängdes därefter för en period av sex månader och upphörde att gälla den 31 juli 2003. Sedan, efter ett kort inträde av Merck (GUK) på marknaden mellan den 1 och den 4 augusti, undertecknade parterna en andra förlängning av avtalet den 6 augusti 2003, för en längsta giltighet på sex månader som kunde förlängas om [H. Lundbeck] inte väckte talan mot andra [tillverkare av generiska läkemedel] som skulle kunna försöka träda in på marknaden eller efter det att tvisten mellan [H. Lundbeck] och Lagap Pharmaceuticals Ltd som var [en annan tillverkare av generiska läkemedel] hade avslutats (nedan kallad Lagap-tvisten).

26 I detta avtal föreskrevs följande:

– Det föreligger risk för att vissa åtgärder som GUK har planerat angående saluförande, distribution och försäljning av ’produkter’ kan göra intrång i [H. Lundbecks] patenträttigheter och att de kan leda till skadeanspråk från detta företags sida (punkt 2.1 i GUK-avtalet för Förenade kungariket), då dessa ’Produkter’ definieras i punkt 1.1 i GUK-avtalet för Förenade kungariket som ’produkter med citalopram utvecklade av GUK som råvara, i lösvikt eller i form av tabletter såsom specificeras i Bilagor och som tillverkats i överensstämmelse med den produktspecifikation som GUK tillhandahöll den dag då avtalet undertecknades och som bifogas i Bilaga 2’.

– Med hänsyn till det avtal som parterna har ingått kommer [H. Lundbeck] att erlägga ett belopp på 2 miljoner pund (GBP) till GUK i utbyte mot en leverans av ’produkter’, i de kvantiteter som anges i avtalet, av den 31 januari 2002 (punkt 2.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket).

– GUK förbinder sig vidare, i utbyte mot en ytterligare utbetalning av 1 miljon GBP, att leverera ’produkterna’ såsom de specificeras i bilagan av den 2 april 2002 (punkt 2.3 i GUK-avtalet för Förenade kungariket).

– De genomförda utbetalningarna och GUK:s leverans av ’produkter’ med tillämpning av punkterna 2.2 och 2.3 i GUK-avtalet för Förenade kungariket ska utgöra en fullständig och slutgiltig lösning på alla anspråk som [H. Lundbeck] skulle kunna ha på GUK för patentintrång i samband med de ’produkter’ som GUK levererat fram till denna dag (punkt 2.4 i GUK-avtalet för Förenade kungariket).

– [H. Lundbeck] förbinder sig att sälja sina ’färdiga produkter’ till GUK och GUK förbinder sig att uteslutande köpa dessa ’färdiga produkter’ av [H. Lundbeck] för återförsäljning av GUK och dess närstående bolag i Förenade kungariket under den tid och på de villkor som föreskrivs i avtalet (punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket). Dessa ’färdiga produkter’ definieras i punkt 1.1 i avtalet som ’produkter som innehåller citalopram i form av färdiga produkter som ska levereras av [H. Lundbeck] till GUK i enlighet med detta avtal’.

– [H. Lundbeck] förbinder sig att erlägga ett belopp på 5 miljoner GBP av den nettovinst som GUK garanterats, under förutsättning att GUK beställer den volym med ’färdiga produkter’ av [H. Lundbeck] som avtalats under den tid som avtalet gäller (eller ett lägre belopp som ska beräknas i proportion till de beställningar som gjorts) (punkt 6.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket).

27 I samband med den första förlängningen av avtalet föreskrevs en utbetalning av ett belopp på 400 000 GBP i månaden för GUK:s genomförande av punkt 6.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket och definitionen av nettovinst ändrades.

28 I samband med den andra förlängningen av GUK-avtalet för Förenade kungariket föreskrevs en utbetalning av ett belopp på 750 000 GBP i månaden för GUK:s genomförande av punkt 6.2 i avtalet.

29 GUK-avtalet för Förenade kungariket löpte ut den 1 november 2003 efter en förlikning i Lagap-tvisten. Under hela den tid avtalet varade överförde [H. Lundbeck] ett sammanlagt belopp motsvarande 19,4 miljoner euro till GUK.

30 Ett andra avtal ingicks mellan [H. Lundbeck] och GUK den 22 oktober 2002 vilket omfattade EES, med undantag av Förenade kungariket (nedan kallat GUK-avtalet för EES). I detta avtal föreskrevs en utbetalning av ett belopp på 12 miljoner euro i utbyte mot att GUK förband sig att inte sälja eller tillhandahålla farmaceutiska produkter som innehöll citalopram i hela EES-området (med undantag av Förenade kungariket) och att göra alla rimliga ansträngningar för att tillverkaren Natco Pharma Ltd … av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram som användes av Merck (GUK) för att saluföra dess version av generiskt citalopram … skulle upphöra med att tillhandahålla citalopram eller produkter som innehöll citalopram i EES under den tid avtalet gällde (punkterna 1.1 och 1.2 i GUK-avtalet för EES). [H. Lundbeck] förband sig att inte väcka talan mot GUK under förutsättning att detta företag fullgjorde sina skyldigheter i enlighet med punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES (punkt 1.3 i GUK-avtalet för EES).

31 GUK-avtalet för EES löpte ut den 22 oktober 2003. Sammanlagt överförde [H. Lundbeck] ett belopp motsvarande 12 miljoner euro till GUK i enlighet med avtalet.

B – Avtalen med Arrow

32 [H. Lundbeck] undertecknade två avtal med Arrow.

33 Det första av dessa avtal, som rörde Förenade kungariket, ingicks den 24 januari 2002 mellan [H. Lundbeck], å ena sidan, och Arrow Generics och Resolution Chemicals (nedan gemensamt kallade Arrow UK), å andra sidan (nedan kallat Arrow UK-avtalet).

34 Arrow UK-avtalet hade en ursprunglig giltighet till och med den 31 december 2002 eller, för det fall avtalet skulle upphöra att gälla före detta datum, till och med den dag då en dom vunnit laga kraft angående den talan som [H. Lundbeck] avsåg att väcka mot Arrow UK vid domstol i Förenade kungariket om det påstådda patentintrång som detta företag begått mot [H. Lundbeck] (nedan kallat talan om patentintrång mot Arrow) (punkt 4.1 i Arrow UK-avtalet). Detta avtal förlängdes sedan två gånger genom att ett tillägg till avtalet undertecknades. Den första förlängningen omfattade perioden från den 1 januari till den 1 mars 2003 (punkt 3.1 i det första tillägget till Arrow UK-avtalet), medan det i samband med den andra förlängningen fastställdes att avtalet skulle upphöra att gälla den 31 januari 2004 eller sju dagar efter det att domen meddelats i Lagap-målet (punkt 4.1 i det andra tillägget till Arrow UK-avtalet). Eftersom denna tvist löstes genom förlikning den 13 oktober 2003, upphörde Arrow UK-avtalet att gälla den 20 oktober samma år. Härav följer att avtalets sammanlagda giltighetstid sträckte sig från den 24 januari 2002 till den 20 oktober 2003 (nedan kallat Arrow UK-avtalets giltighetstid).

35 Vad angår innehållet i Arrow UK-avtalet, ska följande anföras:

– I första skälet i ingressen till avtalet (nedan kallat Arrow UK-ingressen) anges att [H. Lundbeck] är innehavare av patent för kristallisering och tunnfilmsdestillation.

– I fjärde skälet i Arrow UK-ingressen preciseras det att ’Arrow [UK] erhöll en licens av tredje part för import till Förenade kungariket av citalopram som inte tillverkats av [H. Lundbeck] eller med [H. Lundbecks] tillstånd (definitionen ’nämnda Citalopram’, vilket, för att undanröja alla tvivel, enbart inbegriper Citalopram avsett för marknadsföring och försäljning i Förenade kungariket med uteslutande av Citalopram avsett för marknadsföring och försäljning i andra länder)’.

– I sjätte skälet i Arrow UK-ingressen anges det att [H. Lundbeck] låtit ’nämnda Citalopram’ bli föremål för laboratorietester som gett företaget starka skäl att tro att detta utgör ett intrång i de patent som nämnts ovan i första strecksatsen.

– I sjunde skälet i Arrow UK-ingressen redogörs det för att Arrow UK varken medger att företaget gjort sig skyldigt till intrång i dessa patent eller att patenten är giltiga men accepterar att [H. Lundbeck] har denna övertygelse som Arrow UK inte kan vederlägga genom hållbara bevis.

– I åttonde skälet i Arrow UK-ingressen erinras det om att [H. Lundbeck] har hotat med att begära ett intermistiskt förbudsföreläggande och att företaget har för avsikt att väcka talan om patentintrång mot Arrow.

– I punkt 1.1 i detta avtal föreskrivs det att ’Arrow [UK], i eget namn och i namn av alla associerade och med företaget förbundna enheter förbinder sig att under [Arrow UK-avtalets giltighetstid] och i Förenade kungariket inte tillverka, överlåta, erbjuda att överlåta, använda eller efter det andra leveransdatumet importera eller bevara för överlåtelse eller annat ändamål (1) [’]nämnda Citalopram[’] eller (2) något annat citalopram som, enligt [H. Lundbeck], gör intrång i dess patenträttigheter och, för att göra det möjligt för [H. Lundbeck] att fastställa huruvida ett intrång är begånget eller ej, att tillhandahålla detta företag under [Arrow UK-avtalets giltighetstid] tillräckligt med prover för analysändamål, åtminstone en månad före varje tillverkning, import, försäljning eller försäljningserbjudande som Arrow [UK] skulle kunna hota med att genomföra i avvaktan på en lagakraftvunnen dom mot vilken talan inte kan väckas inom [ramen för talan om patentintrång mot Arrow …]’.

– I punkt 1.2 i avtalet nämns Arrow UK:s medgivande till att dess åtaganden som anges i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet återges i ett förlikningsbeslut (’consent order’, beslut om att en part inte får göra något utan den andra partens samtycke) som [H. Lundbeck] kommer att begära att den behöriga domstolen i Förenade kungariket meddelar.

– I punkt 2.1 i detta avtal erinras det om att [H. Lundbeck] ska väcka talan om patentintrång mot Arrow så snart som möjligt och i vart fall inte senare än den 31 mars 2002.

– I punkt 2.2 i avtalet stadgas att [H. Lundbeck], med beaktande av de åtaganden som anges i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet och det faktum att Arrow UK inte kommer att begära något ’cross-undertaking in damages’ (ett belopp som [H. Lundbeck] enligt brittisk rätt skulle ha deponerat vid domstolen i Förenade kungariket om företaget hade begärt att ett

interimistiskt förbudsföreläggande skulle meddelas inom ramen för talan om patentintrång mot Arrow), ska erlägga 5 miljoner GBP till Arrow UK, uppdelade i fyra poster, och det sedan beloppet ökats med 450 000 GBP, i enlighet med punkt 2.1 i första tillägget till Arrow UK-avtalet och med 1,350 miljoner GBP, med tillämpning av punkterna 2.1 och 3 i andra tillägget till detta avtal.

– I punkt 2.3 i detta avtal fastställs det, för det fall det i ett slutgiltigt avgörande av målet om patentintrång mot Arrow skulle konstateras att Arrow UK inte har begått intrång i [H. Lundbecks] patenträttigheter, att det belopp som föreskrivs i punkt 2.2 i detta avtal ska utgöra den fullständiga gottgörelse som Arrow UK skulle kunna erhålla av [H. Lundbeck] för de förluster som Arrow UK lidit med anledning av de skyldigheter som följer av punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet.

– I punkt 3.4 i avtalet föreskrivs det att Arrow UK ska leverera sitt lager med 'nämnda citalopram' till [H. Lundbeck] i två etapper, av vilka den första leveransen, vilken avser 3,975 miljoner tabletter förpackade i askar, måste ha skett senast den 6 februari 2002 och den andra, som avser omkring 1,1 miljoner lösa tabletter, senast den 15 februari 2002.

36 Vidare ska det preciseras att [H. Lundbeck] den 6 februari 2002 utverkade det beslut som avses i punkt 1.2 i Arrow UK-avtalet … .

37 Det andra avtalet, vilket rörde Danmark, ingicks den 3 juni 2002 mellan [H. Lundbeck] och Arrow Group (nedan kallat det danska Arrow-avtalet).

38 Det danska Arrow-avtalet skulle gälla från dagen för dess undertecknande den 3 juni 2002 till och med den 1 april 2003 eller, om det skulle upphöra att gälla tidigare, till och med den dag då ett domstolsavgörande vinner laga kraft i målet om patentintrång mot Arrow. Då någon sådan dom inte meddelades gällde avtalet från den 3 juni 2002 till den 1 april 2003 … .

39 Vad angår innehållet i det danska Arrow-avtalet ska följande framhållas:

– Första, tredje och femte till nionde skälen i dess ingress, motsvarar väsentligen första, fjärde och sjätte till åttonde skälen i Arrow UK-ingressen. Det preciseras att det i nionde skälet i den danska Arrow-ingressen hänvisas till förlikningsbeslutet [som avses i punkt 1.2 i Arrow UK-avtalet].

– I punkt 1.1 i detta avtal föreskrivs att 'Arrow [Group] accepterar att avsluta och upphöra med all import, framställning, tillverkning, försäljning eller annat saluförande av produkter som innehåller citalopram och enligt [H. Lundbeck] gör intrång i detta företags immateriella rättigheter på [Danmarks] territorium under [det danska Arrow-avtalets] giltighetstid'.

– I punkt 2.1 i avtalet stadgas att [H. Lundbeck] som kompensation för Arrow Groups åtaganden till detta bolag ska erlägga ett belopp på 500 000 amerikanska dollar (USD).

– I punkt 2.2 i avtalet fastställs att för det fall det i målet om patentintrång mot Arrow genom en lagakraftvunnen dom konstaterats att Arrow Group inte gjort sig skyldigt till patentintrång gentemot [H. Lundbeck], ska det belopp som anges i punkt 2.1 i detta avtal utgöra den fulla ersättning som Arrow Group ska kunna erhålla av [H. Lundbeck] för de

förluster som bolaget lidit med anledning av de skyldigheter som följer av punkt 1.1 i det danska Arrow-avtalet.

– I punkt 3.1 i avtalet tilläggs det att [H. Lundbeck] köper Arrow Groups lager med citalopram, som består av omkring 1 miljon tabletter, till ett pris av 147 000 USD.

C – Avtalet med Alpharma

40 [H. Lundbeck] ingick ett avtal med Alpharma den 22 februari 2002 (nedan kallat Alpharma-avtalet), avseende perioden från nämnda dag till den 30 juni 2003 … .

41 Före avtalets ingående hade Alpharma, i januari 2002, köpt ett lager av bolaget Alfred E. Tiefenbacher GmbH & Co. … med generiska citalopramtabletter som utvecklats ur den aktiva farmaceutiska substansen citalopram och tillverkats av det indiska bolaget Cipla med hjälp av dess metoder … och Alpharma hade beställt fler av dessa.

42 Angående ingressen till Alpharma-avtalet ska följande anföras:

– I första skälet erinras det om att ’[H. 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 [H. 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 tillverkade eller köpte farmaceutiska produkter som innehöll ’Citalopram’ på territoriet och detta utan [H. Lundbecks] medgivande.

– I femte och sjätte skälen anges det att resultaten av laboratorietester som [H. Lundbeck] utfört på produkter från Alpharma, enligt [H. 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 [H. Lundbeck] den 31 januari 2002 väckte talan vid en domstol i Förenade kungariket (nedan kallad talan om patentintrång mot Alpharma) i syfte att uppnå ett förbudsföreläggande ’mot Alpharmas försäljning av produkter som innehåller Citalopram på grund av intrång i [H. Lundbecks] immateriella rättigheter’.

– I åttonde skälet anges det att Alpharma erkänner att [H. Lundbecks] konstateranden är korrekta och förbinder sig att inte släppa ut ’sådana produkter’ på marknaden.

– I nionde och tionde skälen preciseras följande:

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

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

43 Vad beträffar den centrala delen av Alpharma-avtalet, ska följande framhållas:

– I punkt 1.1 stadgas det att Alpharma 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 [H. Lundbeck] ska återkalla talan om patentintrång mot Alpharma.

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

– I punkt 1.2 föreskrivs det att ’för det fall den skyldighet åsidosätts som fastställts i [punkt 1.1] eller på [H. Lundbecks] begäran … ska Alpharma frivilligt underkasta sig ett interimistiskt förbudsföreläggande meddelat av vilken behörig domstol som helst i vilket land som helst på territoriet’ och att [H. Lundbeck] ska kunna få 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 kostnader och att tvisten blir långvarig, ska [H. Lundbeck] betala ett belopp på 12 miljoner USD till Alpharma, varav 11 miljoner för Alpharmas 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 senast den 31 mars 2002, till [H. Lundbeck] ska leverera hela det varulager med ’Citalopram’ som bolaget förfogar över denna dag, det vill säga de 9,4 miljoner tabletter som redan fanns i bolagets besittning vid ingåendet av Alpharma-avtalet och de 16 miljoner tabletter som Alpharma hade beställt.

44 Bilaga A [till Alpharma-avtalet] innehåller en förteckning över 28 patentansökningar som ingetts av [H. Lundbeck] innan Alpharma-avtalet undertecknades, av vilka nio redan hade bifallits nämnda dag. Dessa immateriella rättigheter rörde metoder för tillverkning av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, vilken avses i patente[t] för kristallisering och [patentet för] tunnfilmsdestillation.

45 Dessutom ska det preciseras att en domstol i Förenade kungariket den 2 maj 2002 meddelade ett förlikningsbeslut i vilket det angavs att förfarandet i målet om patentintrång mot Alpharma förklarades vilande med anledning av att det ingåtts ett avtal mellan [H. Lundbeck] och Alpharma, enligt vilket det sistnämnda företaget och dess dotterbolag ’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 2002’ … .

D – Avtalet med Ranbaxy

46 [H. Lundbeck] undertecknade den 16 juni 2002 ett avtal med Ranbaxy Laboratories (nedan kallat Ranbaxy-avtalet), för att gälla i 360 dagar. Enligt ett tillägg undertecknat den 19 februari 2003 (nedan kallat Ranbaxy-tillägget), förlängdes avtalet till och med den 31 december 2003. Avtalet varade följaktligen från den 16 juni 2002 till den 31 december 2003 … .

47 Ingressen till Ranbaxy-avtalet (nedan kallad Ranbaxy-ingressen) har följande lydelse:

– Ranbaxy Laboratories har ansökt om två metodpatent i Indien avseende citalopram och har tillverkat läkemedel som innehåller citalopram i avsikt att saluföra dem på marknaden bland annat i EES (andra och tredje skälen i Ranbaxy-ingressen och bilaga A till Ranbaxy-avtalet).

– [H. Lundbeck] har låtit detta citalopram bli föremål för laboratorietester och därav dragit slutsatsen att de använda metoderna gör intrång i amidpatentet och jodpatentet av vilka det sistnämnda ännu inte har beviljats (se punkt 19 [i den överklagade domen]), medan Ranbaxy Laboratories bestrider att det förekommit några sådana överträdelser (femte till åttonde skälen i Ranbaxy-ingressen).

– [H. Lundbeck] och Ranbaxy Laboratories har kommit fram till ett avtal i syfte att undvika en patenttvist som skulle bli kostsam och tidskrävande och vars utgång inte med absolut säkerhet kan förutses (nionde skälet i ingressen).

48 Det anges bland annat följande i Ranbaxy-avtalet:

– ’Med förbehåll för att villkor uppfylls och utbetalningarna fullgörs av [H. Lundbeck] i enlighet med [detta avtal], har Ranbaxy Laboratories inte några anspråk på rättigheter vad angår den [p]atentansökan [som avses i ingressen] eller någon tillverkningsmetod som Ranbaxy Laboratories använder och företaget ska avsluta, upphöra med och avstå från all tillverkning och försäljning av farmaceutiska produkter baserade på dessa metoder [i EES] under detta avtals giltighetstid’ (punkt 1.1 i Ranbaxy-avtalet och punkt 1.0 i Ranbaxy-tillägget).

– ’Vid fall av åsidosättande av de skyldigheter som anges i punkt 1.1 eller på [H. Lundbecks] begäran’, godtar Ranbaxy Laboratories och Ranbaxy (UK) att underkasta sig de interimistiska förbudsförelägganden som meddelats av behöriga nationella domstolar utan att [H. Lundbeck] behöver ställa någon säkerhet eller göra något annat åtagande än dem som följer av detta avtal (punkt 1.2 i Ranbaxy-avtalet).

– Med hänsyn till det avtal som ingåtts mellan parterna ska [H. Lundbeck] till Ranbaxy Laboratories erlägga ett belopp på 9,5 miljoner USD, uppdelat i flera poster under den relevanta perioden (punkt 1.3 i Ranbaxy-avtalet och punkt 2.0 i Ranbaxy-tillägget).

– [H. Lundbeck] ska sälja citalopramtabletter till Ranbaxy Laboratories eller till Ranbaxy (UK) med en rabatt på 40 procent av priset fritt fabrik för att dessa ska sälja dem på marknaden i Förenade kungariket (punkt 1.3 och bilaga B till Ranbaxy-avtalet).

– [H. Lundbeck] och Ranbaxy Laboratories förbinder sig att inte väcka talan vid domstol mot varandra på grundval av något av de patent som anges ovan i själva avtalet (punkt 1.4 i Ranbaxy-avtalet).

IV – Kommissionens agerande i [läkemedelsbranschen] och det administrativa förfarandet

49 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 omtvistade] avtalen i fråga.

50 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 fullfölja studien av denna fråga.

51 Under åren 2003–2006 genomförde kommissionen inspektioner i den mening som avses i artikel 20.4 i förordning [nr 1/2003] hos [H. 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 [H. Lundbeck] och ett annat företag.

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

53 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.

54 Den 7 januari 2010 inledde kommissionen det formella förfarandet angående [H. Lundbeck].

55 Under år 2010 och det första halvåret 2011 översände kommissionen en begäran om upplysningar till [H. Lundbeck] och de övriga bolag som var parter i de omtvistade avtalen.

56 Den 24 juli 2012 inledde kommissionen ett förfarande avseende de företag som var parter i de omtvistade avtalen och översände ett meddelande om invändningar till dem och till [H. Lundbeck].

…

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

V – Det [omtvistade] beslutet

61 I det [omtvistade] beslutet fann kommissionen att de omtvistade avtalen utgjorde konkurrensbegränsningar ’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)] (artikel 1.1 i det [omtvistade] beslutet).

62 De båda avtal som ingåtts mellan Merck (GUK) och [H. Lundbeck] betraktades som en enda, fortlöpande överträdelse och avsåg perioden från den 24 januari 2002 till den 1 november 2003.

63 Såsom följer av den sammanfattning som återfinns i skälen 824 och 874 i det [omtvistade] beslutet, grundade sig kommissionen i det avseendet särskilt på följande omständigheter:

– Vid tidpunkten för dessa avtals ingående var [H. Lundbeck] och Merck (GUK) åtminstone potentiella konkurrenter i Förenade kungariket och EES och faktiska konkurrenter i Förenade kungariket före den andra förlängningen av UK-avtalet.

– [H. Lundbeck] överförde betydande värden till förmån för Merck (GUK) i enlighet med dessa avtal.

– Denna värdeöverföring var förbunden med att Merck (GUK) godtog begränsningar av marknadsinträdet som nämnda avtal innehöll, särskilt med dess åtagande att inte sälja [den av Natco Pharma framställda aktiva farmaceutiska substansen] citalopram eller något annat generiskt citalopram i Förenade kungariket och EES under dessa avtals relevanta giltighetstid.

– Värdeöverföringen motsvarade ungefär den vinst som Merck (GUK) hoppades uppnå om bolaget lyckades med sitt marknadsinträde.

– [H. Lundbeck] hade inte kunnat erhålla några sådana begränsningar genom att göra gällande sina metodpatent, eftersom de skyldigheter som ålåg Merck (GUK) enligt dessa avtal var mer långtgående än de rättigheter som innehavarna av metodpatenten tillerkändes.

– I dessa avtal föreskrevs inget åtagande från [H. Lundbecks] sida att avstå från att väcka talan om patentintrång mot Merck (GUK) för det fall det sistnämnda bolaget skulle träda in på marknaden med generiskt citalopram innan avtalen hade löpt ut.

64 De båda avtal som hade ingåtts mellan Arrow och [H. Lundbeck] betraktades som en enda, fortlöpande överträdelse som pågick från den 24 januari 2002 till den 20 oktober 2003.

65 Såsom framgår av sammanfattningarna i skälen 962 och 1013 i det [omtvistade] beslutet av Arrow UK-avtalet och det danska Arrow-avtalet grundade sig kommissionen särskilt på följande omständigheter:

– Vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks var [H. Lundbeck] och Arrow åtminstone potentiella konkurrenter i Förenade kungariket och Danmark.

– [H. Lundbeck] genomförde en betydande värdeöverföring till förmån för Arrow i enlighet med dessa avtal.

– Denna värdeöverföring var förbunden med att Arrow godtog de begränsningar av bolagets inträde på marknaden för citalopram i Förenade kungariket och Danmark som nämnda avtal innehöll, särskilt med Arrows åtagande att inte sälja något generiskt citalopram som [H. Lundbeck] ansåg göra intrång i dess patent och detta under dessa avtals respektive giltighetstid.

– Värdeöverföringen motsvarade väsentligen den vinst som Arrow skulle ha kunnat göra om företaget hade gjort ett framgångsrikt marknadsinträde.

– [H. Lundbeck] hade inte kunnat erhålla några sådana begränsningar med tillämpning av sina nya patent, i och med att de skyldigheter som ålåg Arrow enligt dessa avtal var mer långtgående än de rättigheter som innehavaren av metodpatenten tillerkändes.

– I dessa avtal föreskrevs inte någon åtagande från [H. Lundbecks] sida att avstå från att väcka talan om patentintrång mot Arrow för det fall sistnämnda bolag efter det att det ena eller det andra av dessa avtal löpt ut, skulle träda in på marknaden i Förenade kungariket eller i Danmark med generiskt citalopram.

66 Vad angår Alpharma-avtalet, grundade sig kommissionen, enligt vad som följer av sammanfattningen i skäl 1087 i det angripna beslutet, på följande omständigheter:

– Vid tidpunkten för detta avtals ingående var [H. Lundbeck] och Alpharma åtminstone potentiella konkurrenter i flera EES-länder.

– [H. Lundbeck] genomförde en betydande värdeöverföring till förmån för Alpharma i enlighet med avtalet.

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

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

– [H. Lundbeck] hade inte kunnat erhålla några sådana begränsningar med tillämpning av patenten för kristallisering och tunnfilmsdestillation, eftersom de skyldigheter som åvilade Alpharma i enlighet med detta avtal var mer långtgående än de rättigheter som innehavaren av metodpatenten tillerkändes.

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

67 Vad Ranbaxy-avtalet beträffar, såsom följer av sammanfattningen i skäl 1174 i det [omtvistade] beslutet, grundade sig kommissionen särskilt på följande omständigheter.

– Vid tidpunkten för detta avtals ingående var [H. Lundbeck] och Ranbaxy åtminstone potentiella konkurrenter inom EES.

– [H. Lundbeck] genomförde en betydande värdeöverföring till förmån för Ranbaxy i enlighet med detta avtal.

– Värdeöverföringen var förbunden med att Ranbaxy accepterade begränsningar av sitt marknadsinträde vilka angavs i avtalet, särskilt med Ranbaxys åtagande att inte tillverka eller sälja sitt citalopram i EES under den relevanta perioden, vare sig med hjälp av sina egna dotterbolag eller via tredje part.

– Denna värdeöverföring överskred i avsevärd mån de vinster som Ranbaxy skulle ha kunna göra genom försäljning av det generiska citalopram som bolaget hittills hade tillverkat.

– [H. Lundbeck] hade inte kunnat erhålla några sådana begränsningar genom att göra gällande sina metodpatent eftersom de skyldigheter som åvilade Ranbaxy enligt detta avtal var mer långtgående än de rättigheter som innehavaren av metodpatenten tillerkändes.

– Det föreskrevs inte något åtagande i avtalet från [H. Lundbecks] sida att avstå från att väcka talan om patentintrång mot Ranbaxy för det fall det sistnämnda företaget skulle träda in på marknaden med sitt generiska citalopram efter det att [nämnda] avtal löpt ut.

68 Kommissionen påförde också samtliga parter i de omtvistade avtalen böter. För detta ändamål använde den [2006 års riktlinjer för bötesberäkning]. Avseende [H. Lundbeck], följde kommissionen den allmänna metod som beskrivs i 2006 års riktlinjer [för bötesberäkning], som bygger på värdet av den försäljning av den berörda produkten som varje deltagare i en kartell åstadkommit (skälen 1316–1358 i det [omtvistade] beslutet). När det däremot gäller de övriga parterna i de omtvistade 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).

69 När det således handlar om andra parter än [H. Lundbeck] i de omtvistade avtalen, 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 [H. Lundbeck] hade överfört till dem i enlighet med 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 i det [omtvistade] beslutet enbart för att vara uttömmande (skäl 1361 i det [omtvistade] beslutet).

70 I förhållande till [H. Lundbeck], tillämpade kommissionen däremot den allmänna metod som beskrivs i 2006 års riktlinjer [för bötesberäkning] och grundade sig därvid på försäljningsvärdet på den relevanta marknaden. I och med att [H. Lundbecks] försäljning av citalopram hade minskat markant under den tid som de omtvistade avtalen gällde och dessa inte omfattade ett fullständigt räkenskapsår, beräknade kommissionen ett genomsnittligt årligt försäljningsvärde. Härvid beräknade den först ett genomsnittligt månatligt värde för [H. Lundbecks] försäljning av citalopram under den tid som vart och ett av de omtvistade avtalen varade och sedan multiplicerades detta värde med 12 (skäl 1326 och fotnot 2215 i det [omtvistade] beslutet).

71 Därefter påförde kommissionen [H. Lundbeck] fyra separata bötesbelopp, i och med att de sex omtvistade avtalen ansågs ha gett upphov till fyra separata överträdelser, då de båda avtalen mellan [H. Lundbeck] och Merck (GUK) betraktades som en enda, fortlöpande överträdelse, precis som de båda avtalen mellan [H. Lundbeck] och Arrow. För att inte beräkningen skulle utmynna i oproportionerliga böter tillämpade emellertid kommissionen en korrigeringsfaktor för att sänka beloppen med hänsyn till omständigheterna i det aktuella fallet, baserad på en metod som återspeglade geografiska och tidsmässiga överlappningar mellan de olika överträdelserna (skäl 1329 i det [omtvistade] beslutet). Den metoden ledde till en nedsättning med 15 procent för varje överträdelse där det hade konstaterats föreligga överlappningar (fotnot 2218 i det [omtvistade] beslutet).

72 Med hänsyn till de konstaterade överträdelsernas svårighetsgrad – vilka kommissionen kvalificerade som ”allvarliga”, eftersom de [omtvistade avtalen] medförde en utestängning från marknaden – [H. Lundbecks] stora marknadsandel i fråga om de produkter som dessa överträdelser avsåg, de omtvistade avtalens stora geografiska räckvidd och den omständigheten att avtalen i deras helhet hade genomförts, fann kommissionen att den andel av försäljningsvärdet som skulle tillämpas borde fastställas till 11 procent för de överträdelser vilkas geografiska räckvidd omfattade EES i sin helhet och till 10 procent för de övriga (skälen 1331 och 1332 i det [omtvistade] beslutet).

73 Kommissionen tillämpade en multiplikatorkoefficient på bötesbeloppet i syfte att beakta överträdelsernas varaktighet (skälen 1334–1337 i det [omtvistade] beslutet) och ett tilläggsbelopp på 10 procent för den först begångna överträdelsen, det vill säga den rörande avtalen med Arrow, i enlighet med punkt 25 i 2006 års riktlinjer [för bötesberäkning], för att säkerställa att de böter som påfördes [H. Lundbeck och Lundbeck Ltd] skulle ha en tillräckligt avskräckande verkan (skäl 1340 i det [omtvistade] beslutet).

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

75 På grundval av dessa överväganden och med hänsyn till den omständigheten att GUK-avtalet för Förenade kungariket hade undertecknats av Lundbeck Ltd, påförde kommissionen [H. Lundbeck] böter som sammanlagt uppgick till 93 766 000 euro, av vilka 5 306 000 euro solidariskt med Lundbeck Ltd. Böterna fördelades på följande sätt (skälen 1238, 1358 och artikel 2 i det [omtvistade] beslutet):

– 19 893 000 euro för de avtal som ingåtts med Merck (GUK), av vilka 5 306 000 euro solidariskt med Lundbeck Ltd,

– 12 951 000 euro för de avtal som ingåtts med Arrow,

– 31 968 000 euro för det avtal som ingåtts med Alpharma,

– 28 954 000 euro för det avtal som ingåtts med Ranbaxy.”

Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

7 H. Lundbeck och Lundbeck Ltd (nedan gemensamt kallade Lundbeck) väckte talan vid tribunalen genom handling som inkom till tribunalens kansli den 30 augusti 2013. De yrkade därvid att tribunalen delvis skulle ogiltigförklara det omtvistade beslutet samt sätta ned de böter som kommissionen ålagt Lundbeck.

8 Till stöd för sin talan vid tribunalen åberopade Lundbeck tio grunder. Tribunalen ogillade talan men det är endast tribunalens prövning av den första, den andra, den tredje, den fjärde, den femte, den sjätte, den nionde och den tionde grunden som är föremål för detta överklagande. Genom den första grunden bestred Lundbeck kommissionens påstående i det omtvistade beslutet att tillverkarna av generiska läkemedel och Lundbeck i vart fall var potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Genom den andra, den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte grunden gjorde Lundbeck i huvudsak gällande att

kommissionen hade åsidosatt artikel 101.1 FEUF genom att kvalificera de omtvistade avtalen såsom ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Lundbeck gjorde – genom den nionde respektive den tionde grunden – i andra hand gällande att det var fel av kommissionen att ålägga Lundbeck böter samt i tredje hand att bötesbeloppet hade beräknats på ett felaktigt sätt.

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

Förfarandet vid domstolen

10 Lundbeck har, genom handling som inkom till domstolens kansli den 18 november 2016, överklagat tribunalens dom.

11 Genom handling som inkom till domstolens kansli den 24 november 2016, yrkade Lundbeck att domstolen – gentemot European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), som var intervenient i första instans – skulle besluta att den konfidentiella versionen av det omtvistade beslutet skulle behandlas konfidentiellt, på samma sätt som tribunalen gjort med avseende på detta beslut i mål T-472/13 (Lundbeck/kommissionen). Domstolens ordförande biföll Lundbecks yrkande genom beslut av den 13 december 2016, Lundbeck/kommissionen (C-591/16 P, ej publicerat, EU:C:2016:967). Således delgavs EFPIA endast en icke-konfidentiell version av det omtvistade beslutet.

12 Genom handling som inkom till domstolens kansli den 10 mars 2017 ansökte Förenade kungariket om att få intervenera i målet till stöd för kommissionens yrkanden. I beslut av den 5 juli 2017, Lundbeck/kommissionen (C-591/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:532), biföll domstolens ordförande denna ansökan. Efter att Lundbeck framställt yrkande därom beslutade domstolens ordförande emellertid att den konfidentiella versionen av det omtvistade beslutet skulle behandlas konfidentiellt gentemot Förenade kungariket. Således delgavs Förenade kungariket endast en icke-konfidentiell version av nämnda beslut.

13 På Lundbecks begäran av den 17 mars 2017 tillät domstolens ordförande Lundbeck att inge en replik.

14 Genom handling som inkom till domstolens kansli den 16 maj 2017 ansökte kommissionen om anstånd med att inkomma med duplik. Genom beslut meddelat den 17 maj 2017 beviljade domstolens ordförande sådant anstånd.

15 Genom handling som inkom till domstolens kansli den 24 juli 2017 ansökte Förenade kungariket om anstånd med att inkomma med sin interventionsinlaga. Domstolens ordförande beviljade sådant anstånd genom beslut av den 26 juli 2017.

16 Genom handlingar som inkom till domstolens kansli den 28 juli 2017 ansökte Förenade kungariket om att få intervenera till stöd för kommissionens yrkanden 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), i mål C-611/16 P (Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen) och i mål C-614/16 P (Merck/kommissionen) (se, beträffande dessa mål, punkt 5 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.

17 Efter att EFPIA och kommissionen inkommit med duplik, och efter att Lundbeck, EFPIA och kommissionen inkommit med yttrande med anledning av Förenade kungarikets interventionsinlaga, avslutade domstolen den skriftliga delen av förfarandet i förevarande mål den 13 november 2017.

18 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-601/16 P (Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen), C-611/16 P (Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen) och C-614/16 P (Merck/kommissionen). Det beslutades även att generaladvokaten skulle lämna förslag till avgörande i målet.

19 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.

20 Gemensam förhandling i förevarande mål och i de mål som nämns i punkt 18 ovan ägde rum den 24 januari 2019.

21 Med stöd av artikel 62 i rättegångsreglerna ställde generaladvokaten den 6 februari 2020 en fråga som parterna i förevarande mål skulle besvara skriftligen (nedan kallad den skriftliga frågan av den 6 februari 2020). 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.

Parternas yrkanden vid domstolen

22 Lundbeck har yrkat att domstolen ska

– upphäva den överklagade domen, helt eller delvis;

– i första hand ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del beslutet angår Lundbeck, i andra hand undanröja de böter som ålagts Lundbeck enligt beslutet och i tredje hand väsentligt sätta ned bötesbeloppet;

– förplikta kommissionen att ersätta de rättegångskostnader och övriga kostnader som uppkommit för Lundbeck i samband med överklagandet vid domstolen och i samband med förfarandet vid tribunalen;

– återförvisa, om så erfordras, målet till tribunalen för ny prövning i enlighet med domstolens dom, och

– förordna om varje annan åtgärd som domstolen finner lämplig.

23 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

– ogilla överklagandet i dess helhet, och

– förplikta Lundbeck att ersätta rättegångskostnaderna.

24 EFPIA har yrkat att domstolen ska

– bifalla överklagandet, helt eller delvis;

– återförvisa, om så erfordras, målet till tribunalen för ny prövning i enlighet med domstolens dom, och

– förplikta kommissionen att ersätta EFPIA:s rättegångskostnader i samband med överklagandet vid domstolen och i samband med förfarandet vid tribunalen.

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

Prövning av överklagandet

26 Lundbeck har åberopat sex grunder till stöd för sitt överklagande.

27 Som första grund har Lundbeck gjort gällande följande. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när tribunalen fann att kommissionen gjort en riktig bedömning då den fann att de omtvistade avtalen utgjorde en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, även om dessa avtal omfattades av Lundbecks nya metodpatent.

28 I sin andra grund har Lundbeck åberopat följande. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att inte tillämpa lämpligt rekvisit vid prövningen av om fem av de sex omtvistade avtalen – nämligen GUK-avtalet för EES, Arrow UK-avtalet, det danska Arrow-avtalet, Alpharma-avtalet och Ranbaxy-avtalet – innehöll begränsningar som inte omfattades av Lundbecks nya metodpatent, mot bakgrund av att det saknades bevis för en gemensam partsvilja mellan avtalskontrahenterna.

29 Med sin tredje grund har Lundbeck gjort gällande att även om tribunalen gjorde en korrekt bedömning då den fann att åtminstone fem av de sex omtvistade avtalen inte omfattades av Lundbecks nya metodpatent, så gjorde tribunalen ändå fel när den drog slutsatsen att dessa avtal hade ett konkurrensbegränsande syfte.

30 Som fjärde grund har Lundbeck gjort gällande följande. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning av bevisningen samt förde ett motsägelsefullt resonemang i det att tribunalen fann att kommissionen gjort en riktig bedömning då den fann att Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel var faktiska eller potentiella konkurrenter då de omtvistade avtalen ingicks, oavsett om tillverkarna av generiska läkemedel med sina produkter gjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent.

31 I sin femte grund har Lundbeck gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den fastställde de böter som kommissionen ålagt Lundbeck.

32 Genom sin sjätte grund har Lundbeck alternativt gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den fann att kommissionen i Lundbecks fall tillämpat korrekt bötesberäkningsmetod; dessutom underlät tribunalen att motivera sin bedömning i denna del på ett nöjaktigt sätt.

33 Domstolen kommer först att pröva den fjärde grunden och därefter göra en gemensam prövning av den första, den andra och den tredje grunden. Avslutningsvis kommer domstolen att pröva den sjätte grunden efter att ha prövat den femte grunden.

Den fjärde grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

34 Genom den första grunden för sin talan om ogiltigförklaring vid tribunalen gjorde Lundbeck gällande följande. Kommissionen hade i flera avseenden gjort felaktiga rättstillämpningar och oriktiga bedömningar när kommissionen fann att de tillverkare av generiska läkemedel som ingått de omtvistade avtalen i vart fall var potentiella konkurrenter till Lundbeck vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks.

35 Den första grunden vid tribunalen bestod av nio delgrunder och tribunalen fann inte att Lundbecks talan kunde vinna bifall såvitt avsåg någon av dessa delgrunder.

36 Vad gäller den första grundens första, andra, tredje, fjärde och femte del gjorde tribunalen följande bedömning i punkterna 117–133 och i punkterna 157–167 i den överklagade domen. Tribunalen fann att Lundbeck inte kunde vinna framgång med argumentet att lanseringen av generiska läkemedel som utgjorde intrång i tredje mans immateriella rättigheter inte gav uttryck för potentiell konkurrens enligt artikel 101 FEUF. Vidare kunde Lundbeck, enligt tribunalen, inte heller vinna framgång med argumentet att ett bestridande av ett giltigt patent inte innebär någon verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden.

37 Tribunalen påpekade att det fanns belägg för att potentiell konkurrens rådde mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel. Dessa tillverkare hade nämligen verkliga och konkreta möjligheter samt kapacitet att träda in på marknaden, *dels* med hänsyn till de olika

omständigheter som kommissionen beaktat, *dels* med hänsyn till Lundbecks beslut att betala betydande belopp till tillverkarna av generiska läkemedel för att hålla dem utanför marknaden så länge de omtvistade avtalen fortfarande gällde.

38 I detta avseende fann tribunalen bland annat, i punkterna 124 och 195 i den överklagade domen, att kommissionen inte hade begått något fel när den fann att Lundbecks nya metodpatent inte med nödvändighet utgjorde oöverstigliga hinder för tillverkarna av generiska läkemedel och att varje tillverkare förfogade över, eller tillräckligt snabbt kunde ha förfogat över, en generisk version av citalopram tillverkad med metoder i fråga om vilka det inte hade styrkts att de utgjorde intrång i något av Lundbecks patent vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Tribunalen fann även, i punkt 171 i den överklagade domen, att den potentiella konkurrensen inbegriper just generikatillverkarnas agerande i syfte att erhålla de nödvändiga godkännandena för försäljning för att förbereda marknadsinträdet.

39 Vid sin bevisprövning beaktade tribunalen bland annat, i punkterna 126 och 254 i den överklagade domen, att Lundbeck hade kännedom om att kristalliseringspatentet i huvudsak var svagt och kunde ogiltigförklaras. Samtidigt uteslöt tribunalen, i punkterna 142 och 147 i den överklagade domen, att konstaterandet att det förelåg ett potentiellt konkurrensförhållande mellan tillverkarna av generiska läkemedel och Lundbeck i huvudsak grundade sig på subjektiva bedömningar.

40 I punkterna 134–148 i den överklagade domen tillät tribunalen dessutom bevisning som hänför sig till tiden efter de omtvistade avtalen. I punkt 254 i samma dom beaktade tribunalen bevisning som visade att vissa tillverkare av generiska läkemedel och Lundbeck självt hyste tvivel om kristalliseringspatentets giltighet vid den tidpunkt då nämnda avtal ingicks. I punkt 145 i den överklagade domen fann tribunalen däremot att den omständigheten att EPO hade bekräftat kristalliseringspatentet i alla dess relevanta aspekter år 2009 inte var avgörande för bedömningen av huruvida potentiell konkurrens rådde mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel vid den tidpunkt då nämnda avtal ingicks.

41 Därefter prövade tribunalen – inom ramen för sitt ställningstagande till den sjätte, den sjunde, den åttonde och den nionde delen av den första grunden för talan om ogiltigförklaring – för vart och ett av de omtvistade avtalen huruvida den av kommissionen åberopade bevisningen verkligen utgjorde belägg för att det förelåg ett potentiellt konkurrensförhållande mellan var och en av tillverkarna av generiska läkemedel och Lundbeck. I punkt 181 i den överklagade domen konstaterade tribunalen särskilt att kommissionens slutsats grundade sig på en mängd faktorer som beaktade den specifika situation som var och en av dessa tillverkare befann sig i vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, samt vad som är specifikt för läkemedelsbranschen.

Parternas argument

42 Den fjärde grunden för överklagandet består av sju delgrunder. Inom ramen för den fjärde grunden har Lundbeck gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning av bevisningen samt förde ett motsägelsefullt resonemang i det att tribunalen fann att kommissionen gjort en riktig bedömning då den fann att Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel i vart fall var potentiella konkurrenter.

43 Som första delgrund har Lundbeck gjort gällande följande. Tribunalen begränsade sin prövning till att endast kontrollera huruvida tillverkarna av generiska läkemedel rent fysiskt hade kunnat träda in på marknaden. Därigenom gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning då den underlät

att beakta de rättsliga hinder som fanns, nämligen Lundbecks nya metodpatent, vilka hindrade dessa tillverkare från att lagligen ta sig in på marknaden. Detta bekräftas enligt Lundbeck av punkt 29 i 2014 års riktlinjer för avtal om tekniköverföring. Lundbeck har, med stöd av EFPIA, gjort gällande att kommissionen – då det är fråga om exklusiva rättigheter, såsom patent – är skyldig att, när det konstaterats råda potentiell konkurrens på marknaden, kontrollera huruvida ett företag, i avsaknad av det avtal som kommissionen undersöker, skulle ha haft verkliga och konkreta möjligheter att lagligen träda in på nämnda marknad och där konkurrera med redan etablerade företag. Tribunalen kunde således inte – utan att göra en felaktig bevisbördefördelning, och därmed en felaktig rättstillämpning – i punkt 195 i den överklagade domen slå fast att kommissionen inte varit skyldig att visa att de metoder som tillämpas av tillverkarna av generiska läkemedel inte utgjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent. Tribunalen kunde inte heller – utan att därvid åsidosätta den giltighetspresumtion som gäller för Lundbecks nya metodpatent, och därmed utan att göra en felaktig rättstillämpning – i punkterna 115–132 och 149–167 i den överklagade domen slå fast att även om tillverkarna av generiska läkemedel endast förfogade över citalopram som skyddades av Lundbecks nya metodpatent, så var dessa tillverkare inte desto mindre potentiella konkurrenter till Lundbeck på grund av att de kunde angripa giltigheten av dessa patent.

44 Som andra delgrund har Lundbeck gjort gällande följande. Tribunalens konstaterande i punkt 145 i den överklagade domen, nämligen att Lundbeck självt tvivlade på kristalliseringspatentets giltighet, grundar sig på en ”uppenbart oriktig bedömning av bevisningen”. Enligt Lundbeck grundar sig detta konstaterande nämligen enbart på två handlingar av den 22 november 2002 respektive den 29 september 2003, det vill säga handlingar som upprättats efter de omtvistade avtalen; detta strider mot tribunalens bedömning i punkt 141 i den överklagade domen, nämligen att bevisning som hänför sig till tiden efter ingåendet av dessa avtal inte kan vara avgörande vid prövningen av om potentiell konkurrens rådde. Vidare kastade tribunalen, i punkt 254 i den överklagade domen, om bevisbördan till Lundbecks nackdel, i det att tribunalen krävde att det var Lundbeck som med stöd av bevisning skulle styrka på vilket sätt, innan nämnda avtal ingicks, Lundbecks bedömning av sannolikheten för att kristalliseringspatentet skulle ogiltigförklaras var en annan.

45 Som tredje delgrund har Lundbeck hävdat följande. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den, i punkterna 134–148 i den överklagade domen, fann att bevisning som hänför sig till tiden efter de omtvistade avtalen, även objektiv sådan, inte kunde tillmätas avgörande betydelse vid prövningen av huruvida potentiell konkurrens rådde mellan Lundbeck och var och en av tillverkarna av generiska läkemedel.

46 Inom ramen för den fjärde, den femte, den sjätte och den sjunde delgrunden har Lundbeck gjort gällande följande. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den i punkterna 225, 230, 255, 270, 286 och 330 i den överklagade domen slog fast *att* Merck (GUK) i vart fall var en potentiell konkurrent till Lundbeck i Förenade kungariket och i de övriga EES-länderna, *att* Arrow var en potentiell konkurrent till Lundbeck i Förenade kungariket och i Danmark och slutligen *att* Alpharma och Ranbaxy var potentiella konkurrenter till Lundbeck inom EES, bland annat med motiveringen att dessa tillverkare av generiska läkemedel – då de omtvistade avtalen ingicks – inte hade något godkännande för försäljning eller likvärdigt tillstånd för att släppa ut sina generiska läkemedel på marknaden i de aktuella länderna. Vad vidare beträffar Arrow och Alpharma, gör sig denna felaktiga rättstillämpning gällande med dubbel kraft då tribunalen dessutom gjorde en uppenbart felaktig bedömning av bevisningen.

47 Kommissionen har gjort gällande att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning såvitt avser den fjärde grunden. I vart fall kan överklagandet enligt kommissionen inte bifallas i denna del.

Domstolens bedömning

48 Det följer av artikel 256.1 andra stycket FEUF och artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol att ett överklagande till domstolen ska vara begränsat till rättsfrågor. Tribunalen är 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.

49 I den andra delgrunden har Lundbeck gjort gällande att tribunalen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den konstaterade att Lundbeck tvivlade på att Lundbecks nya metodpatent var giltiga; i den fjärde, den femte, den sjätte och den sjunde delgrunden har Lundbeck gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av bevisningen då den fann att Merck (GUK) i vart fall var en potentiell konkurrent till Lundbeck och att Arrow, Alpharma och Ranbaxy var potentiella konkurrenter till Lundbeck inom relevanta områden. Domstolen finner att Lundbeck med dessa argument har bestritt tribunalens fastställande eller bedömning av de faktiska omständigheterna eller bevisningen; Lundbeck har emellertid inte påstått, och än mindre styrkt, att tribunalen skulle ha missuppfattat de faktiska omständigheterna eller bevisningen.

50 Överklagandet ska således avvisas såvitt det avser nämnda argument som anförts inom ramen för den andra, den fjärde, den femte, den sjätte och den sjunde delen av den fjärde grunden.

51 I motsats till vad som gjorts gällande av kommissionen finner domstolen däremot att övriga delar av den fjärde grunden, liksom övriga delar av den andra, den fjärde, den femte, den sjätte och den sjunde delgrunden, utgör rättsfrågor som ska prövas av domstolen inom ramen för ett överklagande.

52 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).

53 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).

54 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 (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

55 När det är fråga om avtal, såsom de omtvistade avtalen, som 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).

56 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).

57 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).

58 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).

59 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).

60 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).

61 Domstolen finner således att tribunalen – i motsats till vad Lundbeck har hävdat – inte gjorde någon felaktig rättstillämpning, och i synnerhet inte åsidosatte vare sig den giltighetspresumtion som gäller för bland annat Lundbecks nya metodpatent eller de bevisbörderegler som gäller för de förfaranden som avses i artikel 101 FEUF, då tribunalen (såsom i huvudsak framgår av punkterna 117–132, 157–167 och 195 i den överklagade domen) fann att det inte ankom på kommissionen att styrka att det citalopram som tillverkarna av generiska läkemedel ämnade saluföra inte utgjorde intrång i Lundbecks nya metodpatent och att Lundbecks metodpatent inte utgjorde hinder för att potentiell konkurrens kunde anses råda mellan Lundbeck och dessa tillverkare av generiska läkemedel.

62 Tribunalen fann nämligen – med vederbörligt beaktande, i punkterna 117, 119 och 129 i den överklagade domen, såväl av patentens grundläggande egenskaper som av de grundläggande konkurrensförhållandena på den relevanta marknaden, men även av situationen i det aktuella fallet där Lundbecks ursprungspatent, som avsåg både den aktiva farmaceutiska substansen citalopram och tillverkningsmetoderna alkylering och cyanering, hade löpt ut och där det fanns andra metoder för att tillverka generiskt citalopram som inte konstaterats utgöra intrång i Lundbecks andra patent – i punkt 124 i den överklagade domen att kommissionen inte gjort något fel då den bedömde att Lundbecks nya metodpatent inte med nödvändighet utgjorde oöverstigliga hinder för de tillverkare av generiska läkemedel som önskade och var beredda att träda in på marknaden för citalopram och som redan hade gjort avsevärda investeringar för detta ändamål vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

63 Dessutom gjorde tribunalen en riktig bedömning när den, i punkt 159 i den överklagade domen, påpekade dels att det, för att det ska röra sig om potentiell konkurrens, inte måste visas att tillverkarna av generiska läkemedel med säkerhet skulle ha trätt in på marknaden och att detta inträde helt säkert skulle ha krönts med framgång, utan endast att dessa tillverkare förfogade över verkliga och konkreta möjligheter härtill, dels att om motsatsen hävdades så skulle det vara detsamma som att förneka att det är någon skillnad mellan verklig och potentiell konkurrens.

64 Vidare finner domstolen att 2014 års riktlinjer för avtal om tekniköverföring, särskilt punkt 29 däri, inte föranleder domstolen att göra någon annan bedömning än att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den fann att potentiell konkurrens rådde mellan tillverkarna av generiska läkemedel och Lundbeck. För det första är denna punkt 29 nämligen tillämplig endast på sådana avtal om tekniköverföring som de omtvistade avtalen inte kan anses omfattas av. För det andra framgår det av nämnda punkt att kommissionens konstaterande – nämligen att det inte föreligger något konkurrensförhållande mellan företag som befinner sig i en blockerande ställning till följd av exklusiva teknikrättigheter – endast gör sig gällande ”i princip” och följaktligen är föremål för undantag; detta framgår för övrigt av samma punkt 29 då det anges att det kan förekomma fall där ”det är oklart huruvida en viss teknikrättighet är giltig och har överträtts”.

65 Överklagandet kan därför inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grundens första del.

66 När det gäller den bevisning som kan beaktas för att fastställa att det föreligger ett i vart fall potentiellt konkurrensförhållande mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel, har domstolen i punkt 57 ovan erinrat om följande. När det gäller sådana avtal som de omtvistade avtalen ska förekomsten av potentiell konkurrens mellan en tillverkare av originalläkemedel och en tillverkare av generiska läkemedel bedömas vid tidpunkten för ingåendet av förlikningsavtalet avseende metodpatenten som utgör skydd mot de generiska läkemedlen (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 43); det ska därvid beaktas

att nämnda förlikningsavtal ingås vid en tidpunkt då var och en av avtalskontrahenterna är osäker på om det metodpatent som innehas av tillverkaren av originalläkemedel är giltigt samt om det generiska läkemedel som tillverkaren av generiska läkemedel ämnar släppa ut på marknaden utgör intrång (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 52).

67 I enlighet med den unionsrättsliga principen om fri bevisföring (dom av den 27 april 2017, FSL m.fl./kommissionen, C-469/15 P, EU:C:2017:308, punkt 38 och där angiven rättspraxis) får således rätten beakta all bevisning, det vill säga sådan bevisning som hänför sig till tiden före och under och till och med efter ingåendet av det aktuella avtalet, om bevisningen visar sig vara ägnad att klargöra huruvida det förelåg eller inte förelåg ett konkurrensförhållande mellan de berörda företagen vid tidpunkten för avtalets ingående; detta har även i huvudsak påpekats av tribunalen i punkt 141 i den överklagade domen.

68 Såsom även påpekats av generaladvokaten i punkterna 90 och 91 i förslaget till avgörande, finner domstolen däremot att sådan bevisning avseende händelser som inträffat efter ingåendet av nämnda avtal – och i synnerhet sådan bevisning som avser den senare utgången av den tvist som föranledde avtalet – inte kan beaktas av rätten för att bedöma, och i förekommande fall för att i efterhand vederlägga, att det förelegat ett potentiellt konkurrensförhållande mellan avtalsparterna då dessa ingick avtalet.

69 Sådana omständigheter som parterna inte kände till då de ingick det aktuella avtalet kan nämligen inte ha påverkat deras beteende på marknaden, och de kan därmed inte anses klargöra huruvida något konkurrensförhållande förelåg eller inte förelåg mellan de berörda företagen då de ingick avtalet.

70 Tribunalen gjorde följaktligen inte någon felaktig rättstillämpning eller kastade om bevisbördan när den, i punkterna 141 och 254 i den överklagade domen, fann att bevisning från tiden efter de omtvistade avtalen kunde beaktas; i förevarande fall var det därvid fråga om handlingar som återspeglade avtalskontrahenternas uppfattning om styrkan hos Lundbecks nya metodpatent vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Det är nämligen möjligt att utifrån denna bevisning fastställa vilken ställning som avtalskontrahenterna hade vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

71 Vidare finner domstolen att tribunalen – utan att därvid motsäga sig själv – i punkterna 141 och 254 i den överklagade domen kunde grunda sin bedömning på denna bevisning som hänför sig till tiden efter ingåendet av de omtvistade avtalen, samtidigt som den, i punkterna 136 och 143–146 i den överklagade domen, underlät att beakta andra omständigheter som Lundbeck åberopat och som även dessa hänför sig till tiden efter dessa avtal; det var därvid i huvudsak fråga om beslut från EPO:s överklagandenämnd och från den nederländska patentmyndigheten som fastställde att kristalliseringspatentet var giltigt i alla dess relevanta aspekter år 2009, samt den omständigheten att Lundbeck ”uppnått interimistiska förbudsförelägganden eller andra interimistiska åtgärder” i mer än 50 procent av de rättsliga förfaranden som Lundbeck hade inlett under åren 2002 och 2003.

72 Medan förstnämnda bevisning kan bidra till utredningen av vilken ställning som parterna i de omtvistade avtalen hade vid den tidpunkt då avtalen ingicks (se punkt 70 ovan), så kan den bevisning som nämns därefter, avseende omständigheter som inträffat efter ingåendet av dessa avtal och som följaktligen var okända för avtalsparterna, inte (vilket påpekats av tribunalen i punkterna 145 och 146 i den överklagade domen) ha påverkat avtalsparternas beteende på

marknaden och denna bevisning kan därmed inte heller anses klargöra huruvida något konkurrensförhållande förelåg mellan de berörda företagen vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks.

73 Lundbeck har vidare gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den fann att potentiell konkurrens förelåg mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel på grundval av subjektiv bevisning som beaktades i punkterna 126 och 254 i den överklagade domen.

74 Domstolen påpekar i detta hänseende att även om förekomsten av potentiell konkurrens mellan två företag som är verksamma på samma nivå i produktionskedjan ska bedömas mot bakgrund av de objektiva omständigheter som domstolen erinrat om i punkt 57 ovan, så är det emellertid tillåtet att få förekomsten av sådan potentiell konkurrens bekräftad genom att ta hjälp av stödbevisning (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 54), inbegripet subjektiva omständigheter (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 42), såvida det inte är denna stödbevisning som är avgörande för bedömningen.

75 Det kan således inte uteslutas att subjektiva omständigheter beaktas för att utreda om ett potentiellt konkurrensförhållande föreligger mellan två eller flera företag, under förutsättning att det inte enbart eller huvudsakligen är utifrån dessa subjektiva omständigheter som det anses styrkt att ett sådant potentiellt konkurrensförhållande är för handen.

76 Detta gör sig särskilt gällande beträffande den bedömning som tillverkaren av originalläkemedel gör av den affärsrisk som den berörda tillverkaren av generiska läkemedel utgör; denna bedömning är relevant vid prövningen av huruvida det är fråga om potentiell konkurrens, eftersom det är denna bedömning som ligger till grund för hur tillverkaren av originalläkemedlet beter sig på marknaden (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 42 och 57).

77 Det framgår av punkterna 142 och 147 i den överklagade domen att tribunalen slutgiltigt slog fast att Lundbeck hade fel när Lundbeck hävdade att kommissionen i det omtvistade beslutet ”nästan uteslutande” grundade sig på sådana subjektiva bedömningar för att fastställa förekomsten av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel. Det har inte gjorts gällande, och än mindre visats, att tribunalen i dessa punkter skulle ha missuppfattat de faktiska omständigheterna eller bevisningen.

78 I detta avseende konstaterade tribunalen, i punkt 142 i den överklagade domen, att kommissionen beträffande var och en av tillverkarna av generiska läkemedel hade företagit en mycket noggrann prövning av deras verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden samt att kommissionen till grund för den prövningen hade lagt objektiva omständigheter, såsom redan genomförda investeringar, vidtagna åtgärder i syfte att erhålla godkännande för försäljning samt leveransavtal ingångna med leverantörer av den aktiva farmaceutiska substansen. I punkt 144 i den överklagade domen preciserade tribunalen dessutom att det starkaste beviset är själva det faktum att Lundbeck hade ingått avtal med tillverkarna av generiska läkemedel för att försena deras marknadsinträde, vilket domstolen redan påpekat i domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

79 I motsats till vad som påstått av Lundbeck inom ramen för den andra delen av förevarande grund, finner domstolen för övrigt att tribunalen, i punkt 254 i den överklagade domen, inte kastade om bevisbördan till Lundbecks nackdel. I nämnda punkt i den överklagade domen konstaterade

tribunalen endast att Lundbeck inte hade åberopat någon bevisning som kunde vederlägga de slutsatser som följer av den bevisning som kommissionen lade till grund för sin bedömning i det omtvistade beslutet. Enligt domstolens fasta praxis kan nämligen, i fråga om ansvar för en överträdelse av konkurrensreglerna, de faktiska omständigheter som en part åberopar vara sådana att de innebär att motparten tvingas lämna en förklaring eller godtagbara skäl, vid äventyr av att bevisbördan annars kan anses ha uppfyllts (dom av den 1 juli 2010, Knauf Gips/kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punkt 80, och dom av den 18 januari 2017, Toshiba/kommissionen, C-623/15 P, ej publicerad, EU:C:2017:21, punkt 52).

80 Överklagandet ska således lämnas utan bifall såvitt avser den andra delgrunden, i den del den delgrunden kan tas upp till sakprövning, och såvitt avser den tredje delgrunden av den fjärde grunden.

81 Vad slutligen gäller den fjärde, den femte, den sjätte och den sjunde delen av den fjärde grunden, påpekar domstolen följande. Lundbeck har därvid gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den fann att Lundbeck i vart fall befann sig i en situation med potentiell konkurrens med Merck (GUK) i Förenade kungariket och i de övriga EES-länderna, i en situation med potentiell konkurrens med Arrow i Förenade kungariket och i Danmark och i en situation med potentiell konkurrens med Alpharma och Ranbaxy inom EES. Såsom konstaterats i punkterna 49 och 50 ovan kan överklagandet, såvitt avser dessa påståenden, delvis inte tas upp till sakprövning i den del Lundbeck framfört dessa påståenden för att få domstolen att helt eller delvis företa en omprövning av de bevis som prövats av tribunalen.

82 I den mån dessa påståenden inte framförts av Lundbeck för att få domstolen att företa en sådan omprövning, gör domstolen följande bedömning. I dessa påståenden upprepas den metodkritik som av domstolen inom ramen för prövningen av den första, den andra och den tredje delgrunden befunnits vara grundlös; vidare formuleras i dessa påståenden en kritik mot tribunalen för att den konstaterat att potentiell konkurrens eller i vart fall potentiell konkurrens rådde mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel, trots att dessa tillverkare inte hade något godkännande för försäljning för sina respektive generiska läkemedel vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

83 Det är visserligen nödvändigt att en tillverkare av generiska läkemedel innehar ett giltigt godkännande för försäljning för att denna tillverkare ska kunna träda in på marknaden och följaktligen för att det ska kunna konstateras att aktuell konkurrens råder mellan denna tillverkare och en tillverkare av originalläkemedel som motsvarar nämnda generiska läkemedel. Inte desto mindre är det så, att avsaknaden av ett sådant godkännande för försäljning för en tillverkare av generiska läkemedel vid den tidpunkt då ett avtal ingicks med en tillverkare av originalläkemedel inte i sig kan – såsom gjorts gällande av Lundbeck – utesluta att potentiell konkurrens råder mellan dessa båda läkemedelstillverkare.

84 Såsom domstolen angett i punkt 57 ovan förutsätter förekomsten av potentiell konkurrens mellan en tillverkare av generiska läkemedel och en tillverkare av originalläkemedel – i en situation då det inte finns några oöverstigliga hinder för marknadsinträde – endast att tillverkaren av generiska läkemedel har vidtagit de förberedelseåtgärder som krävs för att kunna träda in på den relevanta marknaden inom en tidsram som innebär att tillverkaren av originalläkemedel utsätts för ett konkurrenstryck; det är därvid ovidkommande om dessa åtgärder faktiskt slutförts inom önskad tid eller om de kommer att röna framgång, vilket med rätta påpekats av tribunalen i punkterna 313 och 314 i den överklagade domen.

85 Domstolen har för övrigt redan haft tillfälle att ange att inom läkemedelssektorn kan potentiell konkurrens uppstå långt innan ett patent som skyddar den aktiva ingrediensen i ett originalläkemedel löpt ut, eftersom tillverkare av generiska läkemedel vill vara redo att inträda på marknaden vid den tidpunkt då patentet upphör (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 51).

86 Bland dessa förberedelseåtgärder som kan ge vid handen att en tillverkare av generiska läkemedel är fast besluten om och har den kapacitet som krävs för att inträda på marknaden för ett läkemedel innehållande en aktiv substans som inte längre är patentskyddad, återfinns bland annat sådana åtgärder som vidtas för att göra det möjligt för denna tillverkare att förfoga över de godkännanden för försäljning eller motsvarande godkännanden som är nödvändiga för saluföringen av tillverkarens generiska läkemedel; i punkterna 171–179, 230, 231, 246, 249, 269, 290 och 312–326 i den överklagade domen slog tribunalen fast att detta de facto var fallet för var och en av de i målet aktuella tillverkarna av generiska läkemedel och att detta var tillräckligt för att utsätta Lundbeck för ett konkurrenstryck (se, analogt, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 134).

87 Tribunalen gjorde således inte någon felaktig rättstillämpning när den, i punkt 171 i den överklagade domen, fann att de åtgärder som var och en av tillverkarna av generiska läkemedel hade vidtagit för att erhålla ett godkännande för försäljning av de berörda läkemedlen, utgjorde relevanta indicier för att fastställa att potentiell konkurrens rådde mellan dessa tillverkare och Lundbeck.

88 Att potentiell konkurrens rådde mellan Lundbeck och var och en av de aktuella tillverkarna av generiska läkemedel vinner dessutom stöd i en rad samstämmiga indicier (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 44). Tribunalen beaktade bland dessa indicier inte bara de verkliga och konkreta möjligheter som var och en av dessa tillverkare hade att få godkännanden för försäljning eller motsvarande godkännanden; som framgår av punkt 181 i den överklagade domen beaktade tribunalen dessutom ett antal faktorer rörande den specifika situation som rådde för varje tillverkare av generiska läkemedel vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, jämte den omständigheten att Lundbeck ingått avtal med sådana tillverkare av generiska läkemedel som ännu inte bedrev någon verksamhet på marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 55–57).

89 Tribunalen kan därmed inte heller anses ha gjort någon felaktig rättstillämpning när den i den överklagade domen fann att Lundbeck i vart fall befann sig i en situation med potentiell konkurrens med Merck (GUK) i Förenade kungariket och i de övriga EES-länderna (vilket även framgår av dom av denna dag i målet C-588/16 P, Generics (UK)/kommissionen, punkt 36, och av dom av denna dag i mål C-614/16 P, Merck/kommissionen, punkt 45), i en situation med potentiell konkurrens med Arrow i Förenade kungariket och i Danmark (vilket även framgår av dom av denna dag i mål C-601/16 P, Arrow Group och Arrow Generics/kommissionen, punkt 48), och i en situation med potentiell konkurrens med Alpharma och Ranbaxy inom EES (vilket även framgår av dom av denna dag i mål C-611/16 P, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen, punkt 59, och dom av denna dag i mål C-586/16 P, Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen, punkt 43).

90 I den del som överklagandet kan tas upp till sakprövning såvitt avser den fjärde, den femte, den sjätte och den sjunde delen av den fjärde grunden, finner domstolen således att överklagandet ska lämnas utan bifall.

91 Mot denna bakgrund ogillar domstolen överklagandet såvitt avser den fjärde grunden, eftersom överklagandet i denna del delvis inte kan tas upp till sakprövning och delvis är ogrundat.

Den första, den andra och den tredje grunden

92 Inom ramen för den första, den andra och den tredje grunden har Lundbeck gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den kvalificerade de omtvistade avtalen som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Domstolen kommer därför att pröva dessa grunder tillsammans.

Relevanta punkter i den överklagade domen

93 Till stöd för sin talan om ogiltigförklaring vid tribunalen gjorde Lundbeck, inom ramen för den andra, den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte grunden, i huvudsak gällande att kommissionen hade åsidosatt artikel 101.1 FEUF. Tribunalen ogillade talan i denna del men det är endast tribunalens bedömning såvitt avser den andra, den tredje, den fjärde och den sjätte grunden som är föremål för detta överklagande. Lundbeck gjorde gällande att kommissionen i ett flertal avseenden gjort en felaktig rättstillämpning och oriktiga bedömningar när den i det omtvistade beslutet fann att de omtvistade avtalen skulle kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

94 Tribunalen ogillade Lundbecks talan såvitt avser dessa grunder efter att, i punkterna 338–344 i den överklagade domen, ha erinrat om tillämpliga rättsgrundsatser och rättspraxis avseende kvalificeringen som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

95 Som andra grund för sin talan om ogiltigförklaring gjorde Lundbeck gällande att kommissionen hade gjort en felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning av sakomständigheterna samt underlåtit att motivera sitt beslut i tillräcklig utsträckning när det gällde bedömningen av vilken betydelse som värdeöverföringarna hade i de omtvistade avtalen. Tribunalen ogillade talan i denna del och angav bland annat följande i punkterna 361–363 i den överklagade domen: Parterna i dessa avtal var oense om huruvida Lundbecks nya metodpatent var tillräckligt solida för att Lundbeck skulle kunna hindra generiskt citalopram från att släppas ut på marknaden, vilket innebar att dessa patent inte kunde ha varit avgörande för åtagandet från tillverkarna av generiska läkemedel om att inte ta sig in på marknaden.

96 Tribunalen angav även, i punkt 366 i den överklagade domen, att kommissionen i det omtvistade beslutet hade grundat sig på en mängd uppgifter som visade att det var främst storleken på de omvända betalningar som Lundbeck erlagt till tillverkarna av generiska läkemedel som fått dessa att godta begränsningarna av deras agerande, och inte förekomsten av Lundbecks nya metodpatent eller viljan att undvika kostnader i samband med en eventuell tvist.

97 Efter att först ha redogjort för Lundbecks argument avseende bland annat den omständigheten att det skadestånd som tillverkarna av generiska läkemedel skulle kunna ådömas att utge ofta är betydligt lägre än den skada som tillverkaren av originalläkemedel åsamkas vid olagligt inträde på marknaden, fann tribunalen dessutom, i punkt 387 i den överklagade domen, att det inte kan godtas att företag försöker lindra verkningarna av rättsregler som de anser vara överdrivet ogynnsamma genom att delta i en konkurrensbegränsande samverkan som har till syfte till att justera dessa nackdelar under åberopande av att dessa regler skapar en obalans till deras nackdel.

98 Slutligen underkände tribunalen, i punkterna 398 och 399 i den överklagade domen, Lundbecks argument att de omtvistade avtalen inte innehöll någon klausul som hindrade tillverkarna av generiska läkemedel från att bestrida giltigheten av Lundbecks nya metodpatent och att dessa avtal därför inte avlägsnade varje incitament för dessa tillverkare att träda in på marknaden. I det avseendet påpekade tribunalen att kommissionen i det omtvistade beslutet endast hade fastställt att de omvända betalningar som föreskrevs i de omtvistade avtalen uppmuntrade eller utgjorde ett incitament för tillverkarna av generiska läkemedel att acceptera begränsningar av deras affärsmässiga oberoende som de inte skulle ha godtagit i avsaknad av dessa avtal och att det i beslutet inte påstås att betalningarna avlägsnade varje incitament i detta avseende. Vidare påpekade tribunalen att även om de omtvistade avtalen inte innehöll någon klausul om att inte bestrida giltigheten av patenten, så hade tillverkarna av generiska läkemedel i vart fall inte något intresse av att bestrida Lundbecks nya metodpatent efter att ha ingått de omtvistade avtalen, eftersom de omvända betalningarna ungefär motsvarade deras beräknade vinster i samband med ett inträde på marknaden eller det skadestånd som de skulle ha kunnat erhålla om de hade vunnit i ett mål mot Lundbeck.

99 Tribunalen ogillade vidare talan såvitt avsåg den tredje ogiltighetsgrunden där det gjorts gällande att kommissionen hade gjort en felaktig tillämpning av de rättsgrundsatser som gäller vid konkurrensbegränsning genom syfte. Tribunalen fann därvid, i punkt 435 respektive punkt 438 i den överklagade domen, bland annat följande. De omtvistade avtalen kunde jämföras med avtal om utestängning från marknaden, som tillhör de mest allvarliga konkurrensbegränsningarna, och att det inte krävs att samma typ av avtal redan har underkänts av kommissionen för att dessa ska kunna betraktas som konkurrensbegränsning genom syfte. När det gäller argumentet att kommissionen i det omtvistade beslutet gjort en felaktig rättstillämpning i det att kommissionen inte medgav att ”intrångsscenariot” utesluter möjligheten att konstatera att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, fann tribunalen följande i punkterna 472 och 473 i den överklagade domen. När det rör sig om konkurrensbegränsningar genom syfte är kommissionen endast skyldig att visa att de omtvistade avtalen var tillräckligt skadliga för konkurrensen, med hänsyn till innehållet i deras bestämmelser, de ändamål som eftersträvades samt genom deras ekonomiska och juridiska sammanhang, dock utan att kommissionen behöver pröva deras verkningar. En prövning av ett hypotetiskt ”intrångsscenario” skulle enligt tribunalen mer likna en prövning de omtvistade avtalens verkningar på marknaden än en objektiv prövning av hur skadliga de är för konkurrensen.

100 Tribunalen ogillade vidare talan såvitt avsåg den fjärde ogiltighetsgrunden där det gjorts gällande att kommissionen hade gjort en felaktig rättstillämpning samt underlåtit att i tillräcklig utsträckning motivera det omtvistade beslutet i den del där kommissionen fann att patentets tillämpningsområde inte utgjorde det grundläggande kriteriet för prövningen av förlikningsavtal på patentområdet utifrån artikel 101.1 FEUF. I punkterna 491 och 495 i den överklagade domen fann tribunalen – i fråga om Lundbecks argument att avtalade inskränkningar avseende de tidsmässiga, territoriella och materiella rättigheter som tillkommer patentinnehavaren inte strider mot konkurrensrätten, på grund av att dessa inskränkningar är analoga med de som följer av underliggande patent – att detta argument var problematiskt. För det första skulle detta argument, enligt tribunalen, leda till att ett generiskt läkemedel presumeras göra intrång i originalproducentens patent och således göra det möjligt att utestänga det generiska läkemedlet på denna grund, medan frågan huruvida det generiska läkemedlet utgör en överträdelse eller ej är en fråga som inte besvaras. För det andra bygger detta argument, enligt tribunalen, på presumtionen att varje patent som åberopas inom ramen för en uppgörelse i godo betraktas som giltigt för det fall dess giltighet skulle bestridas, trots att det inte finns någon grund för denna verkan i rättsregler eller praxis. Den omständigheten att vissa begränsningar som de omtvistade

avtalen innehöll, av kommissionen, hade ansetts potentiellt befinna sig inom tillämpningsområdet för Lundbecks nya patent, betyder enligt tribunalen endast att Lundbeck hade kunnat erhålla jämförbara begränsningar genom domstolsbeslut som meddelats för att dessa patent skulle kunna användas, om det antas att Lundbeck hade vunnit målen vid de behöriga nationella domstolarna. I punkt 515 i den överklagade domen påpekade tribunalen även att frågan huruvida de begränsningar som de omtvistade avtalen innehöll gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent betraktats som en relevant, men inte avgörande, faktor vid fastställandet av huruvida det rörde sig om en konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.

101 Tribunalen ogillade vidare talan såvitt avsåg den sjätte ogiltighetsgrunden där det gjorts gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet hade gjort en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna i det att kommissionen slagit fast att de omtvistade avtalen innehöll begränsningar som gick utöver de begränsningar som följde av utövandet av rättigheterna enligt Lundbecks nya metodpatent. I punkterna 539 och 572 i den överklagade domen fann tribunalen bland annat att även om de omtvistade avtalen inte hade överskridit tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent, så utgjorde dessa avtal inte desto mindre konkurrensbegränsningar genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, eftersom de bestod av konkurrensbegränsande samverkan som syftade till att försena inträdet på marknaden för tillverkarna av generiska läkemedel, i utbyte mot betydande omvända betalningar, som förvandlade den relativa osäkerheten angående detta inträde till visshet om att inträdet inte skulle äga rum under de omtvistade avtalens giltighetstid.

Parternas argument

102 Den första grunden består av fyra delgrunder och den tar sikte på punkterna 335, 491, 495, 515, 536, 539, 572 och 801 i den överklagade domen. Lundbeck har därvid, med stöd av EFPIA, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen i det omtvistade beslutet gjort en riktig bedömning, i den del kommissionen däri slagit fast att de omtvistade avtalen hade konkurrensbegränsande syfte, även om de begränsningar som föreskrevs i dessa avtal omfattades av tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent.

103 Lundbeck har, för det första, gjort gällande att de omtvistade avtalen – på grund av att det är påkallat att göra en restriktiv tolkning av begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte” – inte kan anses vara skadliga för konkurrensen på grund av avtalens beskaffenhet i sig. Lundbeck anser nämligen att dessa avtal innehåller begränsningar som är jämförbara med de begränsningar som innehavaren av de berörda patenten skulle ha kunnat uppnå medelst domstolsavgöranden om att innehavarens patent ska iakttas. På samma sätt gjorde tribunalen, enligt Lundbeck, en felaktig bedömning när den slog fast att förekomsten av omvända betalningar och deras oproportionerliga karaktär var avgörande för kvalificeringen av de omtvistade avtalen som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

104 Lundbeck har, för det andra, hävdat att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget för de omtvistade avtalen; det är utifrån detta sammanhang möjligt att förklara varför Lundbeck erlade berörda belopp till tillverkarna av generiska läkemedel. Lundbeck har i detta avseende huvudsakligen angett att uppgörelser i godo vid patenttvister utgör ett legitimt och vanligt förekommande sätt att förebygga tvister och att sådana uppgörelser inte i sig ger upphov till några konkurrensproblem. Det är enligt Lundbeck – utifrån den asymmetriska riskfördelning mellan patentinnehavaren och tillverkarna av generiska läkemedel som leder till att patentinnehavaren inte kan erhålla full kompensation för skada som

orsakats av att generiska läkemedel rättsstridigt släppts ut på marknaden – godtagbart att ingå uppgörelser i godo, även om berörda patent objektivt sett är solida och har blivit föremål för intrång.

105 Lundbeck anser, för det tredje, att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den, i punkterna 466–477 i den överklagade domen, inte ålade kommissionen att undersöka det aktuella ”intrångsscenariot”; en sådan prövning torde vara en omständighet som ska beaktas vid varje konkurrensbedömning, även när det berörda avtalet anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, för att fastställa orsakssambandet mellan det aktuella förfarandet och den åberopade begränsningen samt för att utesluta att denna begränsning kan ha orsakats av andra faktorer, såsom i förevarande fall av att det finns patent. I sitt svar på den skriftliga frågan av den 6 februari 2020 angav Lundbeck att den vikt som domstolen fäste vid prövningen av detta scenario i punkt 37 i domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52) ger vid handen att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning.

106 Lundbeck anser, för det fjärde, att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den, i punkterna 435 och 470–476 i den överklagade domen, likställde de omtvistade avtalen med icke dolda avtal om utestängning från marknaden av det skälet att de omtvistade avtalen hade ingåtts mellan faktiska eller potentiella konkurrenter. Dessa avtal eftersträvar nämligen legitima ändamål. Vid tiden för de omtvistade avtalen fanns det inte heller någon erfarenhet från, eller vedertagen uppfattning om, kvalificeringen som ”konkurrensbegränsning genom syfte”, vare sig i rättspraxis eller i beslutspraxis från europeiska och nationella konkurrensmyndigheter. Det framgår dessutom, enligt Lundbeck, av KFST:s tillkännagivanden att sådana avtal som de omtvistade avtalen vid den aktuella tidpunkten befann sig i en gråzon; sådana avtal var således inte så pass skadliga för konkurrensen att de kunde kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

107 Slutligen har Lundbeck, i sitt svar på den skriftliga frågan av den 6 februari 2020, gjort gällande att de omtvistade avtalen inte kunde kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”, eftersom de – till skillnad från de avtal som var föremål för prövning i det mål som avgjordes genom domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52) – inte innehöll några klausuler om att giltigheten av berörda patent inte fick angripas.

108 Genom sin andra grund anser Lundbeck att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning av bevisningen, då tribunalen inte tillämpade korrekt rättsligt kriterium för att dra slutsatsen att fem av de sex omtvistade avtalen – nämligen GUK-avtalet för EES, Arrow UK-avtalet, det danska Arrow-avtalet, Alpharma-avtalet och Ranbaxy-avtalet – inte omfattades av tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent. Det framgår nämligen inte av dessa avtal, bland annat mot bakgrund av tillämplig nationell rätt, att det ska ha funnits någon samstämmig vilja om att dessa avtal inte skulle omfattas av Lundbecks nya metodpatent, och följaktligen om att dessa avtal skulle tillämpas på icke-intrångsgörande citalopram.

109 Lundbeck har åberopat den tredje grunden alternativt, för det fall domstolen helt eller delvis ogillar överklagandet såvitt avser den andra grunden och således fastställer att fem eller färre av de sex omtvistade avtalen faller utanför tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent. Lundbeck har, inom ramen för denna tredje grund, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den kvalificerade dessa avtal som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Lundbeck har därvid hänfört sig till vad som anförts inom ramen för den andra, den tredje och den fjärde delen av den första grunden.

Domstolens bedömning

110 Lundbeck har formulerat sin kritik utifrån två angreppsvinklar. Lundbeck har, inom ramen för den första, den andra och den fjärde delen av den första grunden, gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den kvalificerade de omtvistade avtalen som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Såvitt avser den tredje delen av den första grunden, har Lundbeck kritiserat det tillvägagångssätt som tribunalen använde sig av vid denna kvalificering och närmare bestämt tribunalens underlåtenhet att pröva ”intrångsscenariot”.

111 Domstolen kommer således att först företa en gemensam prövning av den första, den andra och den fjärde delen av den första grunden. Därefter kommer domstolen att pröva den tredje delen av den första grunden.

112 Vad för det första gäller den första, den andra och den fjärde delen av den första grunden, har domstolen – såsom tribunalen erinrade om i punkt 343 i den överklagade domen – redan uttalat följande. Begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte” ska tolkas restriktivt och kan endast tillämpas på vissa avtal mellan företag som i sig, med beaktande av innehållet i avtalens bestämmelser, med beaktande av de mål som eftersträvas med avtalen 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).

113 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).

114 Det ska emellertid 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 avtal genom vilka konkurrenter medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete uppenbarligen 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).

115 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 tillverkaren av generiska läkemedel att avstå från att inträda på den relevanta marknaden och, följaktligen, få denne att inte konkurrera med priser och prestationer med tillverkaren av originalläkemedel, utan att det därvid på något sätt krävs att detta nettosaldo nödvändigtvis överstiger den vinst som tillverkaren av generiska läkemedel

skulle ha erhållit 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).

116 I förevarande fall framgår det av den överklagade domen att de omtvistade avtalen ledde till att tillverkarna av generiska läkemedel hölls utanför de relevanta marknaderna, och att detta för en av dem – det vill säga för Merck (GUK) – ledde till att leveranserna av de berörda generiska läkemedlen till en återförsäljare på den svenska marknaden upphörde och att denne tillverkare lämnade den brittiska marknaden, vilket framgår av punkt 131 i den överklagade domen.

117 Vidare framgår följande av punkterna 361–363 och 366 i den överklagade domen, vilka inte bestritts av Lundbeck inom ramen för målet om överklagande: i) parterna i de omtvistade avtalen var före ingåendet av dessa avtal oense om huruvida Lundbecks nya metodpatent var tillräckligt solida för att hindra att generiskt citalopram släpps ut på marknaden, vilket innebär att dessa patent inte kunde ha varit av avgörande betydelse för tillverkarna av generiska läkemedel då de åtog sig att inte träda in på marknaden; ii) Lundbeck har inte bestritt att de belopp som Lundbeck erlade till dessa tillverkare kunde beräknas med utgångspunkt i de vinster eller den omsättning som dessa tillverkare hoppades erhålla under de omtvistade avtalens löptid om de hade trätt in på marknaden; iii) det framgår av bevisningen avseende perioden före ingåendet av de omtvistade avtalen att tillverkarna av generiska läkemedel hade gjort avsevärda ansträngningar för att förbereda sitt marknadsinträde och att de inte hade för avsikt att avstå från dessa ansträngningar på grund av Lundbecks nya metodpatent, och att det följaktligen främst var storleken på de omvända betalningarna till tillverkarna av generiska läkemedel som föranlett dessa att godta begränsningarna av deras agerande.

118 Mot bakgrund av dessa påvisade fakta finner domstolen – varvid det saknas anledning för domstolen att pröva huruvida tribunalen gjorde en riktig bedömning när den, i punkterna 435 och 476 i den överklagade domen, likställde de omtvistade avtalen med avtal om utestängning från marknaden eller, till och med, med avtal om uppdelning av marknaden – att tribunalen inte gjorde någon felaktig rättstillämpning när den drog slutsatsen att de omtvistade avtalen utgjorde en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF. Denna bedömning gör sig i än högre grad gällande med tanke på att Lundbeck – framför allt i samband med sitt svar på den skriftliga frågan av den 6 februari 2020 – inte påstått att de värdeöverföringar som gjorts inom ramen för de omtvistade avtalen var motiverade av att någon av tillverkarna av generiska läkemedel levererat eventuella motprestationer eller gjort legitima avståenden.

119 Inget av de argument som åberopats av Lundbeck kan föranleda domstolen att göra någon annan bedömning.

120 För det första finner domstolen att Lundbeck inte kan vinna framgång med argumentet att de omtvistade avtalen inte ska anses utgöra en ”konkurrensbegränsning genom syfte” av den anledningen att dessa avtal endast avsåg Lundbecks nya metodpatent vars iakttagande Lundbeck hade rätt att erfordra.

121 Den omständigheten att patenthavaren ingår ett förlikningsavtal med en påstådd intrångsgörare vilket inte går utöver patentets innebörd och återstående giltighetstid, är visserligen ett uttryck för patenthavarens immateriella rättigheter som bland annat ger patenthavaren rätt att motsätta sig intrång, men faktum kvarstår dock att patentet inte ger patenthavaren rätt att ingå avtal som strider mot artikel 101 FEUF (dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 97).

122 Tribunalen gjorde en riktig bedömning när den, i punkt 495 i den överklagade domen, påpekade att även om de omtvistade avtalen också innehöll begränsningar som potentiellt ingick i tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent, så ”överskred dessa avtal deras immateriella rättigheters specifika syften, som visserligen inbegrep rätten att bestrida patentintrång, men inte rätten att ingå avtal enligt vilka verkliga eller potentiella konkurrenter på marknaden erhåller betalning för att inte träda in på marknaden”. Att denna bedömning är riktig vinner stöd i punkterna 117 och 118 ovan.

123 Följaktligen kan Lundbeck inte vinna framgång med påståendet att de omtvistade avtalen utgör ett legitimt uttryck för Lundbecks immateriella rättigheter. I vart fall finner domstolen att detta påstående utgår från två förutsättningar som, då de omtvistade avtalen ingicks, inte hade styrkts, nämligen i) att giltigheten av Lundbecks nya metodpatent inte kan angripas och ii) att tillverkarna av generiska läkemedel gjort intrång i dessa metodpatent (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 88).

124 Till stöd för att de omtvistade avtalen inte ska anses utgöra en ”konkurrensbegränsning genom syfte” har Lundbeck, för det andra, hävdat att dessa avtal eftersträvade legitima mål; syftet med dessa avtal var nämligen enligt Lundbeck att säkerställa försvaret av dess nya metodpatent med tillämpning av en legitim och vanligt förekommande tvistelösningsmetod, eller så utgjorde dessa avtal en motvikt till den asymmetriska riskfördelning som förelåg mellan tillverkarna av originalläkemedel och tillverkarna av generiska läkemedel. Domstolen finner emellertid att Lundbeck inte heller kan vinna framgång med dessa argument.

125 När det gäller Lundbecks argument att syftet med dessa avtal var att säkerställa försvaret av Lundbecks nya metodpatent med tillämpning av en legitim och vanligt förekommande tvistelösningsmetod, erinrar domstolen om följande. Ett patent ger inte – såsom redan nämnts i punkt 121 ovan och såsom även angetts av tribunalen i punkt 495 i den överklagade domen – patenthavaren någon rätt att ingå avtal som strider mot artikel 101 FEUF.

126 Vad vidare gäller Lundbecks argument att de omtvistade avtalen utgör en motvikt till den omständigheten (som för övrigt konstaterats av tribunalen i punkt 378 i den överklagade domen) att det skadestånd som tillverkare av originalläkemedel eventuellt kan ha rätt till om generiska läkemedel olagligen släpps ut på marknaden ofta väsentligen understiger den skada som tillverkarna av originalläkemedel har åsamkats, erinrar domstolen om 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).

127 Det kan nämligen inte – såsom även angetts av tribunalen i punkt 387 i den överklagade domen – godtas att företag försöker lindra verkningarna av rättsregler som de anser vara orimligt ogynnsamma genom att delta i en konkurrensbegränsande samverkan som har till syfte att reglera dessa missförhållanden under åberopande av att dessa regler skapar en obalans som missgynnar dem.

128 De omständigheter som Lundbeck har åberopat kan följaktligen inte anses utgöra godtagbara skäl för en överträdelse av artikel 101 FEUF och än mindre för ett samordnat förfarande som konstaterats vara så skadligt för konkurrensen att det ska anses utgöra en ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

129 För det tredje kan Lundbeck inte heller – till stöd för att de omtvistade avtalen inte ska anses utgöra en ”konkurrensbegränsning genom syfte” – vinna framgång med argumentet att det vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks förelåg osäkerhet om huruvida det var möjligt att göra en sådan kvalificering av sådana avtal som de omtvistade avtalen, bland annat med hänsyn till att det inte fanns någon beslutspraxis avseende sådana avtal och till den osäkerhet som enligt Lundbeck hade uppkommit med anledning av vissa uttalanden från KFST och kommissionen.

130 Domstolen delar nämligen den bedömning som tribunalen gjorde i punkterna 438 och 774 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.

131 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.

132 Att kommissionen och en nationell konkurrensmyndighet haft motstridiga meningar (varav vissa inte har styrkts) i fråga om ett avtal (se exempelvis de ståndpunkter som redovisas i punkterna 747–751 i den överklagade domen) kan, för det fall det anses styrkt att sådana motstridiga meningar verkligen varit för handen, inte medföra att det inte går att kvalificera avtalet som en ”konkurrensbegränsning genom syfte” om det ingalunda visats att dessa motstridiga meningar skulle vara resultatet av en sådan nogsam prövning som den som avses i föregående punkt.

133 För det fjärde kan Lundbeck avslutningsvis inte heller – till stöd för att de omtvistade avtalen inte ska anses utgöra en ”konkurrensbegränsning genom syfte” – vinna framgång med argumentet att dessa avtal inte innehöll några klausuler om att inte angripa patentens giltighet, till skillnad från de avtal som var föremål för prövning i det mål som avgjordes genom domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52). Vidare kan Lundbeck inte heller vinna framgång med argumentet att det av domen i nämnda mål framgår att det är viktigt att beakta de aktuella avtalens konkurrensfrämjande verkningar vid bedömningen av om de eventuellt ska anses utgöra ”konkurrensbegränsningar genom syfte”.

134 Domstolen har redan i punkt 114 ovan erinrat om följande. När det gäller sådana avtal som de omtvistade avtalen ska det fastställas huruvida konkurrenterna genom dessa avtal medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete; därvid ska det huvudsakligen prövas huruvida det positiva nettosaldot av värdeöverföringarna genom avtalen enbart förklaras av det kommersiella intresse som såväl patenthavaren som den påstådda intrångsgöraren har av att inte konkurrera med varandra med priser och prestationer.

135 I punkt 399 i den överklagade domen slog tribunalen fast att även om de omtvistade avtalen inte innehöll någon klausul om att inte angripa patentens giltighet, så hade tillverkarna av generiska läkemedel inte något intresse av att angripa Lundbecks nya metodpatent efter att de ingått de omtvistade avtalen, eftersom de omvända betalningarna ungefärligen motsvarade deras beräknade vinster i samband med ett inträde på marknaden eller det skadestånd som de skulle ha kunnat erhålla om de hade vunnit ett mål mot Lundbeck. I samma punkt slog tribunalen även fast

att även om det antas att beloppen avseende dessa betalningar till och med var lägre än de beräknade vinsterna, handlade det trots allt om en säker och omedelbar vinst, utan att dessa tillverkare behövde utsättas för de risker som ett inträde på marknaden hade medfört.

136 Domstolen finner att tribunalens konstaterande räcker för att det ska anses styrkt att de omtvistade avtalen utgör konkurrensbegränsningar genom syfte, detta särskilt med tanke på att Lundbeck i sitt överklagande, i vilket fall som helst, inte gjort gällande att avtalen skulle ha några konkurrensfrämjande verkningar. Därmed har Lundbeck inte fullgjort det beviskrav som uppställs i domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52), särskilt i punkt 107 däri, för att nämnda avtal inte ska anses utgöra ”konkurrensbegränsning genom syfte” på grund av att det föreligger rimligt tvivel om att avtalen är tillräckligt skadliga för konkurrensen.

137 Att endast påstå – utan att därvid åberopa någon bevisning till styrkande av detta påstående – att de omtvistade avtalen har konkurrensfrämjande verkningar, kan nämligen inte anses tillfyllest för att avtalen inte ska anses utgöra ”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, punkt 110).

138 Lundbeck gjorde visserligen – inom ramen för sin talan vid tribunalen om ogiltigförklaring, närmare bestämt i den sjunde grunden – gällande att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att den, vid tillämpningen av artikel 101.3 FEUF, uppskattade de omtvistade avtalens effektivitetsvinster på ett felaktigt sätt. Inte desto mindre kvarstår det faktum att Lundbeck i sitt överklagande inte bestritt vare sig punkterna 708–720 i den överklagade domen (där tribunalen underkände den sjunde grunden) eller den motivering som tribunalen lämnat i dessa punkter, för att på så sätt angripa tribunalens bedömning att dessa avtal ska kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”. Det kan därvid särskilt anmärkas att Lundbeck inte framställt något sådant bestridande i samband med att Lundbeck svarade på den skriftliga frågan av den 6 februari 2020.

139 Vad för det andra gäller den första grundens tredje del som tar sikte på punkterna 472 och 473 i den överklagade domen, i vilka tribunalen i huvudsak fann att det inte var nödvändigt att pröva ”intrångsscenariot” för att kvalificera ett beteende som ”konkurrensbegränsning genom syfte”, påpekar domstolen följande. Denna prövning gör 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 samt där angiven rättspraxis).

140 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) kan en prövning av ”intrångsscenariot”, som syftar till att klarlägga effekterna av ett visst samordnat förfarande, således inte krävas vid bedömningen av huruvida ett samordnat förfarande ska kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

141 Tribunalen gjorde således en riktig bedömning då den i punkt 472 i den överklagade domen fann att det enda som är av betydelse vid kvalificeringen av ett sådant förfarande som ”konkurrensbegränsning genom syfte” är att fastställa att det är tillräckligt skadligt för

konkurrensen med hänsyn till innehållet i dess bestämmelser, dess ändamål samt dess ekonomiska och juridiska sammanhang, varvid kommissionen inte är skyldig att pröva vilka verkningar som detta förfarande har fått.

142 Domstolen finner för övrigt – i motsats till vad Lundbeck har gjort gällande i sitt svar på den skriftliga frågan av den 6 februari 2020 – att det inte är nödvändigt att pröva ”intrångsscenariot” med tillämpning av punkt 37 i domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52).

143 I nämnda punkt 37 preciserade domstolen nämligen att när det är fråga om ett avtal som får till följd att ett företag tillfälligt utestängs från marknaden, ska det fastställas huruvida det, i avsaknad av nämnda avtal, hade funnits verkliga och konkreta möjligheter för företaget att inträda på denna marknad. Det ska emellertid konstateras att detta förtydligande avsåg bedömningen av huruvida det förelåg ett potentiellt konkurrensförhållande mellan parterna i ett sådant avtal som de avtal som var föremål för prövning i det mål som avgjordes genom nämnda dom; nämnda förtydligande avsåg emellertid inte bedömningen av om nämnda avtal skulle kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

144 Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grundens tredje del.

145 När det gäller den andra grunden finner domstolen följande. Det saknas anledning att pröva kommissionens invändning om att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning såvitt avser den andra grunden. Istället erinrar domstolen om att tribunalen, i punkt 539 i den överklagade domen, inte gjorde någon felaktig rättstillämpning (vilket även framgår av punkt 121 ovan) då den påpekade att även om de omtvistade avtalen inte hade överskridit tillämpningsområdet för Lundbecks nya patent, så skulle dessa avtal inte desto mindre ha utgjort konkurrensbegränsningar genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF. Såsom framgår av punkt 541 i den överklagade domen var det endast för fullständighetens skull som tribunalen företog den prövning av Lundbecks argument som utgör föremålet för Lundbecks kritik i den andra grunden. I och med att Lundbecks andra grund tar sikte på den prövning som tribunalen företog endast för fullständighetens skull i domskälen i den överklagade domen, finner domstolen att Lundbecks andra grund saknar verkan och därför ska lämnas utan avseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2016, SV Capital/ABE, C-577/15 P, EU:C:2016:947, punkt 65).

146 Slutligen ska det konstateras att Lundbeck inom ramen för sin tredje grund har hänvisat till de argument som Lundbeck åberopat till stöd för sin första grund. Domstolens bedömning såvitt avser Lundbecks första grund – avseende frågan om de omtvistade avtalen ska kvalificeras som en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, i det att dessa avtal endast omfattas av tillämpningsområdet för Lundbecks nya metodpatent – gör sig än mer gällande när det gäller den tredje grunden; denna tredje grund avser frågan om vissa av de omtvistade avtalen ska kvalificeras som ”konkurrensbegränsning genom syfte”, i det att de överskrider tillämpningsområdet för dessa patent.

147 Mot denna bakgrund finner domstolen att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den första, den andra och den tredje grunden.

Den femte grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

148 Genom den nionde grundens första del gjorde Lundbeck – i sin talan om ogiltigförklaring vid tribunalen – gällande följande. Även om det antas att kommissionen gjorde rätt då den fann att artikel 101 FEUF hade åsidosatts genom de omtvistade avtalen, så fanns det med hänsyn till de nya och komplexa frågeställningarna i ärendet, om faktiska och rättsliga omständigheter, inte något godtagbart skäl för kommissionen att ålägga Lundbeck böter i förevarande fall, vilket innebär att kommissionen ska anses ha åsidosatt rättssäkerhetsprincipen och legalitetsprincipen (inget brott och inget straff utan lag) (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

149 Tribunalen ogillade Lundbecks talan såvitt avsåg den grunden och anförde följande i punkt 777 i den överklagade domen. De konkurrensbegränsningar som föreskrevs i avtal, genom vilka en tillverkare av originalläkemedel hade lyckats utestänga potentiella konkurrenter från marknaden under en viss period genom betydande omvända betalningar, var långt ifrån oförutsebara på den tiden och de kunde rimligen uppfattas av avtalsparterna som stridande mot artikel 101.1 FEUF. Tribunalen fann därför att kommissionen kunde vidta sanktionsåtgärder mot dessa konkurrensbegränsningar utan att därvid åsidosätta rättssäkerhetsprincipen och legalitetsprincipen (inget brott och inget straff utan lag) (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

150 I detta avseende påpekade tribunalen bland annat, i punkt 776 i den överklagade domen, att vissa tillverkare av generiska läkemedel mycket väl hade insett att andra avtal, som liknade de omtvistade avtalen, utgjorde överträdelser och hade vägrat att ingå sådana avtal av just det skälet.

Parternas argument

151 Den femte grunden består av tre delgrunder. Lundbeck har därvid gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den fastställde de böter som kommissionen ålagt Lundbeck.

152 Till stöd för den femte grunden har Lundbeck, för det första, gjort gällande följande. I punkt 777 i den överklagade domen gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning vid bedömningen i skuldfrågan gällande vad som erfordras för att böter ska kunna ådömas ett företag som ägnar sig åt konkurrensbegränsande verksamhet. Sådana böter kan enligt Lundbeck dömas ut endast om det är säkert – och inte blott möjligt – att företaget hade kännedom om att överträdelsen var att anse som konkurrensbegränsande.

153 För det andra anser Lundbeck att tribunalen, mot bakgrund av de omtvistade avtalens komplexa karaktär, gjorde en felaktig rättstillämpning när den fastställde kommissionens bedömning att Lundbeck inte kunde sakna vetskap om att Lundbecks agerande var konkurrensbegränsande. Lundbeck har dessutom angett att kommissionens bedömning i denna del inte vinner stöd i de handlingar som nämns i punkt 776 i den överklagade domen och som tribunalen lade till grund för sin bedömning, i vart fall inte vad gäller samtliga omtvistade avtal, utan att tribunalen därvid måste anses ha missuppfattat dessa handlingar.

154 Lundbeck har, för det tredje, gjort gällande att tribunalen åsidosatte rättssäkerhetsprincipen och principen om förbud mot att retroaktivt använda en ny tolkning av en överträdelsebestämmelse genom att fastställa böter som är mer än enbart symboliska. Tribunalen borde ha fastställt ett symboliskt bötesbelopp av följande skäl: i) de frågeställningar som aktualiserades genom de

omtvistade avtalen var komplexa och hade tidigare inte varit föremål för prövning; ii) vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna var det osäkert hur artikel 101 FEUF skulle tolkas, bland annat på grund av KFST:s tillkännagivanden, och iii) det fanns inte några prejudikat avseende sådana avtal.

155 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

Domstolens bedömning

156 Såsom angetts av tribunalen i punkt 762 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).

157 Den omständigheten att det berörda företaget gjort en felaktig rättslig kvalificering av det agerande som ligger till grund för fastställandet av överträdelsen får således inte leda till att företaget undgår att åläggas böter om företaget inte kunde ha varit omedvetet om att nämnda agerande var konkurrensbegränsande (dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 38).

158 Det enda som är av betydelse är således huruvida detta företag kunde konstatera att dess agerande var konkurrensbegränsande och inte, såsom Lundbeck har hävdat, huruvida företaget faktiskt hade konstaterat att så var fallet.

159 I detta avseende slog tribunalen, i punkterna 764 och 777 i den överklagade domen, fast att de konkurrensbegränsningar som föreskrevs i de omtvistade avtalen var långt ifrån att vara oförutsebara vid den tidpunkt då avtalen ingicks, och att dessa konkurrensbegränsningar rimligen kunde uppfattas av avtalsparterna som stridande mot artikel 101.1 FEUF.

160 Till stöd för sin bedömning i denna del anförde tribunalen, i punkterna 765–776 i den överklagade domen, i huvudsak följande omständigheter: i) varken ordalydelsen i artikel 101.1 FEUF eller rättspraxis avseende denna bestämmelse avseende immateriella rättigheter (Lundbeck har inte gjort gällande att tribunalen gjort en felaktig tolkning av denna bestämmelse) gav utrymme för något tvivel om att de omtvistade avtalen stred mot artikel 101.1 FEUF; ii) även om det antas att KFST:s ställningstagande med avseende på dessa avtal var oklart, så kan Lundbeck inte utifrån detta ställningstagande ha fått några berättigade förväntningar på att några sanktionsåtgärder inte skulle vidtas med anledning av nämnda avtal; iii) den omständigheten att de med avseende på de omtvistade avtalen vidtagna sanktionsåtgärderna inte hade meddelats tidigare, kunde inte utgöra skäl för att ålägga Lundbeck endast ett symboliskt bötesbelopp, och iv) vissa av tillverkarna av generiska läkemedel hade gjort bedömningen att andra avtal som liknade de omtvistade avtalen utgjorde överträdelser, varför de just av den anledningen beslutade sig för att inte ingå några sådana avtal.

161 Det får utifrån dessa domskäl anses vara utrett att det åtminstone var förutsebart att de omtvistade avtalen skulle förskylla sanktionsåtgärder.

162 Lundbeck kan inte heller med framgång göra gällande att tribunalen missuppfattade de faktiska omständigheterna eller bevisningen då den slog fast att vissa tillverkare av generiska läkemedel mycket väl hade gjort bedömningen att andra avtal som liknade de omtvistade avtalen utgjorde en överträdelse och av just den anledningen hade beslutat sig för att inte ingå några sådana avtal. Lundbecks påstående i denna del tar nämligen sikte endast mot ett av de skäl som tribunalen lade till grund för sin bedömning (se punkt 160 ovan). Dessutom erinrar domstolen om att en klagande – med hänsyn till att en grund avseende missuppfattning av de faktiska omständigheterna och bevisningen får anses vara av undantagskaraktär – enligt artikel 256 FEUF, artikel 58 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol och artikel 168.1 d i domstolens rättegångsregler har en skyldighet att ange exakt vilka omständigheter som tribunalen har missuppfattat och visa de bedömningsfel som klaganden anser har orsakat denna missuppfattning hos tribunalen (dom av den 20 oktober 2011, PepsiCo/Grupo Promer Mon Graphic, C-281/10 P, EU:C:2011:679, punkt 78 och där angiven rättspraxis).

163 Lundbeck har visserligen angett att tribunalen missuppfattade de handlingar som avses i punkt 776 i den överklagade domen. Lundbeck har emellertid inte på något sätt redogjort för vilka bedömningsfel som tribunalen ska ha gjort och som ska ha fått tribunalen att missuppfatta dessa handlingar. Domstolen avvisar därför överklagandet såvitt avser den femte grunden, i den del där Lundbeck gjort gällande att tribunalen missuppfattade de faktiska omständigheterna och bevisningen.

164 Det faktum att vissa tillverkare av generiska läkemedel eller vissa medarbetare i Lundbecks personalstyrka betvivlade att de omtvistade avtalen, eller avtal som liknade de omtvistade avtalen, kunde vara lagenliga, gav ett adekvat stöd för bedömningen att Lundbeck var i stånd att inse att dess agerande var, eller i vart fall kunde vara, konkurrensbegränsande.

165 Slutligen finner domstolen att tribunalen – i det att tribunalen fastställde att Lundbeck skulle ådömas böter överstigande ett symboliskt bötesbelopp – inte kan anses ha åsidosatt rättssäkerhetsprincipen, trots att de frågeställningar som aktualiserades genom de omtvistade avtalen var komplexa och inte tidigare varit föremål för prövning, trots att det inte fanns några prejudikat och trots att KFST hade offentliggjort handlingar avseende dessa avtal (en redogörelse för innehållet i dessa handlingar finns i punkterna 749–752 i den överklagade domen.

166 Vad, för det första, gäller argumentet att den sanktionsåtgärd som vidtagits med anledning av de omtvistade avtalen inte använts tidigare, gör domstolen följande bedömning. I likhet med vad som i huvudsak angetts av tribunalen i punkt 763 i den överklagade domen kan den i artikel 49 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna stadfästa principen om att lagen ska vara tydlig (*nulla poena sine lega certa)* inte tolkas som ett förbud mot att bestämmelser om straffrättsligt ansvar gradvis klargörs i rättspraxis, förutsatt att en sådan tolkning i rättspraxis i rimlig grad kan förutses (dom av den 28 mars 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 167 och där angiven rättspraxis).

167 Det följer av punkt 114 ovan att det ska anses vara fråga om en ”konkurrensbegränsning genom syfte”, och av desto större anledning en ”konkurrensbegränsning”, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, när det framgår av prövningen av det berörda förlikningsavtalet att de värdeöverföringar som föreskrivs i avtalet enbart förklaras av att både patenthavaren och den påstådda intrångsgöraren har ett kommersiellt intresse av att inte konkurrera med varandra med priser och prestationer, eftersom avtal genom vilka konkurrenter medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete uppenbarligen omfattas av begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte”.

168 Dessutom konstaterade tribunalen, i punkterna 764 och 777 i den överklagade domen, att det var möjligt för Lundbeck att förutse att de omtvistade avtalen skulle kunna förskylla sanktionsåtgärder enligt artikel 101 FEUF.

169 Vad för det andra gäller uppgifterna i handlingarna från KFST, påpekar domstolen följande. I punkterna 749, 750, 834 och 835 i den överklagade domen konstaterade tribunalen – med stöd av sin obegränsade behörighet – antingen att dessa handlingar visade att KFST ansåg att de omtvistade avtalen kunde vara konkurrenspåverkande om det framgick att Lundbeck erlagt betalning till sina konkurrenter för att de skulle hålla sig utanför marknaden samt att dessa avtal därmed var att anse som mycket grova överträdelser av artikel 101 FEUF, eller att dessa handlingar endast utgör ett referat av kommissionens preliminära bedömningar.

170 Vidare påpekar domstolen – i likhet med vad tribunalen angav i punkt 748 i den överklagade domen – att eftersom de nationella konkurrensmyndigheterna inte är behöriga att fatta ett negativt beslut, närmare bestämt ett beslut som fastställer att det inte föreligger någon överträdelse av artikel 101 FEUF, kan de inte ge företagen några berättigade förväntningar om att företagens agerande inte strider mot denna bestämmelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

171 Vad sedan gäller Lundbecks argument om att påförandet av de berörda böterna skulle innebära ett åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv strafflagstiftning, räcker det att påpeka följande. Lundbeck har framfört detta argument för första gången i samband med överklagandet till domstolen; därmed utgör det en ny grund och kan därför inte tas upp till sakprövning, i enlighet med vad som anges i artiklarna 127 och 190, jämförda med varandra, i rättegångsreglerna.

172 Det framgår nämligen av punkt 757 i den överklagade domen att Lundbeck vid tribunalen, inom ramen för den första delen av den nionde ogiltighetsgrunden, endast gjorde gällande att rättssäkerhetsprincipen och legalitetsprincipen (inget brott och inget straff utan lag) (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) hade åsidosatts.

173 Överklagandet kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den femte grunden, eftersom överklagandet i denna del delvis inte kan tas upp till sakprövning och delvis är ogrundat.

Den sjätte grunden

Relevanta punkter i den överklagade domen

174 Tribunalen ogillade talan såvitt avsåg den tionde ogiltighetsgrunden, men det är endast bedömningen av den första och den andra delen av den tionde grunden som är föremål för detta överklagande. Genom den tionde grunden gjorde Lundbeck vid tribunalen gällande att kommissionen i flera avseende gjort en felaktig rättstillämpning och felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna *dels* när kommissionen fastställde grundbeloppet för Lundbecks böter till en alltför hög procentsats på 10 och 11 procent av försäljningsvärdet för den berörda produkten, utifrån de omtvistade avtalens geografiska räckvidd, *dels* när kommissionen avstod från att begränsa varaktigheten av de aktuella överträdelserna till att endast avse den period då tillverkarna av generiska läkemedel verkligen var redo att ta sig in på marknaden; en förutsättning för detta var att nämnda tillverkare i vart fall hade ett godkännande för försäljning i de relevanta länderna, vilket de emellertid inte hade, exempelvis i Österrike.

175 Tribunalen ogillade Lundbecks talan såvitt avsåg den första delen av den tionde ogiltighetsgrunden och anförde därvid följande i punkterna 806 och 812 i den överklagade domen. Kommissionen gjorde inte någon felaktig rättstillämpning och den åsidosatte ej heller proportionalitetsprincipen då den fastställde grundbeloppet för de aktuella böterna i enlighet med punkt 22 i 2006 års riktlinjer för bötesberäkning.

176 I punkt 804 i den överklagade domen anförde tribunalen särskilt följande: ”[t]värtemot vad [Lundbeck] har hävdat i detta hänseende, var kommissionen inte skyldig att sätta ned [grundbeloppet för] böterna för att endast beakta försäljningsvärdet i de länder där [tillverkarna av generiska läkemedel] hade kommit längre i sina förberedelser för att träda in på marknaden. I och med att det rörde sig om överträdelser genom syfte, då överträdelserna genom de omtvistade avtalen (med undantag för de avtal som ingåtts med Arrow) hade en geografisk räckvidd som sträckte sig över hela EES, hade kommissionen rätt att grunda sig på denna geografiska räckvidd utan att utföra en fördjupad prövning av de konkreta förutsättningarna för de generiska företagens inträde i varje EES-stat”. Tribunalen preciserade i detta avseende att ”[d]et är … parterna i de omtvistade avtalen som har definierat dessa avtals geografiska räckvidd och således överträdelserna i fråga i det aktuella fallet genom att bestämma att dessa skulle täcka hela EES (med undantag för överträdelsen med Arrow)”.

177 Tribunalen ogillade Lundbecks talan såvitt avsåg den andra delen av den tionde ogiltighetsgrunden och anförde därvid följande i punkterna 815 och 816 i den överklagade domen. I det omtvistade beslutet hade kommissionen visat att konkurrensen begränsats på grund av de omtvistade avtalen under avtalens hela giltighetstid och att Lundbeck varken visat att konkurrensen – även den potentiella konkurrensen – mellan Lundbeck och tillverkarna av generiska läkemedel, i avsaknad av de omtvistade avtalen, hade varit omöjlig eller obefintlig, eller visat att dessa avtal inte alls hade begränsat konkurrensen, i motsats till vad som var fallet i det mål som avgjordes genom domen av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332). Tribunalen påpekade även att en motsatt lösning skulle leda till att det inte gjordes någon åtskillnad mellan ”reell och potentiell konkurrens”.

178 I punkt 842 i den överklagade domen fann tribunalen slutligen, med utövande av sin obegränsade behörighet, att det i förevarande fall inte fanns anledning att beakta några förmildrande omständigheter och att det bötesbelopp som ålagts Lundbeck i det omtvistade beslutet skulle fastställas.

Parternas argument

179 Lundbeck har åberopat den sjätte grunden, som består av tre delar, alternativt i förhållande till övriga grunder. Lundbeck har inom ramen för den sjätte grunden anfört att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den fastställde kommissionens beräkning av Lundbecks böter samt att tribunalen underlät att i tillräcklig utsträckning motivera sin dom i detta avseende.

180 Till stöd för den sjätte grunden har Lundbeck, för det första, gjort gällande följande. Tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den, i punkt 804 i den överklagade domen, fann att det inte var nödvändigt att vid beräkningen av Lundbecks böter utesluta den försäljning som inte kunde ha påverkats av de omtvistade avtalen, det vill säga Lundbecks försäljning i vissa EES-länder vars marknad i själva verket var stängd för tillverkarna av generiska läkemedel, av det skälet att de inte hade erhållit något godkännande för försäljning innan dessa avtal löpte ut eller, i fråga om Österrike, av det skälet att Lundbecks patent till den aktiva farmaceutiska substansen citalopram i det landet fortsatte att gälla under en stor del av de omtvistade avtalens löptid. Enligt

punkterna 6 och 13 i 2006 års riktlinjer för bötesberäkning ankommer det emellertid på kommissionen att endast beakta sådan försäljning som rent faktiskt hade samband med den aktuella överträdelsen.

181 Lundbeck anser vidare att tribunalen, i punkt 804 i den överklagade domen, tillämpade rättspraxis på ett felaktigt sätt när tribunalen fann att kommissionen inte behövde företa någon konkret prövning på grund av att de omtvistade avtalen utgjorde ”överträdelser genom syfte”; en sådan prövning kan emellertid vara av viss betydelse vid beräkningen av bötesbeloppet, såsom domstolen uttalat i punkt 31 i domen av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343). Lundbeck anser vidare att tribunalen – genom att inte, såsom i det mål som avgjordes genom domen av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332), från bötesberäkningen undanta försäljning som motsvarar icke konkurrensutsatt verksamhet under de omtvistade avtalens giltighetstid – inte företagit den prövning av faktiska och rättsliga omständigheter som är nödvändig för att fastställa vilken försäljning som har ett direkt eller indirekt samband med de aktuella överträdelserna, vilket krävs enligt domen av den 28 juni 2016, Telefónica/kommissionen (T-216/13, EU:T:2016:369, punkt 309).

182 Lundbeck har, för det andra, tillvitat tribunalen för att i punkt 816 i den överklagade domen inte i tillräcklig utsträckning ha förklarat varför den inte tillämpade den metod som fastställdes i domen av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332). I synnerhet underlät tribunalen att förklara hur det kunde anses att tillverkarna av generiska läkemedel de facto inte hindrats från att träda in på marknaden i de berörda EES-länderna på grund av de inte hade något godkännande för försäljning och på grund av Lundbecks patent för den aktiva farmaceutiska substansen citalopram.

183 Lundbeck har, för det tredje, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning av omständigheterna i målet. Tribunalen gjorde nämligen, i punkt 806 i den överklagade domen, fel då den fann att kommissionen gjort en riktig bedömning när kommissionen, vid beräkningen av Lundbecks böter i enlighet med 2006 års riktlinjer för bötesberäkning, tillämpat en procentsats på 10 och 11 procent av försäljningsvärdet i förhållande till överträdelsen, beroende på de omtvistade avtalens geografiska räckvidd. Med hänsyn till avtalens begränsade geografiska inverkan och kommissionens beslutspraxis i liknande ärenden, samt med hänsyn till att nämnda avtal inte utgör någon konkurrensbegränsande samverkan, borde dessa procentsatser ha varit lägre och fastställts till lägsta möjliga nivå.

Domstolens bedömning

184 Domstolen kommer, för det första, att pröva den sjätte grundens första och andra del tillsammans. Lundbeck har därvid i huvudsak anfört att tribunalen, i punkterna 804 och 816 i den överklagade domen, gjorde en felaktig rättstillämpning när den – utan att ta ställning till de argument som framförts av Lundbeck – fann att kommissionen inte varit skyldig att sätta ned grundbeloppet för böterna för att på så sätt endast beakta försäljningsvärdet i de länder där tillverkarna av generiska läkemedel hade vidtagit mer långtgående förberedelseåtgärder för att sjösätta sitt marknadsinträde.

185 Vad gäller böter som åläggs av kommissionen med stöd av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003, har domstolen redan uttalat följande. Kommissionen ska i varje enskilt fall, och med beaktande av sammanhanget och de mål som eftersträvas med det påföljdssystem som föreskrivs i nämnda förordning, 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 september 2016, Pilkington Group m.fl./kommissionen, C-101/15 P, EU:C:2016:631, punkt 16 och där angiven rättspraxis).

186 Kommissionen får vid fastställandet av bötesbeloppet ta hänsyn såväl till företagets totala omsättning, vilken ger en antydan – om än ungefärlig och ofullständig – om företagets storlek och ekonomiska styrka, som till den del av denna omsättning som härrör från de varor som är föremål för överträdelsen och som således kan ge en antydan om överträdelsens omfattning (dom av den 7 september 2016, Pilkington Group m.fl./kommissionen, C-101/15 P, EU:C:2016:631, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

187 I den mån som kommissionen i det omtvistade beslutet fastställt böter med tillämpning av 2006 års riktlinjer för bötesberäkning, erinrar domstolen om följande. Rättspraxis från domstolen ger vid handen att även om begreppet försäljningsvärde i punkt 13 i dessa riktlinjer visserligen inte går så långt att det inbegriper sådan försäljning i det aktuella företaget som inte omfattas av den påstådda kartellens tillämpningsområde, skulle det emellertid strida mot det syfte som eftersträvas med denna bestämmelse att tolka detta begrepp så, att det enbart avser omsättning som hänför sig till sådan försäljning för vilken det är fastställt att den verkligen påverkades av denna kartell (dom av den 7 september 2016, Pilkington Group m.fl./kommissionen, C-101/15 P, EU:C:2016:631, punkt 19).

188 Härav följer visserligen att man, från det försäljningsvärde som ska anses omfattas av överträdelsen, ska undanta det skyldiga företagets försäljning på en icke konkurrensutsatt marknad (såsom den marknad som var aktuell i den av Lundbeck åberopade domen av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, punkterna 105 och 155) då en icke konkurrensutsatt marknad inte kan påverkas av ett sådant konkurrensbegränsande förfarande som avses i artikel 101 FEUF; vidare ska man från det försäljningsvärde som ska anses omfattas av överträdelsen undanta det skyldiga företagets försäljning på marknader där de andra deltagarna i denna konkurrensbegränsande samverkan inte är verksamma och inte kan anses vara potentiella konkurrenter.

189 Vad beträffar förevarande fall gör domstolen emellertid följande bedömning. Den försäljning som kommissionen inkluderat i det försäljningsvärde som legat till grund för bedömningen – vars totalbelopp av tribunalen ansetts vara korrekt – kan inte i någon del anses ingå i någon av de undantagna försäljningskategorier som anges i föregående punkt.

190 Domstolen delar nämligen generaladvokatens bedömning i punkterna 222 och 223 i förslaget till avgörande: oavsett om det är fråga om försäljning i Österrike (där Lundbecks patent avseende den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, enligt Lundbecks egna uppgifter, upphörde att gälla först i april 2003, det vill säga under den period då de omtvistade avtalen verkställdes) eller om det är fråga om försäljning i länder där tillverkarna av generiska läkemedel inte erhöll något godkännande för försäljning förrän under den period då dessa avtal verkställdes, eller till och med därefter, så har all denna försäljning ägt rum på marknader där de aktuella läkemedelstillverkarna, i vart fall potentiellt, konkurrerade med varandra under avtalens hela löptid. Denna bedömning gjorde även tribunalen i punkt 815 i den överklagade domen, och detta vinner även stöd i det att domstolen inte godtagit Lundbecks fjärde grund för överklagandet.

191 Lundbeck kan således inte vinna framgång med argumentet att den i punkten ovan angivna försäljningen inte ens hade något indirekt samband med de konstaterade överträdelserna. Lundbeck kan därmed inte heller vinna framgång med argumentet att denna försäljning inte borde ha beaktats vid beräkningen av Lundbecks böter.

192 Domstolen delar nämligen tribunalens bedömning i punkt 804 i den överklagade domen, det vill säga att det är parterna i de omtvistade avtalen som själva definierat avtalens geografiska räckvidd (med undantag för de avtal som ingåtts mellan Lundbeck och Arrow) på så sätt att de sträcker sig över hela EES; detta visar att parterna ansåg sig konkurrera med varandra på var och en av EES-marknaderna, om inte faktiskt så i vart fall potentiellt, med den följden att Lundbecks försäljning på var och en av dessa marknader ska betraktas – i enlighet med vad som anges i punkt 13 i 2006 års riktlinjer för bötesberäkning – som försäljning som har ett ”direkt eller indirekt samband med överträdelsen”.

193 Domstolen kan således inte godta Lundbecks påstående att tribunalen, i punkt 804 i den överklagade domen, gjorde fel då den fann att kommissionen – med avseende på de omtvistade avtalen, förutom avtalen mellan Lundbeck och Arrow – hade rätt att beakta försäljningen inom hela EES-området utan att utföra en fördjupad prövning av de konkreta förutsättningarna för tillverkarna av generiska läkemedel att träda in på marknaden i varje EES-land.

194 Slutligen kan Lundbeck inte heller vinna framgång med argumentet att tribunalen, i punkt 816 i den överklagade domen, inte i tillräcklig utsträckning motiverat varför den fann att lösningen i domen av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen (T-360/09, EU:T:2012:332) inte skulle tillämpas i förevarande fall.

195 I punkt 816 angav tribunalen att det mål som avgjordes genom denna dom inte var till någon hjälp för Lundbeck; i det målet var nämligen all konkurrens omöjlig även i avsaknad av det i målet aktuella konkurrensbegränsande avtalet under en del av överträdelseperioden, därför att det inte fanns någon konkurrens på marknaden till följd av nationell lagstiftning som var tillämplig under denna period, vilket skapade en situation med faktiskt monopol. Med detta konstaterande i nämnda punkt 816 såg tribunalen till att de som berördes fick kännedom om skälen till att tribunalen inte godtog deras argument och även att domstolen fick ett tillräckligt underlag för att utföra sin prövning (dom av den 25 juni 2020, CSUE/KF, C-14/19 P, EU:C:2020:492, punkt 96 och där angiven rättspraxis).

196 Således kan överklagandet inte bifallas såvitt avser den sjätte grundens första och andra del.

197 Vad för det andra avser den sjätte grundens tredje del erinrar domstolen om följande. Det ankommer 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).

198 Det är endast om domstolen finner att böterna inte bara är olämpliga, utan även så överdrivet höga att de är oproportionerliga, som den kan 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).

199 Genom den sjätte grundens tredje del har Lundbeck gjort gällande att tribunalens bedömning, bland annat i punkt 842 i den överklagade domen, av det bötesbelopp som ålagts företagen med hänsyn till omständigheterna i målet är felaktig; Lundbeck har emellertid inte styrkt, och inte ens påstått, att bötesbeloppet inte bara är olämpligt utan så överdrivet högt att det är oproportionerligt. Domstolen finner därför att Lundbeck åberopat denna delgrund för att få till stånd en ny prövning av om det bötesbelopp som Lundbeck ålagts är lämpligt. Överklagandet kan därför inte tas upp till sakprövning såvitt avser denna delgrund.

200 Överklagandet kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den sjätte grunden, eftersom överklagandet i denna del delvis inte kan tas upp till sakprövning och delvis är ogrundat.

201 Mot denna bakgrund ska överklagandet ogillas.

Rättegångskostnader

202 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.

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

204 Enligt artikel 184.4 i rättegångsreglerna får en intervenient i första instans som inte själv har överklagat det där meddelade avgörandet inte förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i målet om överklagande, annat än om intervenienten har deltagit i den skriftliga eller den muntliga delen av förfarandet vid domstolen. Om en sådan part har deltagit i rättegången, får domstolen besluta att parten ska bära sina rättegångskostnader.

205 EFPIA har deltagit i rättegången vid domstolen. EFPIA ska därför, under de omständigheter som föreligger i förevarande fall, förpliktas att bära sina rättegångskostnader.

206 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.

207 Förenade kungariket ska följaktligen förpliktas att bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) H. Lundbeck A/S och Lundbeck Ltd ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.

3) European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) ska bära sina rättegångskostnader.

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

Underskrifter