ARREST VAN HET GERECHT (Negende kamer)

8 september 2016[1]

„Mededinging — Mededingingsregelingen — Markt van antidepressiva die het werkzame farmaceutische bestanddeel citalopram bevatten — Begrip mededingingsbeperking naar strekking — Potentiële mededinging — Generieke geneesmiddelen — Drempels voor toetreding tot de markt als gevolg van het bestaan van octrooien — Overeenkomsten tussen de octrooihouder en ondernemingen die actief zijn op het gebied van generieke geneesmiddelen — Artikel 101, leden 1 en 3, VWEU — Schending van het recht en beoordelingsfouten — Motiveringsplicht — Rechten van de verdediging — Rechtszekerheid — Geldboeten”

In zaak T-472/13,

H. Lundbeck A/S, gevestigd te Valby (Denemarken),

Lundbeck Ltd, gevestigd te Milton Keynes (Verenigd Koninkrijk),

vertegenwoordigd door R. Subiotto, QC, en T. Kuhn, advocaat,

verzoeksters,

ondersteund door

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), gevestigd te Genève (Zwitserland), vertegenwoordigd door F. Carlin, barrister, en M. Healy, solicitor,

interveniënte,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door J. Bourke, F. Castilla Contreras, B. Mongin, T. Vecchi en C. Vollrath, vervolgens door F. Castilla Contreras, M. Mongin, T. Vecchi, M. Vollrath en T. Christoforou, als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek om gedeeltelijke nietigverklaring van besluit C(2013) 3803 final van de Commissie van 19 juni 2013 inzake een procedure op grond van artikel 101 [VWEU] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak AT/39226 – Lundbeck), en een verzoek om verlaging van de bij dat besluit aan verzoeksters opgelegde geldboete,

1 — Procestaal: Engels.

wijst

HET GERECHT (Negende kamer),

samengesteld als volgt: G. Berardis (rapporteur), president, O. Czúcz en A. Popescu, rechters,

griffier: L. Grzegorczyk, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 26 november 2015,

het navolgende

Arrest

Samenvatting van de feiten en voorgeschiedenis van het geding

I – *Vennootschappen waarop de onderhavige zaak betrekking heeft*

1 H. Lundbeck A/S (hierna: „Lundbeck") is een vennootschap naar Deens recht die aan het hoofd staat van een groep van vennootschappen, waaronder Lundbeck Ltd, die in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd en die gespecialiseerd is in het onderzoek, de ontwikkeling, de productie, de marketing, de verkoop en de distributie van farmaceutica voor de behandeling van ziekten die het centrale zenuwstelsel raken, waaronder depressies.

2 Lundbeck is een initiërend farmaceutisch bedrijf, dat wil zeggen een onderneming die zich concentreert op het onderzoek naar nieuwe geneesmiddelen en het in de handel brengen daarvan.

3 Merck KGaA is een vennootschap naar Duits recht die in farmaceutica is gespecialiseerd en die op het moment van sluiting van de betrokken overeenkomsten indirect, via de groep Merck Generics Holding GmbH (hierna: „Merck Generics"), 100 % van haar dochteronderneming Generics UK Limited (hierna: „GUK") in handen had, een vennootschap die verantwoordelijk is voor de ontwikkeling en het in de handel brengen van generieke farmaceutische producten in het Verenigd Koninkrijk.

4 Merck en GUK zijn door de Europese Commissie beschouwd als één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht ten tijde van de relevante feiten (hierna: „Merck (GUK)").

5 Arrow Group A/S, die in augustus 2003 is omgedoopt tot Arrow Group ApS (hierna zonder onderscheid: „Arrow Group"), is een vennootschap naar Deens recht die aan het hoofd staat van een groep van vennootschappen, die in meerdere lidstaten aanwezig is en die sinds 2001 actief is op het gebied van de ontwikkeling en de verkoop van generieke geneesmiddelen.

6 Arrow Generics Ltd is een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, die aanvankelijk voor 100 % en later, vanaf februari 2002, voor 76 % werd gehouden door de Arrow Group.

7 Resolution Chemicals Ltd is een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk die gespecialiseerd is in de productie van werkzame farmaceutische bestanddelen (hierna: „WFB's") voor generieke geneesmiddelen. Zij stond tot september 2009 onder de zeggenschap van de Arrow Group.

8 Arrow Group, Arrow Generics Ltd en Resolution Chemicals Ltd zijn door de Commissie beschouwd als één enkele onderneming (hierna: „Arrow") ten tijde van de relevante feiten.

9 Alpharma Inc. was een vennootschap naar Amerikaans recht die wereldwijd actief was in de farmaceutische sector, met name met generieke geneesmiddelen. Tot december 2008 werd zij gecontroleerd door de vennootschap naar Noors recht A.L. Industrier AS. Vervolgens is zij gekocht door een farmaceutisch bedrijf uit het Verenigd Koninkrijk, dat op zijn beurt is gekocht door een farmaceutisch bedrijf uit de Verenigde Staten. In het kader van deze reorganisaties is Alpharma Inc. eerst, in april 2010, Alpharma, LLC geworden en vervolgens, op 15 april 2013, Zoetis Products LLC.

10 Alpharma ApS was een vennootschap naar Deens recht die indirect voor 100 % werd gehouden door Alpharma Inc. Zij had meerdere dochterondernemingen in de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER"). Na meerdere reorganisaties is Alpharma ApS op 31 maart 2008 Axellia Pharmaceuticals ApS geworden, die in 2010 is omgedoopt tot Xellia Pharmaceuticals ApS (hierna: „Xellia").

11 Alpharma Inc., A.L. Industrier AS en Alpharma ApS zijn door de Commissie beschouwd als één enkele onderneming (hierna: „Alpharma") ten tijde van de relevante feiten.

12 Ranbaxy Laboratories Ltd is een vennootschap naar Indiaas recht die gespecialiseerd is de ontwikkeling en productie van WFB's en generieke geneesmiddelen.

13 Ranbaxy (UK) Ltd is een vennootschap naar Engels recht en dochteronderneming van Ranbaxy Laboratories. Zij is belast met de verkoop van de producten van laatstgenoemde in het Verenigd Koninkrijk.

14 Ranbaxy Laboratories Ltd en Ranbaxy (UK) Ltd zijn door de Commissie beschouwd als één enkele onderneming (hierna: „Ranbaxy") ten tijde van de relevante feiten.

II – *Betrokken product en daarop betrekking hebbende octrooien*

15 Het product waar de onderhavige zaak betrekking op heeft, is een antidepressivum dat het WFB genaamd citalopram bevat.

16 In 1977 heeft Lundbeck in Denemarken een octrooiaanvraag ingediend voor het WFB citalopram en voor de werkwijzen alkylering en cyanering die voor de productie van dat WFB worden gebruikt. De octrooien voor dit WFB en die twee werkwijzen (hierna: „oorspronkelijke octrooien") zijn tussen 1977 en 1985 in Denemarken en meerdere West-Europese landen verleend.

17 Wat de EER betreft, is de bescherming op grond van de oorspronkelijke octrooien en in voorkomend geval ook aanvullende beschermingscertificaten (hierna: „ABC's") waarin is voorzien bij verordening (EEG) nr. 1768/92 van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de invoering van een aanvullend beschermingscertificaat voor geneesmiddelen (PB L 182, blz. 1), in 1994 (voor Duitsland) en 2003 (voor Oostenrijk) afgelopen. Wat meer bepaald het Verenigd Koninkrijk betreft, zijn de oorspronkelijke octrooien in januari 2002 verstreken.

18 Door de jaren heen heeft Lundbeck andere, efficiëntere werkwijzen voor de productie van citalopram ontwikkeld, waarvoor zij in meerdere landen van de EER en bij de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) en het Europees Octrooibureau (EOB) octrooien heeft aangevraagd en vaak ook heeft verkregen (hierna: „nieuwe octrooien van Lundbeck").

19 Meer bepaald heeft Lundbeck ten eerste in 1998 en 1999 bij het EOB twee octrooiaanvragen ingediend voor de productie van citalopram met behulp van werkwijzen waarbij gebruik werd gemaakt van jodium en amide. Het EOB heeft aan Lundbeck op 19 september 2001 een octrooi verleend ter bescherming van de werkwijze waarbij gebruik wordt gemaakt van amide (hierna: „octrooi inzake amide") en op 26 maart 2003 een octrooi ter bescherming van de werkwijze waarbij gebruik wordt gemaakt van jodium (hierna: „octrooi inzake jodium").

20 Ten tweede heeft Lundbeck op 13 maart 2000 bij de Deense autoriteiten een octrooiaanvraag ingediend voor een werkwijze voor de productie van citalopram die voorzag in een methode voor de zuivering van de gebruikte zouten door middel van kristallisatie. In andere landen van de EER en bij de WIPO en het EOB zijn vergelijkbare aanvragen ingediend. Lundbeck heeft in de eerste helft van 2002 in meerdere lidstaten octrooien verkregen ter bescherming van de werkwijze waarbij gebruik wordt gemaakt van kristallisatie, waaronder op 30 januari 2002 in het Verenigd Koninkrijk (hierna: „octrooi inzake kristallisatie"). Het EOB heeft op 4 september 2002 een octrooi ter zake van de kristallisatie verleend. Daarnaast had Lundbeck reeds op 6 november 2000 in Nederland een gebruiksmodel voor deze werkwijze verkregen (hierna: „gebruiksmodel van Lundbeck"), dus een octrooi dat zes jaar geldig is, dat wordt verleend zonder dat werkelijk vooraf onderzoek wordt verricht.

21 Ten derde heeft Lundbeck op 12 maart 2001 een octrooiaanvraag ingediend bij de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk voor een werkwijze voor de productie van citalopram die voorzag in een methode voor de zuivering van de gebruikte zouten door filmdestillatie. De autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben aan Lundbeck op 3 oktober 2001 een octrooi verleend voor deze methode van filmdestillatie (hierna: „octrooi inzake filmdestillatie"). Dit octrooi is echter op 23 juni 2004 ingetrokken omdat niet voldaan was aan de voorwaarde dat deze werkwijze nieuw was in vergelijking met een ander octrooi van Lundbeck. Lundbeck heeft op 29 juni 2002 een vergelijkbaar octrooi gekregen in Denemarken.

22 Tot slot wilde Lundbeck eind 2002 of begin 2003 een nieuw antidepressivum, Cipralex, gebaseerd op het WFB met de naam escitalopram (of S-citalopram), op de markt brengen. Dit nieuwe geneesmiddel was bedoeld voor dezelfde patiënten als de patiënten die met het geoctrooieerde geneesmiddel Cipramil van Lundbeck, gebaseerd op het WFB citalopram, werden behandeld. Het WFB escitalopram werd beschermd door octrooien die op zijn minst tot in 2012 geldig waren.

III – *Litigieuze overeenkomsten*

23 In de loop van 2002 heeft Lundbeck zes overeenkomsten betreffende citalopram gesloten (hierna: „litigieuze overeenkomsten") met vier ondernemingen die actief zijn op het gebied van de productie en/of verkoop van generieke geneesmiddelen, namelijk Merck (GUK), Alpharma, Arrow en Ranbaxy (hierna: „generieke ondernemingen").

A – *Overeenkomsten met Merck (GUK)*

24 Lundbeck heeft met Merck (GUK) twee overeenkomsten gesloten.

25 De eerste overeenkomst ging in op 24 januari 2002, met aanvankelijk een duur van een jaar en voor uitsluitend het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk (hierna: „GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk"). Zij is ondertekend door de dochteronderneming van Lundbeck in het Verenigd Koninkrijk, dat wil zeggen de vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk Lundbeck Ltd. Deze overeenkomst is vervolgens verlengd voor een periode van zes maanden die op 31 juli 2003 afliep. Na een kortstondige toetreding van Merck (GUK) tot de markt tussen 1 en 4 augustus, zijn de partijen vervolgens op 6 augustus 2003 een tweede verlenging van de overeenkomst aangegaan voor een periode van maximaal zes maanden, die korter kon worden indien Lundbeck geen gerechtelijke actie zou ondernemen tegen andere generieke ondernemingen die tot de markt zouden trachten toe te treden of na afloop van een geding tussen Lundbeck en Lagap Pharmaceuticals Ltd, een andere generieke onderneming (hierna: „Lagap-geschil").

26 Volgens deze overeenkomst hadden de partijen met name in het volgende voorzien:

— er bestaat een risico dat bepaalde handelingen waartoe GUK het voornemen heeft op het gebied van het in de handel brengen, distribueren en verkopen van „Producten", een inbreuk kunnen vormen op de intellectuele-eigendomsrechten van Lundbeck en dat die aanleiding kunnen geven tot aanspraken van haar zijde (punt 2.1 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk). Deze „Producten" waren in punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk gedefinieerd als „producten van citalopram die door GUK zijn ontwikkeld in de vorm van basismateriaal, als bulk of in de vorm van tabletten, zoals gespecificeerd in de Bijlage, en die zijn vervaardigd volgens de productspecificatie die GUK heeft overgelegd op de datum van ondertekening, die is opgenomen als Bijlage 2";

— gelet op de tussen de partijen gesloten overeenkomst zal Lundbeck op 31 januari 2002 aan GUK een bedrag van 2 miljoen Britse ponden (GBP) betalen in ruil voor de levering van de „Producten", in de hoeveelheden zoals opgenomen in de overeenkomst (punt 2.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk);

— GUK verbindt zich er daarnaast toe om tegen betaling van een aanvullend bedrag van 1 miljoen GBP de „Producten" zoals gespecificeerd in de bijlage op 2 april 2002 te leveren (punt 2.3 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk);

— de verrichte betalingen en de levering van de „Producten" door GUK op grond van de punten 2.2 en 2.3 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk vormen volledige en finale kwijting voor enige aanspraken die Lundbeck jegens GUK zou kunnen hebben wegens inbreuk op haar intellectuele-eigendomsrechten voor zover betrekking hebbend op de „Producten" die tot die datum door GUK zijn geleverd (punt 2.4 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk);

— Lundbeck verbindt zich ertoe om „Eindproducten" te leveren aan GUK en GUK verbindt zich ertoe om deze „Eindproducten" uitsluitend van Lundbeck te kopen met het oog op de wederverkoop ervan door GUK en de met haar verbonden ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk voor de duur en volgens de bepalingen van de overeenkomst (punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk), waarbij deze „Eindproducten" in punt 1.1 van de overeenkomst zijn gedefinieerd als „de producten die citalopram bevatten in de vorm van eindproducten, die door [Lundbeck] aan GUK zullen worden geleverd overeenkomstig de onderhavige overeenkomst";

— Lundbeck verbindt zich ertoe om aan GUK een bedrag van 5 miljoen GBP te betalen als aan GUK gegarandeerde nettowinst, mits GUK bestellingen plaatst voor het volume „Eindproducten" dat voor de duur van de overeenkomst is overeengekomen (of een lager bedrag dat pro rata wordt berekend op basis van de geplaatste bestellingen) (punt 6.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk).

27 Bij de eerste verlenging van de overeenkomst is mede voorzien in de betaling van een bedrag van 400 000 GBP per maand voor de uitvoering van punt 6.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk door GUK en is de definitie van „nettowinst" gewijzigd.

28 Bij de tweede verlenging van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk is mede voorzien in een bedrag van 750 000 GBP per maand voor de uitvoering van artikel 6.2 van die overeenkomst door GUK.

29 De GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk is op 1 november 2003 afgelopen, na de minnelijke regeling van het Lagap-geschil. In totaal heeft Lundbeck tijdens de looptijd van de overeenkomst het equivalent van 19,4 miljoen EUR aan GUK overgedragen.

30 Op 22 oktober 2002 is een tweede overeenkomst tussen Lundbeck en GUK gesloten, die de EER met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk dekte (hierna: „GUK-overeenkomst voor de EER"). In deze overeenkomst was voorzien in de betaling van een bedrag van 12 miljoen EUR in ruil voor de verbintenis van GUK om geen farmaceutische producten met daarin citalopram te verkopen op het gehele grondgebied van de EER (met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk) en alle redelijke inspanningen te doen om ervoor te zorgen dat Natco Pharma Ltd (hierna: „Natco"), de producent van het WFB citalopram dat door Merck (GUK) wordt gebruikt voor het in de handel brengen van haar versie van generiek citalopram (hierna: „WFB van Natco" of „citalopram van Natco"), de levering van citalopram of producten met daarin citalopram in de EER zou staken voor de duur van de overeenkomst (punten 1.1 en 1.2 van de GUK-overeenkomst voor de EER). Lundbeck verbond zich ertoe om niet in rechte op te treden tegen GUK, mits zij haar verplichtingen op grond van punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER zou nakomen (punt 1.3 van de GUK-overeenkomst voor de EER).

31 De GUK-overeenkomst voor de EER liep af op 22 oktober 2003. In totaal heeft Lundbeck op grond van die overeenkomst het equivalent van 12 miljoen EUR aan GUK overgedragen.

B – *Overeenkomsten met Arrow*

32 Lundbeck heeft met Arrow twee overeenkomsten gesloten.

33 De eerste daarvan, betreffende het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk, is op 24 januari 2002 gesloten tussen Lundbeck, enerzijds, en Arrow Generics en Resolution Chemicals (hierna tezamen: „Arrow UK"), anderzijds (hierna: „Arrow-UK-overeenkomst").

34 De Arrow-UK-overeenkomst zou aanvankelijk tot 31 december 2002 lopen of, indien dit eerder zou zijn, de datum van een definitief geworden rechterlijke beslissing over de vordering die Lundbeck tegen Arrow UK wilde instellen bij de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk ter zake van de vermeende inbreuk van laatstgenoemde op haar octrooien (hierna: „vordering wegens inbreuk op Arrow") (punt 4.1 van de Arrow-UK-overeenkomst). Daarna is deze overeenkomst bij twee gelegenheden verlengd door de ondertekening van addenda. De eerste verlenging betrof de periode 1 januari tot 1 maart 2003 (punt 3.1 van het eerste addendum bij de Arrow-UK-overeenkomst), terwijl de tweede bepaalde dat die overeenkomst zou aflopen op hetzij 31 januari 2004, hetzij op de zevende dag volgend op de rechterlijke beslissing waardoor een einde zou komen aan het Lagap-geschil (punt 4.1 van het tweede addendum bij de Arrow-UK-overeenkomst). Aangezien dit geschil minnelijk is geregeld op 13 oktober 2003, is de Arrow-UK-overeenkomst geëindigd op 20 oktober daarna. Dit betekent dat de totale looptijd van deze overeenkomst zich heeft uitgestrekt van 24 januari 2002 tot 20 oktober 2003 (hierna: „looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst")

35 Ten aanzien van de inhoud van de Arrow-UK-overeenkomst moet op het volgende worden gewezen:

— in de eerste overweging van de considerans van deze overeenkomst (hierna: „Arrow-UK-considerans") wordt onder meer verwezen naar het feit dat Lundbeck houder is van de octrooien inzake kristallisatie en filmdestillatie;

— in de vierde overweging van de Arrow-UK-considerans is het volgende verduidelijkt: „Arrow [UK] heeft van een derde partij een licentie verkregen voor de import in het Verenigd Koninkrijk van citalopram dat niet door of met toestemming van Lundbeck is geproduceerd (‚bedoeld Citalopram'; om elke onduidelijkheid te voorkomen, omvat deze definitie alleen Citalopram dat bedoeld is voor de marketing en de verkoop in het Verenigd Koninkrijk, met uitsluiting van dat bedoeld voor de marketing en de verkoop in andere landen)";

— in de zesde overweging van de Arrow-UK-considerans is aangegeven dat Lundbeck „bedoeld Citalopram" aan laboratoriumtesten heeft onderworpen, waaruit is gebleken dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat dit inbreuk maakte op de octrooien die hierboven bij het eerste gedachtestreepje zijn genoemd;

— in de zevende overweging van de Arrow-UK-considerans is uiteengezet dat Arrow UK niet toegeeft dat zij inbreuk op deze octrooien heeft gemaakt en ook niet erkent dat zij geldig zijn, maar aanvaardt dat Lundbeck daarvan overtuigd is, hetgeen Arrow UK niet met onweerlegbaar bewijs kan ontkrachten;

— in de achtste overweging van de Arrow-UK-considerans is eraan herinnerd dat Lundbeck ermee heeft gedreigd dat zij om voorlopige maatregelen zou verzoeken en dat zij voornemens was om de vordering wegens inbreuk op Arrow in te stellen;

— in punt 1.1 van die overeenkomst was het volgende bepaald: „Arrow [UK] verbindt zich er in eigen naam en in naam van alle verwante en verbonden entiteiten toe om gedurende de [looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst] en op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk geen (1) [,]bedoeld Citalopram['] of (2) enig ander citalopram dat volgens Lundbeck inbreuk maakt op haar [intellectuele-]eigendomsrechten te vervaardigen, te vervreemden of ter vervreemding aan te bieden, te gebruiken of na de tweede leveringsdatum te importeren of op te slaan met het oog op de vervreemding ervan of voor enig ander doel, en gedurende de [looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst] voldoende stalen voor analyse te leveren om Lundbeck in staat te stellen om na te gaan of al of niet sprake is van een inbreuk, zulks telkens ten minste een maand vóór elke vervaardiging, import, verkoop of offerte die Arrow [UK] dreigde te doen in afwachting van een eindbeslissing waartegen geen beroep meer openstaat in [het kader van de vordering wegens inbreuk op Arrow] [...]";

— in punt 1.2 van deze overeenkomst is vermeld dat Arrow UK ermee instemt dat de door haar aangegane verbintenissen als bedoeld in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst, worden overgenomen in een beschikking die Lundbeck aan de bevoegde rechter in het Verenigd Koninkrijk zou vragen;

— in punt 2.1 van deze overeenkomst is eraan herinnerd dat Lundbeck de vordering wegens inbreuk op Arrow zal instellen zodra dat mogelijk is en hoe dan ook op uiterlijk 31 maart 2002;

— in punt 2.2 van deze overeenkomst is bepaald dat Lundbeck, gezien de verbintenissen bedoeld in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst en het feit dat Arrow UK niet zal verzoeken om „cross-undertaking in damages" (het bedrag dat Lundbeck naar Engels recht bij de rechterlijke instantie had moeten storten indien zij in het kader van de vordering wegens inbreuk op Arrow om een voorlopige maatregel had verzocht), aan Arrow UK in vier tranches 5 miljoen GBP zal overmaken, waarbij dit bedrag later is verhoogd met 450 000 GBP, op grond van punt 2.1 van het eerste addendum bij de Arrow-UK-overeenkomst, en met 1,350 miljoen GBP, op grond van de punten 2.1 en 3 van het tweede addendum bij die overeenkomst;

— in punt 2.3 van deze overeenkomst is bepaald dat, ingeval in een eindbeslissing in het kader van de vordering wegens inbreuk zou worden vastgesteld dat Arrow UK geen inbreuk heeft gemaakt op de intellectuele-eigendomsrechten van Lundbeck, het bedrag genoemd in punt 2.2 van deze overeenkomst de volledige schadevergoeding zou vormen die Arrow UK van Lundbeck zou kunnen verkrijgen voor de verliezen die zij als gevolg van de uit punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zou hebben geleden;

— in punt 3.4 van de overeenkomst is opgenomen dat Arrow UK aan Lundbeck haar voorraad van „bedoeld citalopram" in twee stappen zal leveren, waarvan de eerste, die betrekking had op ongeveer 3,975 miljoen tabletten in dozen, uiterlijk 6 februari 2002 moest plaatsvinden en de tweede, die betrekking had op ongeveer 1,1 miljoen tabletten in bulk, uiterlijk op 15 februari 2002.

36 Daarnaast moet worden verduidelijkt dat Lundbeck op 6 februari 2002 de in punt 1.2 van de Arrow-UK-overeenkomst bedoelde beschikking heeft verkregen (hierna: „consent order inzake Arrow").

37 De tweede overeenkomst, betreffende het grondgebied van Denemarken, is op 3 juni 2002 gesloten tussen Lundbeck en Arrow Group (hierna: „Deense Arrow-overeenkomst").

38 De Deense Arrow-overeenkomst is opgesteld met een looptijd vanaf de ondertekening ervan op 3 juni 2002 tot 1 april 2003 of, indien dat eerder zou zijn, de datum van een definitief geworden rechterlijke beslissing inzake de vordering wegens inbreuk op Arrow. Aangezien geen dergelijke beslissing is vastgesteld, was de overeenkomst van kracht van 3 juni 2002 tot 1 april 2003 (hierna: „looptijd van de Deense Arrow-overeenkomst").

39 Ten aanzien van de inhoud van de Deense Arrow-overeenkomst moet op het volgende worden gewezen:

— de eerste, derde en vijfde tot en met negende overweging van de considerans stemmen in essentie overeen met de eerste, vierde en zesde tot en met achtste overweging van de Arrow-UK-considerans, met dien verstande dat de negende overweging van de considerans van de Deense Arrow-overeenkomst verwijst naar de consent order inzake Arrow;

— in punt 1.1 van deze overeenkomst is bepaald: „Arrow [Group] verbindt zich er voor de duur [van de Deense Arrow-overeenkomst] toe om op het [Deense] grondgebied alle import, vervaardiging, productie, verkoop of andere commercialisering van producten die citalopram bevatten en die volgens Lundbeck inbreuk maken op haar intellectuele-eigendomsrechten, te annuleren en te staken";

— in punt 2.1 van deze overeenkomst is opgenomen dat Lundbeck als compensatie voor de verbintenissen die zijn aangegaan door Arrow Group, aan laatstgenoemde het bedrag van 500 000 Amerikaanse dollar (USD) zal betalen;

— in punt 2.2 van deze overeenkomst is vastgelegd dat, ingeval in een eindbeslissing in het kader van de vordering wegens inbreuk op Arrow zou worden vastgesteld dat Arrow Group geen inbreuk heeft gemaakt op de intellectuele-eigendomsrechten van Lundbeck, het bedrag genoemd in punt 2.1 van deze overeenkomst de volledige schadevergoeding zou vormen die Arrow Group van Lundbeck zou kunnen verkrijgen voor de verliezen die zij als gevolg van de uit punt 1.1 van de Deense Arrow-overeenkomst voortvloeiende verplichtingen zou hebben geleden;

— in punt 3.1 van deze overeenkomst is daaraan toegevoegd dat Lundbeck voor de prijs van 147 000 USD de voorraad citalopram van Arrow Group, zijnde ongeveer 1 miljoen tabletten, zal kopen.

C – *Overeenkomst met Alpharma*

40 Lundbeck heeft op 22 februari 2002 een overeenkomst met Alpharma gesloten (hierna: „Alpharma-overeenkomst"), voor de periode vanaf deze datum tot en met 30 juni 2003 (hierna: „looptijd van de Alpharma-overeenkomst").

41 Vóór de sluiting van deze overeenkomst had Alpharma in januari 2002 bij Alfred E. Tiefenbacher GmbH & Co. (hierna: „Tiefenbacher") een voorraad generieke citalopramtabletten gekocht die waren ontwikkeld met behulp van het WFB citalopram dat door de Indiase vennootschap Cipla was geproduceerd op basis van haar werkwijzen (hierna: „citalopram van Cipla" of „WFB van Cipla") en had zij er nog meer besteld.

42 Over de considerans van de Alpharma-overeenkomst moet met name het volgende worden opgemerkt:

— in de eerste overweging is eraan herinnerd dat „Lundbeck houder is van intellectuele-eigendomsrechten die in het bijzonder de octrooien voor de productie [...] van het WFB van ‚Citalopram' [in de hele tekst van de overeenkomst met een hoofdletter ‚c' geschreven] omvatten, waaronder de octrooien die zijn weergegeven in bijlage A [...]" bij deze overeenkomst (hierna: „bijlage A");

— in de tweede overweging is aangegeven dat Lundbeck farmaceutische producten met daarin „Citalopram" produceert en verkoopt in alle lidstaten en in Noorwegen en Zwitserland, waarbij die landen tezamen zijn gedefinieerd als het „Grondgebied";

— in de derde en de vierde overweging is vermeld dat Alpharma op het „Grondgebied" farmaceutische producten met daarin „Citalopram" heeft geproduceerd of verkocht zonder toestemming van Lundbeck;

— in de vijfde en zesde overweging is aangegeven dat de producten van Alpharma door Lundbeck aan laboratoriumtesten zijn onderworpen, waaruit is gebleken dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat de productiemethoden die worden gebruikt voor de vervaardiging van deze producten, inbreuk maken op haar intellectuele-eigendomsrechten;

— in de zevende overweging is in herinnering gebracht dat Lundbeck op 31 januari 2002 een vordering heeft ingesteld bij een rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk (hierna: „vordering wegens inbreuk op Alpharma") ter verkrijging van een voorlopige maatregel „tegen de verkopen door Alpharma van producten die Citalopram bevatten wegens inbreuk op de intellectuele-eigendomsrechten van Lundbeck";

— in de achtste overweging is aangegeven dat Alpharma erkent dat de door Lundbeck gedane vaststellingen juist zijn en dat zij zich ertoe verbindt om „dergelijke producten" niet op de markt te brengen;

— in de negende en de tiende overweging is gepreciseerd dat Lundbeck:

  — „ermee instemt om aan Alpharma een compensatie te betalen om een octrooigeschil te kunnen voorkomen", waarvan de uitkomst niet met volledige zekerheid kan worden voorzien en dat duur en tijdrovend zou zijn;

  — „ermee instemt om, ter beëindiging van het geschil, van Alpharma haar hele voorraad producten met daarin Citalopram te kopen en haar voor deze producten een compensatie te betalen".

43 Wat de corpus van de Alpharma-overeenkomst betreft, moet met name op het volgende worden gewezen:

— in punt 1.1 is bepaald dat Alpharma en haar dochterondernemingen „gedurende de [relevante periode] elke import, [...] productie [...] of verkoop van farmaceutische producten die Citalopram bevatten op het Grondgebied annuleren en staken en dat zij daarvan afzien [...]" en dat Lundbeck haar tegen Alpharma ingestelde vordering wegens inbreuk intrekt;

— in datzelfde punt is gepreciseerd dat dit niet van toepassing is op escitalopram;

— in punt 1.2 is erin voorzien dat „Alpharma zich in geval van niet-nakoming van de verplichting in [punt 1.1] of op verzoek van Lundbeck [...] vrijwillig zal onderwerpen aan een voorlopige maatregel van om het even welke bevoegde rechterlijke instantie in om het even welk land dat deel uitmaakt van het Grondgebied" en dat Lundbeck een dergelijke maatregel zal kunnen verkrijgen zonder een waarborg te storten;

— in punt 1.3 is gepreciseerd dat Lundbeck als compensatie voor de in die overeenkomst voorziene verplichtingen en ter vermijding van de kosten en de tijd die met een rechtszaak zijn gemoeid, aan Alpharma het bedrag van 12 miljoen USD zal betalen, waarvan 11 miljoen bedoeld is voor de producten van Alpharma die „Citalopram" bevatten, in drie tranches van 4 miljoen elk, te betalen op respectievelijk 31 maart 2002, 31 december 2002 en 30 juni 2003;

— in punt 2.2 is bepaald dat Alpharma uiterlijk op 31 maart 2002 de volledige voorraad van producten met daarin „Citalopram" waarover zij op die datum zal beschikken, aan Lundbeck zal leveren, zijnde de 9,4 miljoen tabletten die zij reeds in haar bezit had bij de sluiting van de Alpharma-overeenkomst en de 16 miljoen tabletten die zij had besteld.

44 Bijlage A bevat een lijst van 28 aanvragen voor intellectuele-eigendomsrechten die door Lundbeck waren ingediend vóór de ondertekening daarvan, waarvan er negen op die datum reeds waren gehonoreerd. Deze intellectuele-eigendomsrechten betroffen de werkwijzen voor de productie van het WFB van citalopram waarop de octrooien inzake de kristallisatie en de filmdestillatie zagen.

45 Bovendien moet worden verduidelijkt dat een rechter in het Verenigd Koninkrijk op 2 mei 2002 een consent order heeft uitgevaardigd waarin is bepaald dat de behandeling van de tegen Alpharma ingestelde vordering wegens inbreuk is opgeschort wegens de sluiting van een overeenkomst tussen Lundbeck en onder meer Alpharma, op grond waarvan laatstgenoemde en haar dochterondernemingen „tot en met 30 juni 2002 elke import, [...] productie [...] of verkoop in de [lidstaten], Noorwegen en Zwitserland (de „Relevante Grondgebieden") van farmaceutische producten met daarin citalopram dat is vervaardigd met behulp van de aangevoerde werkwijzen in [de octrooien inzake de kristallisatie en de filmdestillatie die door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk zijn verleend] of in enig ander gelijkwaardig octrooi dat op de Relevante Grondgebieden is verkregen of aangevraagd, [zouden] annuleren en staken en dat zij daarvan [zouden] afzien" (hierna: „Alpharma-consent order").

D – *Overeenkomst met Ranbaxy*

46 Op 16 juni 2002 heeft Lundbeck een overeenkomst met Ranbaxy Laboratories ondertekend (hierna: „Ranbaxy-overeenkomst") voor de duur van 360 dagen. Op grond van een op 19 februari 2003 ondertekend addendum (hierna: „Ranbaxy-addendum") is deze overeenkomst verlengd tot 31 december 2003. De totale looptijd daarvan is dus van 16 juni 2002 tot en met 31 december 2003 (hierna: „looptijd van de Ranbaxy-overeenkomst").

47 In de considerans van de Ranbaxy-overeenkomst (hierna: „Ranbaxy-considerans") is het volgende opgenomen:

— Ranbaxy Laboratories heeft in India twee octrooien voor werkwijzen betreffende citalopram aangevraagd en geneesmiddelen met daarin citalopram geproduceerd met de bedoeling om deze op de markt te brengen in onder meer de EER (tweede en derde overweging van de Ranbaxy-considerans en bijlage A bij de Ranbaxy-overeenkomst);

— Lundbeck heeft dit citalopram aan laboratoriumtesten onderworpen en daaruit afgeleid dat de gebruikte werkwijzen inbreuk maakten op het octrooi inzake amide en het octrooi inzake jodium, welk laatste nog niet wat verleend (zie punt 19 hierboven), terwijl Ranbaxy Laboratories bestrijdt dat van dergelijke inbreuken sprake is (vijfde tot en met achtste overweging van de Ranbaxy-considerans);

— Lundbeck en Ranbaxy Laboratories hebben overeenstemming over een overeenkomst bereikt ter voorkoming van een octrooigeschil dat duur en tijdrovend zou zijn en waarvan de uitkomst niet met absolute zekerheid kan worden voorzien (negende overweging van de considerans).

48 In de Ranbaxy-overeenkomst is onder meer het volgende aangegeven:

— „Onder voorbehoud van de voorwaarden en betalingen zijdens Lundbeck die in [deze overeenkomst] zijn opgenomen, zal Ranbaxy Laboratories voor de duur van deze overeenkomst geen aanspraak maken op rechten betreffende de [o]ctrooiaanvraag [bedoeld in de considerans daarvan] of op enige productiemethode die door Ranbaxy Laboratories wordt gebruikt en zal zij de vervaardiging of verkoop van daarop gebaseerde farmaceutische producten annuleren en staken, alsook daarvan afzien [onder meer in de EER] [...]" (punt 1.1 van de Ranbaxy-overeenkomst en punt 1.0 van het Ranbaxy-addendum);

— „in geval van niet-nakoming van de verplichtingen die zijn opgenomen in punt 1.1 of op verzoek van Lundbeck" stemmen Ranbaxy Laboratories en Ranbaxy (UK) ermee in dat zij zich zullen onderwerpen aan de voorlopige maatregelen die door de bevoegde rechterlijke instanties worden vastgesteld, zonder dat Lundbeck een waarborg hoeft te storten en zonder enige andere verbintenis dan die welke uit deze overeenkomst voortvloeien (punt 1.2 van de Ranbaxy-overeenkomst);

— gelet op de tussen de partijen gesloten overeenkomst betaalt Lundbeck aan Ranbaxy Laboratories een bedrag van 9,5 miljoen USD in tranches die over de relevante periode worden gespreid (punt 1.3 van de Ranbaxy-overeenkomst en punt 2.0 van het Ranbaxy-addendum);

— Lundbeck verkoopt aan Ranbaxy Laboratories of aan Ranbaxy (UK) tabletten citalopram met een korting van 40 % op de prijs af fabriek, zodat zij die op de markt in het Verenigd Koninkrijk kunnen verkopen (punt 1.3 van en bijlage B bij de Ranbaxy-overeenkomst);

— Lundbeck en Ranbaxy Laboratories verbinden zich ertoe om geen vorderingen in rechte tegen elkaar in te stellen, gebaseerd op om het even welk octrooi dat eerder in de overeenkomst zelf is vermeld (punt 1.4 van de Ranbaxy-overeenkomst).

IV – *Stappen van de Commissie in de farmaceutische sector en administratieve procedure*

49 In oktober 2003 is de Commissie van de Europese Gemeenschappen door de Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST, Deense mededingings- en consumentenautoriteit) op de hoogte gebracht van het bestaan van de betrokken overeenkomsten.

50 Aangezien het merendeel daarvan betrekking had op de gehele EER of in elk geval andere lidstaten dan het Koninkrijk Denemarken, is afgesproken dat de Commissie zou onderzoeken of zij met het mededingingsrecht verenigbaar waren en dat de KFST het onderzoek daarvan niet zou voortzetten.

51 Tussen 2003 en 2006 heeft de Commissie inspecties in de zin van artikel 20, lid 4, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), uitgevoerd

bij Lundbeck en andere vennootschappen die in de farmaceutische sector actief zijn. Ook heeft zij aan Lundbeck en een andere vennootschap verzoeken om inlichtingen in de zin van artikel 18, lid 2, van genoemde verordening toegezonden.

52 Op 15 januari 2008 heeft de Commissie het besluit tot inleiding van een onderzoek in de farmaceutische sector vastgesteld, overeenkomstig artikel 17 van verordening nr. 1/2003 (zaak COMP/D2/39514). In het enige artikel van dat besluit is gepreciseerd dat het te verrichten onderzoek betrekking had op het op de markt brengen van innovatieve en generieke geneesmiddelen voor menselijk gebruik.

53 Op 8 juli 2009 heeft de Commissie een mededeling vastgesteld waarin zij haar rapport over het onderzoek naar de farmaceutische sector beknopt heeft weergegeven. Deze mededeling bevatte, in een technische bijlage, de integrale versie van het onderzoeksrapport in de vorm van een werkdocument van de Commissie dat uitsluitend in het Engels beschikbaar was.

54 Op 7 januari 2010 heeft de Commissie de formele procedure jegens Lundbeck ingeleid.

55 In de loop van 2010 en in de eerste helft van 2011 heeft de Commissie verzoeken om inlichtingen toegezonden aan Lundbeck en de andere vennootschappen die partij waren bij de litigieuze overeenkomsten.

56 Op 24 juli 2012 heeft de Commissie een procedure ingeleid jegens de vennootschappen die partij waren bij de litigieuze overeenkomsten en hun en Lundbeck een mededeling van punten van bezwaar gezonden.

57 Alle adressaten van die mededeling die daarom hadden verzocht, zijn op 14 en 15 maart 2013 tijdens hoorzittingen gehoord.

58 Op 12 april 2013 heeft de Commissie een „letter of facts” toegezonden aan de adressaten van de mededeling van punten van bezwaar.

59 De raadadviseur-auditeur heeft op 17 juni 2013 zijn eindverslag uitgebracht.

60 Op 19 juni 2013 heeft de Commissie besluit C(2013) 3803 final vastgesteld, inzake een procedure op grond van artikel 101 [VWEU] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak AT/39226 – Lundbeck) (hierna: „bestreden besluit”).

V – *Bestreden besluit*

61 In het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de litigieuze overeenkomsten mededingingsbeperkingen naar strekking waren in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst (artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit).

62 De twee overeenkomsten die tussen Merck (GUK) en Lundbeck zijn gesloten, zijn beschouwd als één enkele en voortgezette inbreuk die tussen 24 januari 2002 en 1 november 2003 is gepleegd.

63 Zoals volgt uit de samenvatting in de overwegingen 824 en 874 van het bestreden besluit, heeft de Commissie zich onder meer op het volgende gebaseerd:

— op het moment van sluiting van overeenkomsten waren Lundbeck en Merck (GUK) op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar in het Verenigd Koninkrijk en in de EER, en vóór de tweede verlenging van de overeenkomst inzake het Verenigd Koninkrijk daadwerkelijke concurrenten van elkaar in het Verenigd Koninkrijk;

— Lundbeck heeft op grond van deze overeenkomsten ten gunste van Merck (GUK) grote waarde overgedragen;

— deze waardeoverdracht hing samen met de aanvaarding door Merck (GUK) van beperkingen ten aanzien van de markttoetreding in die overeenkomsten, meer bepaald haar verbintenis om voor de relevante duur van die overeenkomsten geen citalopram van Natco of ander generiek citalopram in het Verenigd Koninkrijk en in de EER te verkopen;

— deze waardeoverdracht stemde ongeveer overeen met de winst die Merck (GUK) verwachtte te maken indien zij met succes tot de markt zou zijn toegetreden;

— Lundbeck zou dergelijke beperkingen niet hebben kunnen verkrijgen door haar octrooien voor werkwijzen in te roepen, aangezien de verplichtingen die krachtens die overeenkomsten op Merck (GUK) rustten, verder gingen dat de rechten die de houders van octrooien voor werkwijzen genieten;

— in deze overeenkomsten was niet was voorzien in een verplichting voor Lundbeck om van het instellen van vorderingen wegens inbreuk tegen Merck (GUK) af te zien voor het geval dat laatstgenoemde met generiek citalopram tot de markt zou toetreden na afloop van die overeenkomsten.

64 De twee overeenkomsten die tussen Arrow en Lundbeck zijn gesloten, zijn beschouwd als één enkele en voortgezette inbreuk die van 24 januari 2002 tot 20 oktober 2003 is gepleegd.

65 Zoals volgt uit de samenvatting in de overwegingen 962 en 1013 van het bestreden besluit, over de Arrow-UK-overeenkomst respectievelijk de Deense Arrow-overeenkomst, heeft de Commissie zich onder meer op het volgende gebaseerd:

— op het moment van sluiting van deze overeenkomsten waren Lundbeck en Arrow op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar in het Verenigd Koninkrijk en in Denemarken;

— Lundbeck heeft op grond van deze overeenkomsten ten gunste van Arrow grote waarde overgedragen;

— deze waardeoverdracht hing samen met de aanvaarding door Arrow van beperkingen ten aanzien van haar toetreding tot de markt van citalopram in het Verenigd Koninkrijk en in Denemarken in die overeenkomsten, meer bepaald de verbintenis van Arrow om geen generiek citalopram te verkopen dat Lundbeck als inbreuk op haar octrooien beschouwde, en dit voor de respectieve duur van de overeenkomsten;

— deze waardeoverdracht stemde in wezen overeen met de winst die Arrow had kunnen maken indien zij met succes tot de markt zou zijn toegetreden;

— Lundbeck had dergelijke beperkingen niet dankzij de toepassing van haar nieuwe octrooien kunnen verkrijgen, aangezien de krachtens deze overeenkomsten op Arrow rustende verplichtingen verder gingen dan de rechten die houders van octrooien voor werkwijzen genieten;

— in deze overeenkomsten was niet voorzien in een verbintenis voor Lundbeck om van het instellen van vorderingen wegens inbreuk tegen Arrow af te zien voor het geval dat laatstgenoemde na het verstrijken van de ene of de andere van die overeenkomsten in Verenigd Koninkrijk of in Denemarken tot de markt zou toetreden met generiek citalopram.

66 Zoals blijkt uit de samenvatting in overweging 1087 van het bestreden besluit, heeft de Commissie zich wat de Alpharma-overeenkomst betreft met name op het volgende gebaseerd:

— op het moment van sluiting van deze overeenkomst waren Lundbeck en Alpharma op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar in de EER;

— Lundbeck heeft op grond van deze overeenkomst ten gunste van Alpharma grote waarde overgedragen;

— deze waardeoverdracht hing samen met de aanvaarding door Alpharma van beperkingen ten aanzien van haar markttoetreding in die overeenkomst, meer bepaald de verbintenis van Alpharma om gedurende de relevante periode geen generiek citalopram te verkopen in de EER;

— deze waardeoverdracht stemde in essentie overeen met de winst die Alpharma had kunnen maken indien zij met succes tot de markt zou zijn toegetreden;

— Lundbeck had dergelijke beperkingen niet kunnen verkrijgen door toepassing van de octrooien inzake kristallisatie en filmdestillatie, aangezien de verplichtingen die krachtens deze overeenkomsten op Alpharma rustten, verder gingen dan de rechten die houders van octrooien voor werkwijzen genieten;

— in de overeenkomst was niet voorzien in een verplichting voor Lundbeck om van het instellen van vorderingen wegens inbreuk tegen Alpharma af te zien voor het geval dat die na afloop van de overeenkomst met generiek citalopram tot de markt zou toetreden.

67 Zoals blijkt uit de samenvatting in overweging 1174 van het bestreden besluit, heeft de Commissie zich wat de Ranbaxy-overeenkomst betreft met name op het volgende gebaseerd:

— op het moment van sluiting van deze overeenkomst waren Lundbeck en Ranbaxy op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar in de EER;

— Lundbeck heeft op grond van deze overeenkomst grote waarde overgedragen aan Ranbaxy;

— deze waardeoverdracht hing samen met de aanvaarding door Ranbaxy van beperkingen ten aanzien van haar markttoetreding in die overeenkomst, meer bepaald de verbintenis van Ranbaxy om haar citalopram gedurende de relevante periode niet in de EER te produceren of te verkopen, ongeacht of dit via haar eigen dochterondernemingen of via derden was;

— deze waardeoverdracht was veel groter dan de winst die Ranbaxy had kunnen behalen met de verkoop van het generieke citalopram dat zij tot dan toe had geproduceerd;

— Lundbeck had dergelijke beperkingen niet door het inroepen van haar octrooien voor werkwijzen kunnen verkrijgen, aangezien de krachtens deze overeenkomst op Ranbaxy rustende verplichtingen verder gingen dat de rechten die houders van octrooien voor werkwijzen genieten;

— in de overeenkomst was niet voorzien in een verplichting voor Lundbeck om van het instellen van vorderingen wegens inbreuk tegen Ranbaxy af te zien voor het geval dat laatstgenoemde na afloop van de litigieuze overeenkomsten tot de markt zou toetreden met haar generiek citalopram.

68 De Commissie heeft ook geldboeten opgelegd aan alle partijen bij de litigieuze overeenkomsten. Daartoe heeft zij gebruikgemaakt van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006”). Ten aanzien van Lundbeck heeft de Commissie de algemene methode gevolgd die in de richtsnoeren van 2006 is omschreven, gebaseerd op de waarde van de

verkopen van het betrokken product die door elke karteldeelnemer zijn behaald (overwegingen 1316-1358 van het bestreden besluit). Wat de andere partijen bij de litigieuze overeenkomsten betreft, dat wil zeggen de generieke ondernemingen, heeft zij daarentegen gebruikgemaakt van de mogelijkheid in punt 37 van die richtsnoeren om van die methode af te wijken in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak voor zover het die partijen betreft (overweging 1359 van het bestreden besluit).

69 Zo heeft de Commissie wat de andere partijen bij de litigieuze overeenkomsten dan Lundbeck aangaat, geoordeeld dat bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete en om voor voldoende afschrikkende werking daarvan te zorgen, rekening moest worden gehouden met de omvang van de bedragen die Lundbeck aan hen had overgemaakt op grond van deze overeenkomsten. Daarbij diende geen onderscheid tussen de inbreuken te worden ingevoerd naargelang de aard of de geografische reikwijdte daarvan, of aan de hand van de marktaandelen van de betrokken ondernemingen, zijnde factoren waarop in het bestreden besluit slechts voor de volledigheid is ingegaan (overweging 1361 van het bestreden besluit).

70 Wat Lundbeck betreft heeft de Commissie evenwel de algemene methode toegepast die in haar richtsnoeren van 2006 is omschreven, door zich te baseren op de waarde van de verkopen op de betrokken markt. Aangezien de verkopen van citalopram van Lundbeck aanzienlijk waren geslonken gedurende de looptijd van de litigieuze overeenkomsten, die niet een volledig boekjaar dekten, heeft de Commissie een gemiddelde jaarlijkse waarde van de verkopen berekend. Daartoe heeft zij eerst de gemiddelde maandelijkse waarde van de verkopen van citalopram door Lundbeck tijdens de looptijd van elk van litigieuze overeenkomsten berekend, en die waarde vervolgens met twaalf vermenigvuldigd (overweging 1326 en voetnoot 2215 van het bestreden besluit).

71 De Commissie heeft daarnaast vier afzonderlijke geldboeten opgelegd aan Lundbeck, aangezien de zes litigieuze overeenkomsten werden geacht vier afzonderlijke inbreuken te vormen, dit omdat de twee overeenkomsten tussen Lundbeck en Merck (GUK) één enkele en voortgezette inbreuk vormden, net zoals de twee overeenkomsten tussen Lundbeck en Arrow. Om niet tot een onevenredige geldboete te komen, heeft de Commissie op grond van de omstandigheden van de zaak een correctie naar beneden toegepast, gebaseerd op een methode waarin de geografische en temporele overlappen tussen de verschillende inbreuken tot uiting komen (overweging 1329 van het bestreden besluit). Deze methode heeft geleid tot een verlaging met 15 % voor elke inbreuk waarbij overlappingen waren vastgesteld (voetnoot 2218 van het bestreden besluit).

72 Gezien de ernst van de geconstateerde inbreuken, die de Commissie als „ernstig” heeft gekwalificeerd omdat zij marktuitsluiting met zich brachten, het hoge marktaandeel van Lundbeck voor de producten waarop deze inbreuken zagen, de zeer ruime geografische reikwijdte van de litigieuze overeenkomsten en het feit dat al deze overeenkomsten waren geïmplementeerd, was de Commissie van oordeel dat het in aanmerking te nemen aandeel van de waarde van de verkopen moest worden vastgesteld op 11 % voor de inbreuken waarvan de geografische reikwijdte de gehele EER was en 10 % voor de overige inbreuken (overwegingen 1331 en 1332 van het bestreden besluit).

73 De Commissie heeft op dat bedrag een vermenigvuldigingscoëfficiënt toegepast om rekening te houden met de duur van de inbreuken (overwegingen 1334-1337 van het bestreden besluit) en een aanvullend bedrag van 10 % voor de als eerste gepleegde inbreuk, namelijk de overeenkomsten die met Arrow waren gesloten, zulks op grond van punt 25 van de richtsnoeren van 2006, om ervoor te zorgen dat de aan verzoeksters opgelegde geldboeten voldoende afschrikkende werking hadden (overweging 1340 van het bestreden besluit).

74 Gelet op de totale duur van het onderzoek heeft de Commissie niettemin een korting toegekend van 10 % van het bedrag van de geldboeten die aan alle adressaten van het bestreden besluit waren opgelegd (overwegingen 1349 en 1380 van het bestreden besluit).

75 Op basis van die overwegingen en rekening houdend met het feit dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk door Lundbeck Ltd was ondertekend, heeft de Commissie een totale geldboete van 93 766 000 EUR aan Lundbeck A/S opgelegd, waarvan 5 306 000 EUR hoofdelijk met Lundbeck Ltd, die als volgt is opgebouwd (overwegingen 1238 en 1358 en artikel 2 van het bestreden besluit):

— 19 893 000 EUR voor de overeenkomsten die met Merck (GUK) zijn gesloten, waarvan 5 306 000 EUR hoofdelijk met Lundbeck Ltd;

— 12 951 000 EUR voor de overeenkomsten die met Arrow zijn gesloten;

— 31 968 000 EUR voor de overeenkomst die met Alpharma is gesloten;

— 28 954 000 EUR voor de overeenkomst die met Ranbaxy is gesloten.

Procedure en conclusies van partijen

76 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 augustus 2013, hebben verzoeksters, Lundbeck A/S en Lundbeck Ltd, het onderhavige beroep ingesteld.

77 Bij beschikking van de president van de Negende kamer van het Gerecht van 20 mei 2014 is de European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (hierna: „EFPIA" of „interveniënte") in de onderhavige zaak toegelaten tot interventie aan de zijde van verzoeksters.

78 In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als voorzien in artikel 64 van Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van 2 mei 1991 zijn de hoofdpartijen verzocht om zich in het kader van hun opmerkingen over de memorie in interventie van de EFPIA schriftelijk uit te laten over de eventuele gevolgen van het arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, Jurispr., EU:C:2014:2204), voor de onderhavige zaak.

79 De hoofdpartijen hebben hun opmerkingen binnen de gestelde termijn doen toekomen bij memories die op 15 januari 2015 ter griffie van het Gerecht zijn neergelegd.

80 De schriftelijke behandeling is op diezelfde datum gesloten.

81 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Negende kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en heeft het in het kader van de in artikel 89 van zijn Reglement voor de procesvoering voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang partijen een aantal vragen gesteld, die zij schriftelijk dienden te beantwoorden.

82 Zij hebben binnen de gestelde termijn op deze vragen geantwoord bij memories die op 30 oktober 2015 ter griffie van het Gerecht zijn neergelegd.

83 Partijen hebben ter terechtzitting van 26 november 2015 pleidooi gehouden en geantwoord op de mondeling gestelde vragen van het Gerecht.

84 Verzoeksters concluderen tot:

— vaststelling van een maatregel van instructie waarbij de Commissie wordt gelast niet-geschoonde versies van haar correspondentie met de KFST over te leggen;

— nietigverklaring van het bestreden besluit;

— subsidiair, nietigverklaring van de geldboeten die hun bij dat besluit zijn opgelegd;

— meer subsidiair, aanzienlijke verlaging van die geldboeten;

— in elk geval verwijzing van de Commissie in hun kosten;

— vaststelling van elke maatregel die het Gerecht gerade voorkomt.

85 De Commissie concludeert tot:

— verwerping van het beroep;

— verwijzing van verzoeksters in de kosten, met uitzondering van die van de interveniënte;

— een beslissing dat interveniënte haar eigen kosten zal dragen.

86 Interveniënte concludeert tot:

— nietigverklaring van het bestreden besluit voor zover dit op verzoeksters betrekking heeft;

— verwijzing van de Commissie in de kosten van interveniënte.

87 Ten aanzien van het onderdeel van de conclusies van verzoeksters waarin zij het Gerecht verzoeken om als maatregel van instructie vast te stellen dat de Commissie niet-geschoonde versies van haar correspondentie met de KFST dient over te leggen, moet erop worden gewezen dat verzoeksters ter terechtzitting hebben bevestigd dat zij dit niet wilden handhaven na de spontane overlegging van die documenten in het kader van het onderhavige beroep.

In rechte

88 Ter ondersteuning van hun beroep voeren verzoeksters tien middelen aan. Zij dienen in de volgorde waarin zij door hen zijn aangevoerd te worden onderzocht.

I – *Eerste middel: schending van het recht en beoordelingsfouten doordat in het bestreden besluit is geoordeeld dat de generieke ondernemingen en Lundbeck op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten*

89 Verzoeksters geven te kennen dat in het bestreden besluit een onjuiste uitlegging van de relevante rechtspraak is gehanteerd om na te gaan of een overeenkomst de potentiële mededinging beperkt. Die veronderstelt dat sprake was van reële en concrete kansen om tot de markt toe te treden indien de overeenkomst er niet zou zijn geweest. Zij menen dat de Commissie op dit punt aan essentiële feiten voorbij is gegaan.

90 Alvorens verzoeksters' argumenten te onderzoeken, moet kort de relevante rechtspraak in herinnering worden gebracht alsook de benadering die de Commissie in het bestreden besluit heeft gekozen op het punt van de potentiële mededinging tussen Lundbeck en de generieke ondernemingen.

A – *Analyse van de potentiële mededinging in het bestreden besluit*

91 In de overwegingen 615 tot en met 620 van het bestreden besluit heeft de Commissie zich gebogen over de bijzondere kenmerken van de farmaceutische sector en een onderscheid gemaakt tussen twee fasen waarin er in deze sector potentiële mededinging kan zijn.

92 De eerste fase kan meerdere jaren vóór de afloop van een octrooi voor een WFB aanvangen, wanneer de generieke producenten die een generieke versie van het betrokken geneesmiddel willen lanceren, haalbare productiewerkwijzen beginnen te ontwikkelen die leiden tot een product dat voldoet aan de voorschriften in de regelgeving. Vervolgens moet een generieke onderneming in een tweede fase, ter voorbereiding van haar daadwerkelijke toetreding tot de markt, een vergunning voor het in de handel brengen (VHB) verkrijgen overeenkomstig richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB L 311, blz. 67), dat zij tabletten koopt bij een of meerdere generieke producenten of die zelf produceert, dat zij distributeurs vindt of haar eigen distributienetwerk opzet, dus dat zij een reeks voorafgaande stappen zet. Zonder die stappen zou er nooit daadwerkelijke concurrentie op de markt kunnen zijn.

93 Het nakende verstrijken van een octrooi voor een WFB geeft dus aanleiding tot een dynamisch concurrentieproces, waarbinnen verschillende ondernemingen die generieke geneesmiddelen produceren, onderling rivaliseren om als eerste tot de markt toe te treden. De eerste van die ondernemingen die erin slaagt om tot de markt toe te treden, kan namelijk aanzienlijke winst behalen voordat de concurrentie sterker wordt en de prijzen drastisch dalen. Dit is de reden waarom die ondernemingen bereid zijn om belangrijke investeringen te doen en grote risico's te nemen om als eerste tot de markt van het betrokken product toe te treden zodra de geldigheidsduur van het octrooi voor het WFB in kwestie tot zijn einde is gekomen.

94 In het kader van die twee fasen van potentiële mededinging worden de ondernemingen die generieke geneesmiddelen produceren of die deze willen verkopen, vaak geconfronteerd met kwesties in verband met het octrooirecht en het intellectuele-eigendomsrecht. Niettemin vinden zij meestal een weg om enige inbreuk op bestaande octrooien, zoals werkwijzeoctrooien, te vermijden. Zij beschikken in dat verband namelijk over verschillende opties, zoals de mogelijkheid om een verklaring van niet-inbreuk te vragen of om „de belemmeringen weg te nemen" door het initiërende farmaceutische bedrijf in kennis te stellen van hun voornemen om tot de markt toe te treden. Zij kunnen hun producten ook „met risico" lanceren, waarbij zij zich dan verdedigen tegen mogelijke stellingen dat inbreuk wordt gemaakt, of een reconventionele vordering instellen waarmee zij dan opkomen tegen de geldigheid van de octrooien die ter ondersteuning van een vordering wegens inbreuk worden ingeroepen. Ook kunnen zijn met hun leverancier van het WFB samenwerken om de productiewerkwijze te wijzigen of het risico van een inbreuk te beperken, of kunnen zij zich tot een andere producent van het WFB wenden om een dergelijk risico te vermijden.

95 In de overwegingen 621 tot en met 623 van het bestreden besluit heeft de Commissie eraan herinnerd dat in casu de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck in de meeste landen van de EER in januari 2002 waren verstreken. Dit had geleid tot een dynamisch concurrentieproces waarbinnen meerdere ondernemingen die generieke geneesmiddelen produceren of verkopen, stappen hadden gezet om als eerste tot de markt toe te treden. Lundbeck heeft die dreiging reeds vanaf december 1999 opgemerkt, toen zij in haar strategisch plan voor 2000 schreef dat „het tussen nu en 2002 waarschijnlijk [was] dat de generieken een aanzienlijk marktaandeel met de verkoop van Cipramil [zouden] hebben veroverd". Ook in december 2001 heeft Lundbeck in haar strategisch plan voor 2002 geschreven dat zij verwachtte dat vooral de markt in het Verenigd Koninkrijk zwaar getroffen zou worden door concurrentie van de generieken. In het licht hiervan is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten concurrentiedruk op Lundbeck uitoefenden.

96 Daarnaast heeft de Commissie er in de overwegingen 624 tot en met 633 van het bestreden besluit op gewezen dat het feit dat octrooien werden betwist, een uiting was van de potentiële mededinging in de farmaceutische sector. Zij heeft er in dat verband aan herinnerd dat de ondernemingen die generieke geneesmiddelen wilden verkopen, in de EER niet verplicht waren om het bewijs te leveren dat hun producten geen inbreuk maakten op een octrooi om een VHB te verkrijgen of om met het in de handel brengen daarvan te beginnen. Het is aan het initiërende farmaceutische bedrijf om te bewijzen

dat deze producten, op zijn minst prima facie, inbreuk maken op een van zijn octrooien, voordat een rechter de betrokken onderneming kan gelasten om haar producten niet langer op de markt te verkopen. In de onderhavige zaak heeft de Commissie zich op basis van de beoordeling van de partijen bij de litigieuze overeenkomsten op het standpunt gesteld dat er bij het octrooi inzake kristallisatie, waarop Lundbeck zich hoofdzakelijk baseerde om de toetreding van de generieken tot de markt in het Verenigd Koninkrijk tegen te houden, 60 % kans was dat het door een rechter ongeldig zou worden verklaard en dat het door de generieke ondernemingen als weinig innoverend werd gezien. In die omstandigheden was de Commissie van oordeel dat het feit dat de generieke ondernemingen „met risico" tot de markt waren toegetreden en zich mogelijk moesten verweren tegen vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck, een uiting van potentiële mededinging was. Bijgevolg heeft de Commissie daaraan de conclusie verbonden dat de werkwijzeoctrooien van Lundbeck niet in het geweer konden worden gebracht tegen de mogelijkheden voor de generieke ondernemingen om tot de markt toe te treden.

97 In overweging 635 van het bestreden besluit heeft de Commissie erop gewezen dat er in casu acht mogelijke wegen waren om tot de markt toe treden:

— ten eerste het product „met risico" lanceren en zich verweren tegen eventuele vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck;

— ten tweede inspanningen doen om „de belemmeringen weg te nemen" met het initiërende farmaceutische bedrijf alvorens tot de markt in met name het Verenigd Koninkrijk toe te treden;

— ten derde verzoeken om een verklaring van niet-inbreuk aan een nationale rechter alvorens tot de markt toe te treden;

— ten vierde de ongeldigheid van een octrooi voor een nationale rechter inroepen in het kader van een reconventionele vordering volgend op een vordering wegens inbreuk van de zijde van het initiërende farmaceutische bedrijf;

— ten vijfde een octrooi bestrijden voor de bevoegde nationale autoriteiten of voor het EOB, door om intrekking of beperking van dat octrooi te verzoeken;

— ten zesde door samen te werken met de huidige producent van het WFB of met zijn leverancier om de productiewerkwijze van de producent van het WFB te wijzigen om zo het risico van een inbreuk op de werkwijzeoctrooien van het initiërende farmaceutische bedrijf weg te nemen of te voorkomen;

— ten zevende zich tot een andere producent van het WFB wenden in het kader van een bestaand bevoorradingscontract;

— ten achtste zich tot een andere producent van het WFB wenden, buiten een bestaand bevoorradingscontract om, hetzij omdat dit op grond van het contract was toegestaan, hetzij eventueel omdat een exclusief bevoorradingscontract ongeldig zou kunnen worden verklaard indien het WFB tot een inbreuk op de werkwijzeoctrooien van Lundbeck zou worden verklaard.

B – *Toepasselijke beginselen en rechtspraak*

1. Begrip potentiële mededinging

98 Er dient om te beginnen op te worden gewezen dat artikel 101, lid 1, VWEU enkel van toepassing is op sectoren die openstaan voor mededinging, gelet op de in die tekst genoemde voorwaarden betreffende de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en de weerslag op de mededinging (zie arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, Jurispr., EU:T:2012:332, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99 Volgens de rechtspraak moet bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden op een bepaalde markt niet enkel worden afgegaan op de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, maar ook op de potentiële mededinging, teneinde vast te stellen of er, gelet op de structuur van de markt en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent tot de betrokken markt kan toetreden en met de op deze markt gevestigde ondernemingen kan concurreren (arresten van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr., EU:T:1998:198, punt 137; van 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie, T-461/07, Jurispr., EU:T:2011:181, punt 68, en E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punt 85).

100 Om na te gaan of een onderneming een potentiële concurrent is op een markt, moet de Commissie onderzoeken of er, zonder het sluiten van de overeenkomst in kwestie, een reële en concrete mogelijkheid bestond dat zij tot de genoemde markt kon toetreden en er met de aldaar gevestigde ondernemingen kon concurreren. Om dit aan te tonen mag de Commissie niet afgaan op een loutere veronderstelling, maar moet zij dit met feiten of met een onderzoek van de structuur van de relevante markt onderbouwen. Zo mag een onderneming niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie (zie arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101 Daaruit volgt noodzakelijkerwijs dat, om na te gaan of een onderneming als potentiële concurrent op een bepaalde markt kan worden aangemerkt, het voornemen van die onderneming om tot deze markt toe treden weliswaar eventueel relevant kan zijn, maar de beoordeling toch steeds hoofdzakelijk moet berusten op haar capaciteit om tot deze markt toe te treden (zie arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punt 87 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

102 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat de vraag of de potentiële mededinging, die kan bestaan uit de loutere aanwezigheid van een onderneming buiten de markt, wordt beperkt, niet afhankelijk mag worden gesteld van het feit dat het voornemen van deze onderneming om op korte termijn tot deze markt toe te treden is bewezen. Door haar loutere aanwezigheid kan zij immers aan de basis liggen van een concurrentiedruk op de ondernemingen die op dat tijdstip op deze markt opereren, aangezien het risico bestaat dat een nieuwe concurrent tot de markt toetreedt wanneer de aantrekkelijkheid van deze markt toeneem (arrest Visa Europe en Visa International Service/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2011:181, punt 169).

103 In de rechtspraak is voorts gepreciseerd dat reeds het feit dat een al op de markt aanwezige onderneming overeenkomsten tracht te sluiten of een systeem voor informatie-uitwisseling tracht op te zetten met andere ondernemingen die niet op die markt aanwezig zijn, een ernstige aanwijzing vormt dat die markt niet ontoegankelijk is (zie in die zin arresten van 12 juli 2011, Hitachi e.a./Commissie, T-112/07, Jurispr., EU:T:2011:342, punt 226, en van 21 mei 2014, Toshiba/Commissie, T-519/09, EU:T:2014:263, punt 231).

104 Hoewel uit die rechtspraak volgt dat de Commissie zich mag baseren op met name de perceptie van de reeds op de markt aanwezige onderneming bij de beoordeling of andere ondernemingen potentiële concurrenten van haar zijn, neemt dit niet weg dat de zuiver theoretische mogelijkheid van een markttoetreding niet volstaat voor het bewijs van potentiële mededinging. De Commissie moet dus aan de hand van de feiten of een analyse van de structuur van de relevante markt aantonen dat de markttoetreding voldoende snel had kunnen plaatsvinden, zodat de dreiging van een potentiële toetreding invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van de marktdeelnemers omdat dit gepaard zou zijn gegaan met kosten die economisch gezien te dragen zouden zijn geweest (zie in die zin arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punten 106 en 114).

2. Bewijslast

105 Zowel in de rechtspraak als in artikel 2 van verordening nr. 1/2003 is bepaald dat de bewijslast rust op de partij of de autoriteit die beweert dat een inbreuk op de mededingingsregels is gepleegd. In geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk staat het dus aan de Commissie om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk rechtens genoegzaam kunnen bewijzen (zie arrest van 12 april 2013, CISAC/Commissie, T-442/08, Jurispr., EU:T:2013:188, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

106 In deze context dient het bestaan van twijfel bij de rechter in het voordeel te spelen van de onderneming die adressaat is van de beschikking waarbij een inbreuk is vastgesteld. De rechter kan dus niet concluderen dat de Commissie de betrokken inbreuk rechtens genoegzaam heeft bewezen, indien daarover bij hem twijfel blijft bestaan, met name in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een besluit waarbij een geldboete is opgelegd (zie arrest CISAC/Commissie, punt 105 supra, EU:T:2013:188, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 Er dient namelijk rekening te worden gehouden met het vermoeden van onschuld, zoals dat met name voortvloeit uit artikel 48 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Gelet op de aard van de betrokken inbreuken en op de aard en de ernst van de sancties die daaraan kunnen worden verbonden, geldt het vermoeden van onschuld met name voor procedures betreffende inbreuken op de voor de ondernemingen geldende mededingingsregels die tot het opleggen van geldboeten of dwangsommen kunnen leiden (zie in die zin arrest CISAC/Commissie, punt 105 supra, EU:T:2013:188, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108 Verder dient rekening te worden gehouden met de niet te verwaarlozen imagoschade die een natuurlijke persoon of een rechtspersoon oploopt wanneer wordt vastgesteld dat hij betrokken was bij een inbreuk op de mededingingsregels (zie arrest CISAC/Commissie, punt 105 supra, EU:T:2013:188, punt 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

109 De Commissie moet dus, om het bestaan van de inbreuk aan te tonen, nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen aandragen die de vaste overtuiging kunnen schragen dat de gestelde inbreuken beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormen (zie arrest CISAC/Commissie, punt 105 supra, EU:T:2013:188, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

110 Beklemtoond dient echter te worden dat niet elk door de Commissie aangedragen bewijs noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan deze criteria hoeft te voldoen. Het volstaat dat het door deze instelling aangevoerde samenstel van aanwijzingen, in zijn geheel beschouwd, aan dit vereiste voldoet (zie arrest CISAC/Commissie, punt 105 supra, EU:T:2013:188, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

111 Tot slot moet erop worden gewezen dat wanneer de Commissie aantoont dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan een mededingingsverstorende maatregel, die onderneming niet enkel aan de hand van niet-bekendgemaakte stukken, maar met alle middelen waarover zij beschikt,

een andere verklaring voor haar gedrag dient te geven (zie in die zin arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr., EU:C:2004:6, punten 79 en 132).

112 Wanneer de Commissie over schriftelijk bewijs van mededingingsverstorende gedragingen beschikt, kunnen de betrokken ondernemingen niettemin niet volstaan met het aandragen van omstandigheden die een ander licht werpen op de door de Commissie vastgestelde feiten en dus een andere aannemelijke verklaring voor de feiten mogelijk maken dan die van de Commissie. Wanneer er schriftelijk bewijs is, kunnen de betrokken ondernemingen niet gewoon een alternatieve uitlegging geven voor de door de Commissie vastgestelde feiten, maar dienen zij het bestaan van die door de Commissie aan de hand van overgelegde stukken aangetoonde feiten te weerleggen (zie in die zin arrest CISAC/Commissie, punt 105 supra, EU:T:2013:188, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

3. Omvang van het door het Gerecht uitgeoefende toezicht

113 Er dient aan te worden herinnerd dat artikel 263 VWEU inhoudt dat de Unierechter de door de verzoekende partijen tegen het bestreden besluit aangevoerde argumenten zowel in feite als in rechte toetst en dat hij het bewijs kan beoordelen en dat besluit nietig kan verklaren. Hoewel de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties een beoordelingsmarge heeft, neemt dit dus niet weg dat de rechter van de Unie de interpretatie door de Commissie van economische gegevens mag toetsen. De Unierechter moet immers niet slechts nagaan of de bewijselementen waarop de Commissie zich baseert, materieel juist, betrouwbaar en coherent zijn, maar ook of deze elementen het relevante feitenkader vormen dat voor de beoordeling van een ingewikkelde situatie in aanmerking moet worden genomen, en of zij de eraan verbonden conclusies kunnen dragen (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, Jurispr., EU:C:2014:2062, punten 53 en 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

114 In het licht van die overwegingen moeten verzoeksters' argumenten inzake het ontbreken van potentiële mededinging tussen haar en de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten worden onderzocht.

C – Eerste onderdeel: de lancering van geneesmiddelen die inbreuk maken op de intellectuele-eigendomsrechten van derden is geen uiting van potentiële mededinging in het kader van artikel 101 VWEU

115 Verzoeksters stellen dat in het bestreden besluit het recht is geschonden omdat daarin is geoordeeld dat de lancering van geneesmiddelen die inbreuk maken op de intellectuele-eigendomsrechten van derden, in het kader van artikel 101 VWEU een uiting van potentiële mededinging is. Het feit dat het bestaan van potentiële mededinging wordt gegrond op de stelling dat generieke geneesmiddelen op de markt zullen worden gelanceerd, met het risico dat verweer zal moeten worden gevoerd tegen een vordering wegens inbreuk op basis van hun octrooien, is onverenigbaar met de bescherming van octrooien en de uitsluitende rechten die daaruit voortvloeien. Artikel 101 VWEU beschermt enkel geoorloofde mededinging en daarvan is geen sprake wanneer een uitsluitend recht, zoals een octrooi, in rechte of in feite aan de markttoetreding in de weg staat.

116 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

117 Er dient aan te worden herinnerd dat de industriële eigendom met name tot specifiek voorwerp heeft de octrooihouder, ter beloning van creatieve inspanning van de uitvinder, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten (arrest van 31 oktober 1974, Centrafarm en de Peijper, 15/74, Jurispr., EU:C:1974:114, punt 9).

118 In de rechtspraak is echter geenszins uitgesloten dat artikel 101, lid 1, VWEU kan worden toegepast op schikkingen die op het gebied van octrooien worden getroffen. Daarin is juist opgenomen dat de in een wettelijke regeling van een lidstaat op het gebied van de industriële eigendom erkende rechten door dat artikel weliswaar niet in hun bestaan worden geraakt, maar dat hun uitoefening niettemin onder de verboden van dit artikel kan vallen. Dat kan het geval zijn, telkens wanneer de uitoefening van zodanig recht te zien is als voorwerp, middel of gevolg van een mededingingsregeling (zie in die zin arrest Centrafarm en de Peijper, punt 117 supra, EU:C:1974:114, punten 39 en 40).

119 Ook volgt uit de rechtspraak dat de Commissie weliswaar niet bevoegd is om de omvang van een octrooi te bepalen, maar dat dit niet betekent dat zij lijdelijk mag toezien wanneer de omvang van een octrooi van belang is om na te gaan of er een inbreuk op de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU is gepleegd (arrest van 25 februari 1986, Windsurfing International/Commissie, 193/83, Jurispr., hierna: „Windsurfingarrest", EU:C:1986:75, punt 26). Voorts heeft het Hof gepreciseerd dat het specifieke voorwerp van het octrooi niet aldus kan worden uitgelegd dat het ook bescherming zou verlenen tegen acties tot betwisting van de geldigheid van het octrooi aangezien het algemene belang de opheffing vereist van alle belemmeringen van de economische activiteit die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (Windsurfingarrest, reeds aangehaald, EU:C:1986:75, punt 92).

120 In de onderhavige zaak berust verzoeksters' argument op de onjuiste premisse dat de generieke ondernemingen zonder enige twijfel inbreuk maakten op hun octrooien en dat deze octrooien in elk geval opgewassen waren tegen de door hen opgeworpen excepties van ongeldigheid in het kader van eventuele vorderingen wegens inbreuk.

121 Hoewel het juist is dat octrooien worden vermoed geldig te zijn totdat zij uitdrukkelijke worden ingetrokken of ongeldig worden verklaard door een daartoe bevoegde autoriteit of rechter, kan een dergelijk vermoeden namelijk niet gelijk worden gesteld aan een vermoeden van onrechtmatigheid van geldig in de handel gebrachte generieke producten waarvan de octrooihouder meent dat die inbreuk maken op het octrooi.

122 Zoals de Commissie terecht aanvoert, zonder dat dit door verzoeksters is betwist, stond het in casu aan hen om in geval van een markttoetreding door de generieken voor de nationale rechterlijke instanties aan te tonen dat die inbreuk maakten op het ene of het andere van hun werkwijzeoctrooien, aangezien een toetreding met risico niet op zich onrechtmatig is. In geval van een door Lundbeck tegen de generieke ondernemingen ingestelde vordering wegens inbreuk hadden laatstgenoemden bovendien de geldigheid van het door Lundbeck ingeroepen octrooi kunnen bestrijden in een reconventionele vordering. Dergelijke vorderingen komen op octrooigebied immers vaak voor en zij leiden er in vele gevallen toe dat het octrooi voor de werkwijze waarop de octrooihouder zich beroept, ongeldig wordt verklaard (zie overwegingen 75 en 76 van het bestreden besluit). Zoals blijkt uit het bewijs dat is vermeld in de overwegingen 157 en 745 van het bestreden besluit, achtte Lundbeck het zelf 50 tot 60 % waarschijnlijk dat dit bij het octrooi inzake kristallisatie het geval zou zijn.

123 Verder blijkt duidelijk uit het bestreden besluit dat de Commissie zich voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging in de onderhavige zaak heeft gebaseerd op de rechtspraak die voortvloeit uit de arresten European Night Services e.a./Commissie, punt 99 supra (EU:T:1998:198), en Visa Europe en Visa International Service/Commissie, punt 99 supra (EU:T:2011:181). Die houdt in dat moet worden onderzocht of er, gelet op de structuur van de markt en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent tot de betrokken markt kan toetreden en met de op deze markt gevestigde ondernemingen kan concurreren (overwegingen 610 en 611 van het bestreden besluit).

124 Gelet op hetgeen hierboven in herinnering is gebracht in punt 122, moet worden vastgesteld dat de Commissie geen fout heeft begaan met haar oordeel dat de werkwijzeoctrooien van Lundbeck niet noodzakelijkerwijs onoverkomelijke drempels vormden voor de generieke ondernemingen (zie in die

zin arrest Toshiba/Commissie, punt 103 supra, EU:T:2014:263, punt 230) die tot de markt van citalopram wilden toetreden en bereid waren dat te doen, en die daartoe reeds aanzienlijke investeringen hadden gedaan op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten.

125 Het is zeker mogelijk dat verzoeksters in bepaalde gevallen gelijk hadden kunnen krijgen van de bevoegde rechter en dus een rechterlijk bevel of schadevergoeding jegens de generieke ondernemingen hadden kunnen verkrijgen. Uit het bewijs in bestreden besluit blijkt evenwel dat een dergelijke mogelijkheid destijds door geen van de generieke ondernemingen als een voldoende geloofwaardige bedreiging voor hen werd gezien. Zo meende Merck (GUK) bijvoorbeeld na de publicatie van het octrooi inzake kristallisatie van Lundbeck dat het citalopram van Natco „geen inbreuk vormde", dat „geen van de gepubliceerde octrooiaanvragen een probleem opleverden" en dat er, gezien de verklaringen van de deskundigen, „in het geheel geen probleem was op octrooigebied" (overwegingen 237, 248 en 334 van het bestreden besluit).

126 Bovendien was er geen enkele zekerheid ten aanzien van het feit dat verzoeksters ook daadwerkelijke gerechtelijke stappen zouden ondernemen indien generieken tot de markt zouden zijn toegetreden. Het is juist dat in het bestreden besluit is erkend dat zij een algemene strategie hadden uitgewerkt die inhield dat met vorderingen wegens inbreuk zou worden gedreigd of dat dergelijke vorderingen zou worden ingesteld op basis van hun werkwijzeoctrooien. Niettemin hield enige beslissing om gerechtelijke stappen te ondernemen af van de schatting van verzoeksters dat een beroep zou slagen en dat een in de handel gebracht generiek product als een inbreuk op een van hun octrooien kon worden beschouwd. Zij wisten heel goed dat „de generieken citalopram hadden kunnen produceren op basis van de werkwijze omschreven in hun oorspronkelijke octrooi dat het WFB beschermde [...] of dat zij hadden kunnen investeren in het op punt stellen van een geheel nieuwe werkwijze" (overweging 150 van het bestreden besluit). Bovendien wist Lundbeck dat het octrooi inzake kristallisatie „niet het sterkste octrooi" was indien eventuele reconventionele vorderingen zouden worden ingesteld en dat het door sommige van haar rivalen werd beschouwd als „scheikunde op het niveau van de middelbare school" (overweging 149 van het bestreden besluit).

127 Tot slot moet worden opgemerkt dat de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck in casu reeds waren verstreken op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten en dat het octrooi inzake kristallisatie op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk en de Arrow-UK-overeenkomst nog niet definitief was verleend in het Verenigd Koninkrijk, zulks in de zin van artikel 25 van de UK Patents Act 1977 (octrooiwet van het Verenigd Koninkrijk van 1977). Bijgevolg was de toekenning van voorlopige maatregelen ten gunste van Lundbeck in het Verenigd Koninkrijk tegen Merck (GUK) en Arrow zo niet onmogelijk dan toch weinig waarschijnlijk ingeval deze ondernemingen tot de markt in het Verenigd Koninkrijk zouden zijn toegetreden vóór de datum waarop dit octrooi is verleend. Het is dus weinig waarschijnlijk dat Lundbeck rechterlijke bevelen had kunnen verkrijgen tegenover alle generieke ondernemingen, ook al zou zij stelselmatig gerechtelijke stappen tegen hen hebben ondernomen. Ook het octrooi inzake jodium was op 26 maart 2003 nog niet verleend.

128 Bijgevolg moet worden vastgesteld, zoals de Commissie heeft gedaan in overweging 635 van het bestreden besluit, dat er op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten voor de generieke ondernemingen in het algemeen meerdere concrete en reële mogelijkheden waren om tot de markt toe te treden (punt 97 hierboven). Daartoe behoort het „met risico" lanceren van een generiek product, met de kans dat tegen Lundbeck moest worden aangetreden in het kader van eventuele gedingen.

129 Een dergelijke mogelijkheid is wel degelijk een uiting van potentiële mededinging, in een situatie waarin, zoals in casu, de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck, die betrekking hadden op zowel het WFB citalopram als de productiewerkwijzen alkylering en cyanering, afgelopen waren en waarin er ook andere werkwijzen waren waarmee generiek citalopram kon worden geproduceerd en waarvan niet was bewezen dat die inbreuk maakten op andere octrooien van Lundbeck, hetgeen verzoeksters ook hebben

toegegeven in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. De stappen die de generieke ondernemingen hebben ondernomen en de investeringen die zij hebben gedaan met het oog op een toetreding tot de markt van citalopram vóór de sluiting van de litigieuze overeenkomsten, zoals door de Commissie uiteengezet voor elk van de generieke ondernemingen in het bestreden besluit [zie overwegingen 738-743 en 827-832 voor Merck (GUK), overwegingen 877-883 en 965-969 voor Arrow, overwegingen 1016-1018 voor Alpharma en overwegingen 1090-1102 voor Ranbaxy], waarvan het bestaan door verzoeksters niet wordt betwist, tonen aan dat zij klaar waren om tot de markt toe treden en bereid waren de risico's te lopen die met een dergelijke toetreding samenhingen.

130 Tot slot moet ook verzoeksters' argument worden verworpen dat een toetreding met risico door de generieke ondernemingen onrechtmatig zou zijn geweest, zodat die niet kan worden beschouwd als geoorloofde reële of potentiële mededinging.

131 In de rechtspraak is immers enkel vereist dat wordt aangetoond dat de generieke ondernemingen over reële en concrete mogelijkheden beschikten om tot de markt toe treden en daartoe ook de capaciteit hadden, hetgeen zeer zeker het geval is wanneer zij omvangrijke investeringen doen om tot de markt toe te treden en zij reeds de VHB's hadden verkregen of de nodige stappen hadden ondernomen om een dergelijke VHB binnen een redelijke termijn te verkrijgen. In dat verband moet eraan worden herinnerd dat sommige van hen er zelfs in zijn geslaagd om vóór of na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten op eigen risico tot de markt toe te treden. Zo heeft NM Pharma, de distributeur van Merck (GUK) in Zweden, vóór de sluiting van de overeenkomst betreffende de EER gedurende vijf maanden „zeer bemoedigende" verkopen gerealiseerd op de Zweedse markt, zonder door Lundbeck te zijn lastiggevallen (overweging 837 van het bestreden besluit). Ook heeft Merck (GUK) in augustus 2003 tabletten generiek citalopram kunnen verkopen voor een waarde van 3,3 miljoen GBP in het Verenigd Koninkrijk, vóór een tweede, meer lucratieve verlenging van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk. Indien verzoeksters' stelling zou worden aanvaard, zou dit erop neerkomen dat zou worden aanvaard dat een dergelijk effectieve toetreding tot de markt geen uiting van potentiële mededinging zou zijn, eenvoudigweg omdat zij ervan overtuigd waren dat die onrechtmatig was en zich daartegen hadden kunnen trachten te verzetten door zich in het kader van vorderingen wegens inbreuk op hun octrooien te beroepen. Om de redenen die hierboven in de punten 120 tot en met 122 zijn uiteengezet, kan een dergelijk betoog niet anders dan worden verworpen.

132 Derhalve menen verzoeksters ten onrechte dat de Commissie in strijd met het vermoeden van geldigheid van hun octrooien en de daarmee samenhangende eigendomsrechten heeft gehandeld door de toetreding „met risico" van de generieke ondernemingen tot de markt te kwalificeren als een uiting van potentiële mededinging tussen Lundbeck en laatstgenoemden.

133 Het eerste onderdeel moet dus worden afgewezen.

D – *Tweede onderdeel: de Commissie heeft zich op subjectieve beoordelingen gebaseerd voor de conclusie dat de generieke ondernemingen reële of potentiële concurrenten van Lundbeck waren*

134 Verzoeksters menen dat in het bestreden besluit sprake is van een dwaling, omdat dit gebaseerd is op een subjectieve beoordeling van de partijen bij de litigieuze overeenkomsten van de geldigheid van een octrooi en het al dan niet inbreukmakende karakter van een product om te bepalen of deze partijen potentiële concurrenten van elkaar waren.

135 In de eerste plaats zijn zij van opvatting dat in het bestreden besluit niet genoegzaam is bewezen dat de subjectieve beoordeling van de generieke ondernemingen was dat zij meenden dat er een reële kans was dat een rechter de octrooien van Lundbeck nietig zou achten of zou oordelen dat daar geen inbreuk op was gemaakt. Volgens artikel 2 van verordening nr. 1/2003 staat het echter aan de Commissie om te bewijzen dat een toetreding zonder inbreuk te maken mogelijk was in de periodes die door de litigieuze overeenkomsten werden gedekt. Een dergelijke beoordeling is bovendien

gebaseerd op ontoereikende inlichtingen, die niet gelijk zijn gebleven, zodat zij niet kunnen worden gebruikt voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging tussen de partijen bij de litigieuze overeenkomsten.

136 In de tweede plaats is het bestreden besluit onjuist en is daarin geen rekening gehouden met objectieve gegevens die bevestigen dat de generieke ondernemingen moeilijkheden ondervonden om tot de markt toe te treden, zoals de wetenschappelijke gegevens die Lundbeck heeft verstrekt om een inbreuk te bewijzen, de bevestiging door zowel de kamer van beroep van het EOB als het Nederlandse octrooibureau dat het octrooi inzake kristallisatie in alle relevante opzichten geldig was of het feit dat aan Lundbeck voorlopige rechterlijke bevelen of andere vormen van voorlopige maatregelen zijn toegekend in meer dan 50 % van de procedures die zijn in de loop van 2002 en 2003 had opgestart. In het bestreden besluit is dus niet genoegzaam aangetoond dat de generieke ondernemingen de capaciteit hadden om tot de markt toe te treden en is dus niet de kwestie beslecht of de octrooien van Lundbeck geldig waren en of daar inbreuk op was gemaakt op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten, hetgeen een objectieve kwestie is.

137 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

138 Om te beginnen moet de benadering van de Commissie zoals die uit het bestreden besluit als geheel blijkt, worden bevestigd. Deze houdt in dat hoofdzakelijk rekening is gehouden met bewijs dat dateert van ten tijde van of van vóór de sluiting van de litigieuze overeenkomsten (zie naar analogie arrest van 11 juli 2014, Esso e.a./Commissie, T-540/08, Jurispr., EU:T:2014:630, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

139 De Commissie kan het verleden immers niet reconstrueren door zich een voorstelling te maken van de gebeurtenissen die zich wel of juist niet hebben voorgedaan wegens deze overeenkomsten. Ook hebben de partijen bij die overeenkomsten er nu alle belang bij om argumenten te doen gelden om aan te tonen dat zij geen realistisch uitzicht op markttoetreding hadden of dat zij dachten dat hun producten inbreuk maakten op het ene of het andere octrooi van Lundbeck. Niettemin is het uitsluitend op basis van de inlichtingen waarover zij destijds beschikten en de marktperceptie die zij toen hadden, dat zij hebben besloten om zich op een bepaalde manier te gedragen en de litigieuze overeenkomsten te sluiten.

140 Een dergelijke benadering strookt bovendien met de lering die kan worden getrokken uit het Windsurfingarrest, punt 119 supra (EU:C:1986:75, punt 26), waarin het Hof heeft geoordeeld dat het niet aan de Commissie was de omvang van een octrooi te bepalen, maar dat zij niet lijdelijk mag toezien wanneer de omvang van een octrooi van belang is na te gaan of er een inbreuk op de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU is gepleegd.

141 Bijgevolg heeft de Commissie geen fout begaan toen zij zich heeft gebaseerd op objectieve stukken waaruit bleek welke perceptie de partijen bij de litigieuze overeenkomsten van de kracht van de werkwijzeoctrooien van Lundbeck hadden op het moment van sluiting daarvan (zie met name overweging 669 van het bestreden besluit) om te bepalen hoe de stand van de concurrentie tussen die partijen was. Daarbij wordt aangetekend dat met later bewijs ook rekening kan worden gehouden, mits dit beter kan aantonen wat hun positie destijds was, hun stellingen in dat verband kan bevestigen of ontkrachten en beter kan worden begrepen hoe de betrokken markt functioneerde. Dat bewijs kan in elk geval niet doorslaggevend zijn voor het onderzoek of er potentiële mededinging tussen de partijen bij de litigieuze overeenkomsten was.

142 Daarnaast beweren verzoeksters ten onrechte dat de Commissie zich „vrijwel uitsluitend” op dergelijke subjectieve beoordelingen heeft gebaseerd om in het bestreden besluit aan te tonen dat er potentiële mededinging tussen hen en de generieke ondernemingen was. De Commissie heeft immers nauwgezet voor elk van de betrokken generieke ondernemingen onderzocht welke reële en concrete mogelijkheden zij hadden om tot de markt toe te treden, waarbij zij zich heeft gebaseerd op objectieve

gegevens, zoals met name de reeds gedane investeringen, de stappen die waren ondernomen om een VHB te verkrijgen en de bevoorradingscontracten die met hun leveranciers van het WFB waren gesloten. Deze verschillende gegevens zijn overigens expliciet voor elk van de generieke ondernemingen door verzoeksters betwist. Deze betwistingen zullen hierna in het zesde tot en met negende onderdeel worden onderzocht.

143 Verzoeksters geven ook tevergeefs te kennen dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met het door hen overgelegde bewijs, dat aantoont dat de generieke ondernemingen inbreuk op hun octrooien hebben gemaakt of dat het octrooi inzake kristallisatie geldig was, zoals in 2009 op alle relevante onderdelen zou zijn bevestigd door onder meer het EOB.

144 Hoewel andere verklaringen die van ten tijde van de sluiting van de litigieuze overeenkomsten dateren, de indruk zouden kunnen wekken dat de generieke ondernemingen erover twijfelden of hun producten niet-inbreukmakend waren of dat Lundbeck ervan overtuigd was dat haar octrooien geldig waren, volstaan die echter niet om af te doen aan de conclusie dat de generieke ondernemingen als een potentiële bedreiging voor Lundbeck werden gezien en reeds door hun loutere bestaan concurrentiedruk op haar en de op dezelfde markt actieve ondernemingen konden uitoefenen (zie in die zin arrest Visa Europe en Visa International Service/Commissie, punt 99 supra, EU:T:2011:181, punt 169). Het meest overtuigende bewijs is in dat verband het feit dat Lundbeck overeenkomsten met de generieke ondernemingen heeft gesloten om hun toetreding tot de markt te vertragen (zie in die zin arrest Toshiba/Commissie, punt 103 supra, EU:T:2014:263, punt 231).

145 Voorts kan het door verzoeksters aangevoerde bewijs, dat dateert van na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten, niet bepalend zijn voor de beoordeling of sprake was van potentiële mededinging op het moment van sluiting van die overeenkomsten. Zelfs gesteld dat het EOB in 2009 zou hebben bevestigd dat het octrooi inzake kristallisatie in alle opzichten geldig was (zie overweging 166 van het bestreden besluit), neemt dit immers niet weg dat zowel de generieke ondernemingen als Lundbeck zelf op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten twijfelden over de geldigheid van dit octrooi en dat het niet uitgesloten was dat een nationale rechter het ongeldig zou kunnen verklaren, zoals aanvankelijk overigens ook is gebeurd voor het EOB (overwegingen 151 en 166 van het bestreden besluit).

146 Zoals de Commissie voorts terecht aanvoert, had Lundbeck op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten geen enkele voorlopige maatregel verkregen, of dit nu tegen generieke ondernemingen als Merck (GUK) was, die gebruik maakte van het citalopram van Natco, tegen generieke ondernemingen als Arrow en Alpharma, die gebruik maakten van het citalopram van Cipla of generiek citalopram dat was ontwikkeld op basis van het WFB citalopram dat door de Indiase vennootschap Matrix werd geproduceerd (hierna: „citalopram van Matrix” of „WFB van Matrix”), of tegen generieke ondernemingen die gebruik maakten van generiek citalopram dat was ontwikkeld op basis van het WFB citalopram dat door Ranbaxy werd geproduceerd (hierna: „citalopram van Ranbaxy” of „WFB van Ranbaxy”), en had geen rechterlijke instantie binnen de EER vastgesteld dat sprake was van een inbreuk op de octrooien inzake kristallisatie, inzake amide of inzake jodium.

147 Verzoeksters geven dus ten onrechte te kennen dat de Commissie zich hoofdzakelijk op subjectieve beoordelingen heeft gebaseerd voor de vaststelling dat Lundbeck en de generieke ondernemingen potentiële concurrenten van elkaar waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten.

148 Het tweede onderdeel moet derhalve ook worden afgewezen.

E – *Derde onderdeel: de bestrijding van een geldig octrooi is geen reële en concrete mogelijkheid om tot de markt toe te treden*

149 Verzoeksters geven te kennen dat de Commissie het recht heeft geschonden met haar oordeel dat de bestrijding van een geldig octrooi een reële en concrete mogelijkheid is om tot de markt toe te treden. Meer bepaald betwisten zij dat het verzoek om een verklaring van niet-inbreuk, het inroepen van de nietigheid van een octrooi of de oppositie tegen een octrooi voor de bevoegde nationale octrooibureaus of voor het EOB geschikte wegen kunnen zijn waarlangs de generieke ondernemingen ondanks de werkwijzeoctrooien van Lundbeck op de markt kunnen komen.

150 In de eerste plaats menen zij dat er in het bestreden besluit een verwarring is tussen markttoetreding en het doen van investeringen om een dergelijke toetreding mogelijk te maken en dat daarin de grenzen waarbinnen sprake is van potentiële mededinging veel te ver worden opgerekt. Volgens de rechtspraak moet worden aangetoond dat er reële en concrete mogelijkheden zijn om tot de markt toe te treden en dat deze toetreding snel genoeg kan plaatsvinden zodat de dreiging van een potentiële toetreding invloed uitoefent op het gedrag van de marktdeelnemers. De vaststelling dat er reële en concrete mogelijkheden zijn om investeringen te doen die het, wanneer zij succesvol zijn, mogelijk maken om tot de markt toe te treden, voldoen niet aan dit criterium.

151 In de tweede plaats staat het vermoeden van geldigheid van octrooien in de weg aan het oordeel dat de mogelijkheid om de geldigheid van dit octrooi te bestrijden een reële en concrete mogelijkheid is om tot de markt toe te treden. De door de Commissie in dit verband gevolgde benadering is in strijd met het arrest European Night Services e.a./Commissie, punt 99 supra (EU:T:1998:198, punt 139).

152 Zelfs gesteld dat de bestrijding van de geldigheid van octrooien voor de generieke ondernemingen een reële en concrete mogelijkheid was om tot de markt toe te treden, dan had deze bestrijding in de derde plaats niet voor een voldoende snelle markttoetreding kunnen zorgen. Zoals de Commissie immers heeft opgemerkt in haar onderzoek naar de farmaceutische sector, neemt de bestrijding van een octrooi gemiddeld drie jaar in beslag, hetgeen de generieke ondernemingen niet zou hebben toegestaan om voldoende snel toe te treden. Het bestreden besluit is vaag over dit onderwerp, en dat terwijl de generieke ondernemingen geen enkele weerslag op de mededinging hadden kunnen hebben indien zij tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet op geoorloofde wijze tot de markt hadden kunnen toetreden.

153 In de vierde plaats menen verzoeksters dat, zelfs wanneer de stelling van de Commissie zou worden aanvaard, in het bestreden besluit op zijn minst had moeten worden aangetoond dat de generieke ondernemingen zonder de litigieuze overeenkomsten in rechte zouden zijn opgetreden en waarschijnlijk gelijk zouden hebben gekregen voor de nationale rechter, althans dat zij kansen zouden hebben gehad om in het gelijk te worden gesteld indien zij de octrooien hadden bestreden.

154 Tot slot geven verzoeksters te kennen dat de stelling van de Commissie berust op een ongerechtvaardigd vooroordeel tegen octrooien voor werkwijzen ten opzichte van octrooien voor moleculen.

155 De interveniënte geeft eveneens te kennen dat de Commissie in het bestreden besluit heeft gedwaald met haar oordeel dat Lundbeck en de generieke ondernemingen potentiële concurrenten van elkaar waren. Bij een dergelijke conclusie wordt onvoldoende rekening gehouden met het vermoeden van geldigheid van de octrooien van Lundbeck en met het feit dat de voorlopige maatregelen voor de generieke ondernemingen een onoverkomelijke hindernis zouden hebben betekend indien zij hadden getracht tot de markt toe te treden. Zij verzet zich bovendien tegen de stelling dat de bestrijding van de geldigheid van octrooien een vast bestanddeel van het concurrentieproces is.

156 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

157 Vastgesteld moet worden dat de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, in het bestreden besluit niet heeft geoordeeld dat de loutere mogelijkheid om de geldigheid van een octrooi voor de rechter of de bevoegde instanties te bestrijden, volstond voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging. Om te bewijzen dat er potentiële mededinging tussen de generieke ondernemingen en Lundbeck was, heeft de Commissie in de onderhavige zaak immers meerdere factoren in aanmerking genomen, zoals de omvangrijke investeringen en inspanningen die reeds door de generieke ondernemingen waren gedaan ter voorbereiding van hun markttoetreding, het feit dat zij reeds VHB's hadden verkregen of de noodzakelijke stappen hadden gezet om die binnen een redelijke termijn te verkrijgen, dat verzoeksters hadden erkend dat er een aantal beschikbare werkwijzen waren om citalopram te produceren zonder inbreuk te maken op hun octrooien, dat op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten geen enkele rechterlijke instantie had vastgesteld dat de generieke producten inbreuk maakten en dat er een niet te verwaarlozen risico was dat bepaalde werkwijzeoctrooien van Lundbeck ongeldig zouden kunnen worden verklaard. Daarnaast was een generieke onderneming, te weten Merck (GUK), er zelfs in geslaagd om vóór en tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten tot de markt toe te treden. Tot slot bewijst ook het feit dat verzoeksters hadden beslist om grote sommen geld aan de generieke ondernemingen te betalen om hen van de markt te houden dat laatstgenoemde potentiële concurrenten waren, aangezien zij werden gezien als een bedreiging waarvan concurrentiedruk op hun marktpositie uitging (punten 103 en 144 hierboven).

158 Geen van de door verzoeksters aangevoerde argumenten kan aan die conclusie afdoen.

159 Wat namelijk ten eerste de door de generieke ondernemingen gedane investeringen ter voorbereiding van hun markttoetreding betreft, volstaat het vast te stellen dat de Commissie op geen enkel moment heeft geoordeeld dat dergelijke investeringen op zich volstaan voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging tussen hen en verzoeksters. De Commissie heeft zich hiervoor juist voor elk van de generieke ondernemingen op een geheel van relevante factoren gebaseerd (zie punt 157 hierboven). Zoals de Commissie voorts terecht te kennen geeft, is voor het bestaan van potentiële mededinging niet vereist dat wordt aangetoond dat de generieke ondernemingen met zekerheid tot de markt zouden zijn toegetreden en dat een dergelijke toetreding onvermijdelijk met succes zou zijn bekroond, maar alleen dat zij reële en concrete mogelijkheden daartoe hadden. Indien het tegendeel zou worden beweerd, zou dat erop neerkomen dat niet wordt erkend dat er een verschil tussen daadwerkelijke en potentiële mededinging is.

160 Het is juist dat in de rechtspraak is gepreciseerd dat de zuiver theoretische mogelijkheid van een markttoetreding niet volstaat voor het bewijs van potentiële mededinging en dat de Commissie aan de hand van de feiten of een analyse van de structuur van de relevante markt moet aantonen dat de markttoetreding voldoende snel had kunnen plaatsvinden, zodat de dreiging van een potentiële toetreding invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van de marktdeelnemers omdat dit gepaard zou zijn gegaan met kosten die economisch gezien te dragen zouden zijn geweest (punt 104 hierboven).

161 Niet is gebleken dat de Commissie in casu aan die rechtspraak voorbij is gegaan, aangezien de door de Commissie verrichte analyse van de farmaceutische sector in het bestreden besluit en ook de specifieke situatie van elk van de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten (punt 129 hierboven) genoegzaam aantonen dat hun toetreding tot de markt van citalopram niet een zuiver theoretische mogelijkheid was, maar dat zij over reële en concrete mogelijkheden beschikten om dat te doen, zoals ook blijkt uit het onderzoek van het zesde tot en met negende onderdeel hieronder. Het zou overigens verrassend zijn geweest indien een zo ervaren onderneming als Lundbeck zou hebben aanvaard om meerdere miljoenen EUR naar de generieke ondernemingen over te maken in ruil voor hun verbintenis om gedurende een bepaalde tijd niet tot de markt toe te treden, indien de mogelijkheid dat zij tot de markt zouden toetreden, zuiver theoretisch was.

162 Ten tweede verzet het door verzoeksters aangevoerde arrest European Night Services e.a./Commissie, punt 99 supra (EU:T:1998:198, punt 139), zich niet tegen de door de Commissie in casu gevolgde benadering. In dat arrest heeft het Gerecht weliswaar het bestaan vermeld van uitsluitende rechten die er in de meerderheid van de lidstaten in rechte of in feite aan in de weg stonden dat internationale diensten op het gebied van passagiersvervoer konden worden verricht of dat toegang tot de infrastructuur kon worden verkregen vóór de vaststelling van richtlijn 91/440/EEG van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap (PB L 237, blz. 25), maar dat laat zich niet overdragen op de onderhavige zaak. De werkwijzeoctrooien van Lundbeck zijn immers in geen geval vergelijkbaar met de uitsluitende rechten die de spoorwegondernemingen vóór de vaststelling van die richtlijn genoten en de betrokken markten zijn beduidend anders. Zoals de Commissie voorts terecht heeft opgemerkt, had het Gerecht de Commissie in de zaak die aanleiding had gegeven tot dat arrest verweten dat zij geen gedetailleerde marktanalyse had verricht om het bestaan van potentiële mededinging te bewijzen en dat zij zich op veronderstellingen had gebaseerd die niet waren onderbouwd met feiten of met een analyse van de structuur van de relevante markt. In de onderhavige zaak kunnen verzoeksters juist niet met recht stellen dat alle hierboven in punt 157 samengevatte relevante omstandigheden die in het bestreden besluit zijn uitgewerkt voor elk van de generieke ondernemingen, vallen onder zuiver theoretische speculaties die niet zijn onderbouwd met een gedetailleerde analyse van de kenmerken van de relevante markt.

163 Ten derde moet eraan worden herinnerd dat in de rechtspraak voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging enkel is vereist dat de markttoetreding binnen redelijke termijn zal plaatsvinden, zonder daarvoor een nauwkeurige grens te trekken. Bijgevolg hoeft de Commissie niet aan te tonen dat de toetreding van de generieke ondernemingen tot de markt met zekerheid zou hebben plaatsgevonden vóór de afloop van de litigieuze overeenkomsten om te bewijzen dat in casu sprake is van potentiële mededinging, temeer daar de potentiële mededinging in met name de farmaceutische sector reeds kan spelen voordat een octrooi is verstreken, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld (zie in die zin arrest van 6 december 2012, AstraZeneca/Commissie, C-457/10 P, Jurispr., EU:C:2012:770, punt 108).

164 In dat verband verdient vermelding dat de opmerking van het Hof over het feit dat de potentiële mededinging reeds kon spelen voordat een octrooi was verstreken, losstond van het feit dat de ABC's waar het in die zaak om ging, op frauduleuze of onregelmatige wijze waren verkregen. De zaak die heeft geleid tot het arrest AstraZeneca/Commissie, punt 163 supra (EU:C:2012:770, punt 108), betrof namelijk misbruik van een machtspositie door een onderneming die misleidende verklaringen had overgelegd om zich door de bevoegde nationale autoriteiten ABC's te laten toekennen, op basis waarvan zij zich na het toekomstige verstrijken van de octrooien ter bescherming van haar geneesmiddel kon verzetten tegen het op de markt komen van generieke versies van dat geneesmiddel. In die context heeft het Hof in essentie geoordeeld dat aan de mededingingsverstorende aard van genoemde verklaringen niet werd afgedaan door het feit dat die ABC's vijf tot zes jaar vóór hun inwerkingtreding waren aangevraagd en dat de rechten van de verzoekende partijen tot dat moment beschermd werden door reguliere octrooien. Volgens het Hof leidden dergelijke irreguliere ABC's immers niet alleen na het verstrijken van de basisoctrooien tot de uitsluiting van veel concurrenten, zij konden ook de structuur van de markt wijzigen door nog vóór het verstrijken van deze octrooien de potentiële mededinging aan te tasten. Deze rechtspraak bevestigt dus dat reeds potentiële mededinging bestaat vóór het verstrijken van de octrooien ter bescherming van een geneesmiddel en dat de stappen die vóór dat verstrijken worden gezet, relevant zijn voor de beoordeling of die mededinging is beperkt.

165 Ten vierde stellen verzoeksters ten onrechte dat de Commissie had moeten aantonen dat de generieke ondernemingen gerechtelijke stappen zouden hebben ondernomen en dat zij in het gelijk zouden zijn gesteld voor de bevoegde nationale rechterlijke instanties. Uit de overwegingen 624 en volgende van het bestreden besluit blijkt namelijk dat de generieke ondernemingen niet hoefden aan te tonen dat hun generieke producten geen inbreuk op enig octrooi maakten om een VHB te kunnen verkrijgen en die producten in de handel te brengen, hetgeen verzoeksters overigens ook niet betwisten. Zo heeft

Merck (GUK) in mei 2002 tot de markt kunnen toetreden via haar distributeur NM Pharma in Zweden, zonder een verklaring van niet-inbreuk te hoeven verkrijgen en zonder voorwerp van gerechtelijke stappen van Lundbeck te zijn geweest. Het was aan het initiërende farmaceutische bedrijf, wat in casu Lundbeck wil zeggen, om aan te tonen dat die producten inbreuk maakten op een van haar octrooien, hetgeen volgens haar eigen schattingen bijzonder moeilijk te bewijzen was voor zover het de werkwijzeoctrooien betrof (zie overweging 629 van het bestreden besluit). Zoals de Commissie voorts te kennen geeft, staat niet vast dat Lundbeck noodzakelijkerwijs gerechtelijke stappen tegen de generieke ondernemingen zou hebben ondernomen indien zij tot de markt zouden zijn toegetreden (zie punt 126 hierboven). Het staat nog minder vast dat Lundbeck in het gelijk zou zijn gesteld indien zij dergelijke stappen zou hebben ondernomen (zie punt 122 hierboven en overwegingen 75 en 76 van het bestreden besluit).

166 Tot slot moet eraan worden herinnerd dat de Commissie niet voorbij is gegaan aan het vermoeden van geldigheid dat voor de werkwijzeoctrooien van Lundbeck gold (punten 121-132 hierboven). Verzoeksters kunnen dus niet beweren dat het bestreden besluit is gebaseerd op een negatief vooroordeel ten aanzien van dergelijke octrooien. De Commissie heeft namelijk rekening gehouden met het bestaan van deze octrooien. Zij heeft zich echter, zonder in dat verband een beoordelingsfout te begaan, op het standpunt gesteld dat die het op het moment waarop de litigieuze overeenkomsten werden gesloten, niet mogelijk maakten om elke toetreding van generieke ondernemingen tot de markt tegen de houden.

167 Het derde onderdeel moet dus worden afgewezen.

F – *Vierde onderdeel: het ontbreken aan een VHB staat aan het bestaan van daadwerkelijke of potentiële concurrentie in de weg*

168 Verzoeksters menen dat de Commissie ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat sprake was potentiële mededinging, ondanks dat bepaalde generieke ondernemingen geen VHB hadden. Daaraan heeft zij louter ten grondslag gelegd dat zij moeite hadden gedaan om die te verkrijgen alvorens de litigieuze overeenkomsten te sluiten (overweging 620 van het bestreden besluit). Deze conclusie is in tegenspraak met sommige passages in het bestreden besluit (in overweging 85 met name) en met de conclusie van het onderzoek naar de farmaceutische sector en de individuele opmerkingen van de betrokken partijen over de tijd die nodig is om een VHB te verkrijgen, die minimum 14 maanden bedraagt en die in sommige landen van de EER tot 25 maanden kan duren. Het zou volgens hen beter zijn geweest indien in het bestreden besluit in concreto voor elk van de generieke ondernemingen zou zijn nagegaan of zij over reële en concrete mogelijkheden beschikten om tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten een VHB te verkrijgen, en dat in elk van de betrokken landen, aangezien elk land een afzonderlijke geografische markt vormde en bepaalde overeenkomsten individuele landen dekten. In elk geval kan met de VHB's niet onmiddellijk tot de markt worden toegetreden, omdat daarvoor nog aanvullende voorbereidingen moeten worden getroffen.

169 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

170 In dat verband moet er om te beginnen op worden gewezen dat de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, voor elk van de generieke ondernemingen is nagegaan of zij op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten over een VHB beschikten of dat zij in de voldoende nabije toekomst over een VHB zouden beschikken.

171 Voorts moet worden opgemerkt dat de potentiële mededinging onder meer de activiteiten van de generieke ondernemingen ter verkrijging van de noodzakelijke VHB's omvat, alsook alle administratieve en commerciële stappen die ter voorbereiding van de markttoetreding onmisbaar zijn (zie punten 91-94 hierboven). Deze potentiële mededinging wordt door artikel 101 VWEU beschermd. Indien het namelijk mogelijk zou zijn om zonder schending van het mededingingsrecht de

ondernemingen die de noodzakelijke stappen aan het ondernemen zijn om de lancering van een generiek geneesmiddel voor te bereiden, waaronder de verkrijging van een VHB, en die daarvoor omvangrijke investeringen hebben gedaan, te betalen om dit proces stop te zetten of gewoonweg te vertragen, zou nooit effectieve mededinging kunnen plaatsvinden of slechts met grote vertraging, en dit ten koste van de consument, wat in casu de patiënten en de nationale ziektekostenverzekeringen wil zeggen.

172 Zo heeft de Commissie wat Merck (GUK) betreft geconstateerd dat zij op 9 januari 2002 in het Verenigd Koninkrijk een VHB had verkregen en dat haar distributeur NM Pharma eveneens sinds mei 2002 over een VHB beschikte in Zweden. Merck (GUK) en NM Pharma waren voornemens om gebruik te maken van de procedure van wederzijdse erkenning, die 90 dagen duurt, als voorzien in artikel 18 van richtlijn 2001/83 om VHB's in andere landen van de EER te verkrijgen (overweging 326 van het bestreden besluit).

173 Wat de positie van Arrow in het Verenigd Koninkrijk betreft, heeft de Commissie er in de overwegingen 878 tot en met 881 van het bestreden besluit op gewezen dat deze onderneming een overeenkomst had gesloten met Tiefenbacher, om gebruik te kunnen maken van de VHB die laatstgenoemde in het Verenigd Koninkrijk had aangevraagd op basis van de VHB waarover zij reeds beschikte in Nederland. De Commissie heeft ook gepreciseerd dat de verwachting in de fase onmiddellijk voorafgaand aan de ondertekening van de Arrow-UK-overeenkomst was dat de autoriteiten van Verenigd Koninkrijk deze VHB zeer snel zouden afgeven en dat de opgelopen vertraging te wijten was aan het feit dat verzoeksters tegen de Nederlandse VHB waren opgekomen.

174 Wat de positie van Arrow in Denemarken betreft, heeft de Commissie in de overwegingen 967 en 968 van het bestreden besluit duidelijk gemaakt dat in de considerans van de Deense Arrowovereenkomst was vermeld dat deze onderneming op het punt stond om een „licentie" van een derde te verkrijgen en dat een afschrift van de VHB van deze derde bij de overeenkomst was gevoegd. Zoals de Commissie terecht opmerkt, betekent het feit dat Arrow deze VHB uiteindelijk niet heeft gekocht, nog niet dat zij op het moment van sluiting van die overeenkomst niet over een reële en concrete mogelijkheid beschikte om tot de markt toe te treden.

175 Wat Alpharma betreft, volgt uit met name de overwegingen 476, 485, 520 en 530 van het bestreden besluit dat deze onderneming gebruik kon maken van de VHB's die aan Tiefenbacher waren toegekend, zulks op grond van de tussen hen gesloten bevoorradingsovereenkomst, voor op zijn minst Nederland en Duitsland, en voor de overige lidstaten van de EER zelf een VHB kon aanvragen of Tiefenbacher kon verzoeken om de procedure van wederzijdse erkenning tot die landen uit te breiden.

176 Daarnaast verwachtte Alpharma in oktober 2001 VHB's te verkrijgen en op diverse data in 2002 generiek citalopram te lanceren in Oostenrijk, Denemarken, Finland, Duitsland, Nederland, Noorwegen, Zweden en het Verenigd Koninkrijk. Ook waren op het moment dat de overeenkomst met Alpharma is ondertekend, vier VHB's verleend (in Denemarken, Finland, Nederland en Zweden), terwijl de VHB voor het Verenigd Koninkrijk elk moment werd verwacht (zie punt 281 hierna). Bovendien heeft Alpharma tijdens de looptijd van deze overeenkomst VHB's verkregen voor vier landen van de EER (Noorwegen, Duitsland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk).

177 Wat Ranbaxy betreft, heeft de Commissie er in overweging 1094 van het bestreden besluit in essentie op gewezen dat deze onderneming het geneesmiddelenbasisdossier (ook wel Drug Master File; hierna: „DMF") betreffende haar WFB van citalopram in juni 2002 bij de bevoegde instantie van het Verenigd Koninkrijk had ingediend. Dat is weliswaar niet onmisbaar voor het verkrijgen van een VHB, maar een generieke onderneming die reeds over een VHB beschikt voor generieke tabletten citalopram die op basis van een ander WFB dan dat van Ranbaxy zijn geproduceerd, kan daarmee zorgen voor een soepeler verloop van de procedure voor een wijziging van haar VHB zodat die ook het citalopram van Ranbaxy zou omvatten. Op basis van de indiening van een DMF bij de bevoegde instanties kan de

fabrikant van een WFB weigeren om vertrouwelijke inlichtingen te verstrekken aan de generieke ondernemingen die zijn WFB kopen en een VHB willen aanvragen voor de geneesmiddelen die zij op basis van dit WFB produceren.

178 Bovendien heeft de Commissie zich in overweging 1095 van het bestreden besluit gebaseerd op het feit dat Ranbaxy Lundbeck er tijdens een bijeenkomst in april 2002 van in kennis had gesteld dat zij een VHB zou kunnen verkrijgen binnen 8 maanden en dat zij in gesprek was met een potentiële koper voor haar citalopram, zijnde een koper die daarmee binnen 3 tot 4 maanden tot de markt kon toetreden, na de wijziging van de VHB waarover hij reeds beschikte. Verzoeksters' stelling dat deze verklaringen slechts „bluf" waren, zal hierna gedetailleerder worden onderzocht in het kader van het negende onderdeel van dit middel.

179 Dit toont aan dat de betrokken generieke ondernemingen hetzij reeds een VHB hadden verkregen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten, hetzij de noodzakelijke stappen aan het zetten waren om er binnen korte of middellange termijn een te verkrijgen, of althans het daarheen konden leiden dat hun producten gedekt konden worden door andere VHB's. Hoewel de verkrijging van een VHB in sommige gevallen uiteindelijk langer heeft geduurd dan voorzien, neemt dit niet weg dat de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten over reële en concrete mogelijkheden beschikten om die VHB's binnen voldoende korte termijn te verkrijgen en in meerdere landen van de EER tot de markt van citalopram te kunnen toetreden, door gebruik te maken van de procedure van wederzijdse erkenning in artikel 18 van richtlijn 2001/83, waarmee zij concurrentiedruk uitoefenden op Lundbeck. Daarnaast moet eraan worden herinnerd dat de generieke ondernemingen in casu begonnen waren om hun voorbereidingen te treffen om de markt van citalopram binnen 1 tot 3 jaar na het verstrijken van de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck te betreden (zie overwegingen 219, 373, 476 en 549 van het bestreden besluit) en in een sterke onderlinge strijd verwikkeld waren om na het verstrijken van die octrooien als eerste tot de markt toe te treden (zie overweging 622 van het bestreden besluit).

180 De Commissie heeft dus zonder fouten te begaan in overweging 620 van het bestreden besluit vastgesteld dat het ontbreken van een VHB er niet aan in de weg stond dat de generieke geneesmiddelen in de nabije toekomst op de markt hadden kunnen worden gebracht zolang de generieke ondernemingen de stappen bleven ondernemen om de daarvoor noodzakelijke vergunningen te verkrijgen vóór de sluiting van de litigieuze overeenkomsten met Lundbeck.

181 Overigens moet eraan worden herinnerd dat de Commissie zich voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging tussen de generieke ondernemingen en Lundbeck, in het bestreden besluit niet uitsluitend heeft gebaseerd op de mogelijkheid voor de generieke ondernemingen om een VHB te verkrijgen – al is dat in dat verband uiteraard een belangrijk gegeven –, maar op een geheel van factoren, waarbij zij rekening heeft gehouden met de specifieke situatie van elk van de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten en met de specifieke kenmerken van de farmaceutische sector (zie punten 91-96 en 157 hierboven). Bovendien moet eraan worden herinnerd dat alleen al het feit dat Lundbeck had besloten om die overeenkomsten met de generieke ondernemingen te sluiten, er een belangrijke aanwijzing van is dat zij deze ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten als een potentiële bedreiging beschouwde (zie in die zin arrest Toshiba/Commissie, punt 103 supra, EU:T:2014:263, punt 231).

182 Het vierde onderdeel moet dus ook worden afgewezen.

G – Vijfde onderdeel: de generieke ondernemingen hadden tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet kunnen overstappen op andere werkwijzen of andere producenten van het WFB

183 Verzoeksters bestrijden de conclusie in het bestreden besluit dat er meerdere alternatieven waren om tot de markt te kunnen toetreden (overweging 635 van het bestreden besluit), waaronder met name een samenwerking tussen de generieke onderneming en haar producent van het WFB om de werkwijze van deze producent te wijzigen of een overstap op een andere producent van het WFB. Deze alternatieven zijn theoretisch, omdat er in 2002 en 2003 geen commercieel haalbare methode was om citalopram te produceren waarmee legaal de markt in de EER kon worden betreden en omdat de generieke ondernemingen niet genoeg tijd zouden hebben gehad om vóór het einde van de looptijd van de litigieuze overeenkomsten van producent van het WFB te wisselen.

184 Ten eerste is er geen ernstige aanwijzing die kan afdoen aan het door Lundbeck overgelegde bewijs dat er in 2002 en 2003 geen commercieel haalbare en niet-inbreukmakende werkwijze was waarmee toegang tot de markt kon worden verkregen. Geen van de in het bestreden besluit aangevoerde gegevens betreffende Merck (GUK), Alpharma, Arrow en Ranbaxy volstaan om het tegendeel te bewijzen.

185 Bovendien is het bestreden besluit ten onrechte gebaseerd op verklaringen van Lundbeck om aan te tonen dat er ten tijde van het sluiten van de litigieuze overeenkomsten andere, niet-inbreukmakende werkwijzen waren (overweging 634 van het bestreden besluit). De Commissie heeft ten onrechte aangenomen dat geen van de door Lundbeck opgesomde werkwijzen in één van haar verklaringen inbreuk maakten en dat zij alle commercieel efficiënt waren en in overeenstemming met de vereisten in de regelgeving van de EER, terwijl geen daarvan het mogelijk had gemaakt om in 2002-2003 tot de markt toe te treden met een haalbaar en niet-inbreukmakend geneesmiddel. Volgens verzoeksters wordt in het bestreden besluit voorbij gegaan aan de vele bewijzen dat de oorspronkelijke werkwijzen inzake cyanering en alkylering niet op haalbare wijze konden worden gebruikt om citalopram te produceren.

186 Ten tweede stellen verzoeksters dat, zelfs indien tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten generiek citalopram beschikbaar zou zijn geweest dat op basis van een niet-inbreukmakende en commercieel haalbare werkwijze was geproduceerd (hetgeen niet het geval is), de generieke ondernemingen daar hoe dan ook geen gebruik van hadden kunnen maken in de maanden die door de litigieuze overeenkomsten waren gedekt of in elk geval „voldoende snel” om ervoor te zorgen dat van de dreiging van een potentiële toetreding ook effectief concurrentiedruk uitging tijdens de looptijd van die overeenkomsten.

187 Een dergelijke overstap zou namelijk hebben ingehouden dat moest worden verzocht om een ingrijpende wijziging, van het zogenoemde type II, in de zin van artikel 3 van verordening (EG) nr. 541/95 van de Commissie van 10 maart 1995 betreffende het onderzoek van wijzigingen in de voorwaarden van een vergunning om een geneesmiddel in de handel te brengen, die door een bevoegde instantie van een lidstaat is afgegeven (PB L 55, blz. 7; hierna: „wijziging van type II”), een procedure die wordt gevolgd voor de wijziging van een bestaande VHB wegens een wijziging van producent van het WFB. Een wijziging van type II is de meeste arbeidsintensieve om te verkrijgen, door een procedure te volgen die gelijkwaardig is aan het indienen van een nieuwe aanvraag voor een VHB. De totale duur van deze procedure kan tot 19 maanden belopen. Bovendien moet bij de periode die nodig is om een dergelijke wijziging te verkrijgen, de periode worden opgeteld die nodig is voor het onderzoek en de ontwikkeling van de nieuwe werkwijze, voor de inschrijving van het geneesmiddel met het oog op de terugbetaling ervan, voor het verkrijgen van goedkeuring van deze terugbetaling en voor de productie en de start van de verkopen van het geneesmiddel.

188 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

189 In de eerste plaats menen verzoeksters ten onrechte dat er tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten geen commercieel haalbare en niet-inbreukmakende werkwijze was waarmee tot de markt kon worden toegetreden.

190 Lundbeck was immers zelf aanvankelijk van mening, in antwoord op verzoeken om inlichtingen van de Commissie die aan de mededeling van punten van bezwaar vooraf gingen, die in overweging 150 van het bestreden besluit worden besproken, dat de generieke ondernemingen generiek citalopram hadden kunnen produceren door gebruik te maken van de werkwijzen die in haar oorspronkelijke octrooien waren omschreven (namelijk de werkwijzen inzake cyanering en alkylering) of door een andere soort werkwijze uit te vinden, zodat haar octrooien niet elke mededinging van de zijde van de generieke ondernemingen konden verhinderen.

191 Daarnaast heeft Lundbeck zelf bevestigd dat haar nieuwe werkwijzeoctrooien niet alle mogelijkheden van markttoetreding konden tegenhouden, ook al leek de werkwijze gebaseerd op kristallisatie die meest efficiënte. Zo heeft de Commissie in overweging 163 van het bestreden besluit als voorbeeld genoemd dat Niche Generics Ltd tot de markt is toegetreden door een verklaring van niet-inbreuk te verkrijgen voor het generieke citalopram van Sekhsaria, een andere Indiase producent van het WFB. Bovendien blijkt uit het bewijs dat in overweging 634 van het bestreden besluit is vermeld dat de octrooideskundigen van Lundbeck in maart 2002 hebben verklaard dat „het mogelijk was om een WFB te produceren waarvoor geen kristallisatie van de vrije basis nodig was", met andere woorden volgens een werkwijze die niet op het octrooi inzake kristallisatie van Lundbeck was gebaseerd. Ook de vicevoorzitter van de raad van bestuur van Lundbeck heeft in een persbericht van 9 november 2002 verklaard dat „het naïef was te denken dat de generieke producenten niet in staat waren om Cipramil te produceren zonder inbreuk te maken op [hun] octrooi" (overweging 634 van het bestreden besluit).

192 Verzoeksters geven niettemin te kennen dat zij nimmer hebben erkend dat andere werkwijzen hadden kunnen worden gebruikt om tot de markt van citalopram toe te treden zonder inbreuk te maken op hun octrooien, of met haalbare geneesmiddelen die op industriële schaal waren geproduceerd.

193 Ten eerste moet er evenwel aan worden herinnerd dat op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten geen enkele rechterlijke instantie binnen de EER zich had uitgesproken over het inbreukmakende karakter van de door de generieke ondernemingen ontwikkelde producten (zie punt 146 hierboven). Verzoeksters kunnen dus niet met recht stellen dat de generieke geneesmiddelen die de generieke ondernemingen hadden ontwikkeld, inbreuk maakten op hun werkwijzeoctrooien. Zij waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten op zijn hoogst potentieel inbreukmakend.

194 Ten tweede kan voor de stelling dat er geen niet-inbreukmakende versie van generiek citalopram bestond die op industriële schaal kon worden ontwikkeld, geen steun worden gevonden in de feiten, zoals ook de Commissie te kennen geeft. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat om het even welke producent van het WFB zich had kunnen baseren op de oorspronkelijke werkwijzen inzake cyanering en alkylering zoals gepubliceerd in het octrooi voor het WFB citalopram van Lundbeck, dat was verstreken (punt 16 hierboven). Zo blijkt uit overweging 158 van het bestreden besluit dat een raadsman van Lundbeck in het kader van het Lagap-geschil, over het citalopram van Matrix, heeft erkend dat de werkwijzen in haar oorspronkelijke octrooien economisch konden worden ontwikkeld, zonder in dat verband een termijn te noemen, dat alles ervan afhing hoe de cyanering werd verricht en dat Matrix „de cyanering efficiënter deed dan zij tot dan toe hadden geloofd", wat aantoont dat het mogelijk was om generiek citalopram op industriële schaal te produceren door zich te baseren op de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck.

195 In elk geval is in het bestreden besluit genoegzaam bewezen dat elk van de generieke ondernemingen binnen een voldoende korte termijn beschikte of kon beschikken over een generieke versie van citalopram gebaseerd op werkwijzen waarvan niet is aangetoond dat die met enig octrooi van Lundbeck in strijd waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten.

196 Zo was het citalopram van Natco, dat door Merck (GUK) werd gebruikt, gebaseerd op de werkwijzen die onder de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck vielen, die waren verstreken, of op andere werkwijzen waarvoor de octrooien eveneens afliepen (overwegingen 228 en 281 van het bestreden besluit). Het bevoorradingscontract tussen Merck (GUK) en Schweizerhall voorzag er uitdrukkelijk in dat het WFB van Natco, voor zover hen bekend, geen inbreuk maakte (overweging 235 van het bestreden besluit). Daarnaast moet worden benadrukt dat het octrooi inzake kristallisatie nog niet was verleend toen op 24 januari 2002 de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk werd gesloten, noch in het Verenigd Koninkrijk noch in het geheel van de EER (zie punt 20 hierboven). De vraag of de werkwijze van Natco mogelijkerwijs inbreuk maakte op het octrooi inzake kristallisatie, was dus slechts een hypothetische op het moment van sluiting van die overeenkomst. Ten tijde van de sluiting van de GUK-overeenkomst voor de EER was het octrooi inzake kristallisatie van Lundbeck reeds door het EOB verleend, maar er was geen enkele zekerheid dat het WFB van Natco daarop inbreuk maakte of dat de geldigheid van dit octrooi zou worden bevestigd in geval van een geding (zie punt 122 hierboven).

197 Daarnaast geldt dat, zelfs wanneer Merck (GUK) voorwerp zou zijn geweest van vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck en haar producten een inbreuk bleken te vormen, zij desondanks zeer waarschijnlijk binnen redelijke termijn citalopram uit andere bronnen had kunnen kopen, waarvan niet vaststond dat die een inbreuk vormden. Ook wanneer Merck (GUK) een bevoorradingsovereenkomst met Schweizerhall voor een periode van 8 jaar had gesloten, was die overeenkomst immers gebaseerd op de veronderstelling dat het product van Natco geen inbreuk maakte (overweging 235 van het bestreden besluit), zodat Merck (GUK) die overeenkomst wellicht had kunnen opzeggen in geval van een inbreuk, of dit nu is op basis van de uitdrukkelijke bepalingen in de overeenkomst of op grond van het Duitse recht, dat het op die overeenkomst toepasselijke recht was. Uit met name de overwegingen 248 en 351 van het bestreden besluit blijkt dat er andere bronnen voor generiek citalopram op de markt voorhanden waren, waarvan Merck (GUK) wist, met name via haar dochteronderneming Merck dura GmbH, zijnde de dochteronderneming van Merck in Duitsland. Zelfs gesteld dat Merck (GUK) op basis van de overeenkomst met Schweizerhall verplicht was om zich exclusief te bevoorraden bij Natco en dat het generieke citalopram dat door laatstgenoemde werd geproduceerd inbreuk maakte op het octrooi inzake kristallisatie, is het in elk geval niet uitgesloten dat Natco het WFB citalopram had kunnen produceren op basis van andere werkwijzen die geen inbreuk maakten, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in overweging 746 van het bestreden besluit.

198 Wat het door Tiefenbacher aan Arrow en aan Alpharma geleverde generieke citalopram betreft, moet erop worden gewezen dat dit in het begin weliswaar werd geproduceerd op basis van de aanvankelijke werkwijze van Cipla (hierna: „werkwijze Cipla I”), waarvoor er een risico van een inbreuk bestond, maar dat Tiefenbacher gemakkelijk had kunnen overschakelen op het citalopram van Matrix, dat in het begin werd geproduceerd volgens de aanvankelijke werkwijze van Matrix (hierna: „werkwijze Matrix I”), en vervolgens volgens de nieuwe werkwijze die door Matrix werd gebruikt (hierna: „werkwijze Matrix II”). Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten geen enkele rechterlijke instantie binnen de EER had vastgesteld dat de werkwijzen Cipla I en Matrix I inbreuk maakten (punt 146 hierboven).

199 Wat de werkwijze Matrix II betreft, die werd gebruikt voor de productie van het generieke citalopram waartoe ook Arrow en Alpharma toegang konden hebben via Tiefenbacher, volgt uit de overwegingen 154, 155, 421 en 674 en voetnoot 1828 van het bestreden besluit dat deze werkwijze reeds in mei 2002 was ontwikkeld, om later het risico te beperken dat het citalopram van Matrix inbreuk zou maken op het octrooi inzake kristallisatie. In het kader van het Lagap-geschil heeft

Lundbeck, na een inspectie van de bedrijfsruimten van Matrix in India, erkend dat de werkwijze Matrix II geen inbreuk maakte op haar octrooien. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is het dus van weinig belang dat enkele nationale rechters verzoeken om voorlopige maatregelen van Lundbeck met betrekking tot die werkwijze hebben ingewilligd vóór die erkenning. Ook kan geen enkele conclusie worden verbonden aan de omstandigheid dat Tiefenbacher niet meer hoefde te verzoeken dan een kleine wijziging, van het zogenoemde type I, in de zin van artikel 3 van verordening nr. 541/95 (hierna: „wijziging van type I"), zijnde de procedure die met name wordt gebruikt voor de wijziging van een bestaande VHB wegens een wijziging in de werkwijze die door dezelfde producent van het WFB wordt gebruikt, om ervoor te zorgen dat haar VHB ook de werkwijze Matrix II dekte. Die omstandigheid doet immers niet af aan de erkenning door Lundbeck, in het kader van het Lagap-geschil, dat deze werkwijze geen inbreuk vormde, die daarna overigens door meerdere generieke ondernemingen is gebruikt, zonder enige reactie van Lundbeck.

200 Vergelijkbare opmerkingen kunnen worden gemaakt ten aanzien van de nieuwe werkwijze die door Cipla is gebruikt voor de productie van generiek citalopram (hierna: „werkwijze Cipla II"), die in beginsel ook toegankelijk was via Tiefenbacher. De Commissie heeft met name in overweging 898 van het bestreden besluit duidelijk gemaakt dat deze werkwijze, die is ontwikkeld in de periode waarop de litigieuze overeenkomsten zagen, mogelijk niet inbreukmakend was en in september 2002 voorwerp is geweest van een verzoek om een wijziging van type I van een VHB. Arrow en Alpharma hadden dus kunnen trachten om het met deze werkwijze geproduceerde citalopram te verkopen, zoals Neolab heeft gedaan, zonder dat Lundbeck zich daar met succes tegen had kunnen verzetten, zoals de Commissie heeft aangegeven in voetnoot 1671 van het bestreden besluit.

201 Wat tot slot de door Ranbaxy gebruikte werkwijze betreft, moet worden opgemerkt dat Lundbeck, zelfs na onderzoek van de reactieschema's van deze onderneming, met haar een overeenkomst heeft willen sluiten waarin was voorzien in betalingen in omgekeerde richting, in plaats van zich tot de nationale rechter te wenden om rechterlijke bevelen te verkrijgen. Hieruit volgt dat Lundbeck niet de zekerheid had dat het volgens deze werkwijze geproduceerde WFB inbreuk maakte, zoals blijkt uit de overwegingen 564 en 1109 van het bestreden besluit. Bovendien heeft Ranbaxy zich tegenover zowel Lundbeck als generieke ondernemingen die eventueel geïnteresseerd waren in de aankoop van haar WFB, op het standpunt gesteld dat dit laatste geen inbreuk vormde, zoals de Commissie heeft benadrukt in overweging 1105 van het bestreden besluit.

202 Daarbij komt dat de generieke ondernemingen, zelfs gesteld dat de door hen in de handel gebrachte producten inbreuk maakten op het ene of het andere octrooi van Lundbeck, hetgeen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten niet was bewezen, ook nog de geldigheid van deze octrooien hadden kunnen bestrijden voor de bevoegde rechter (zie punt 122 hierboven).

203 In de tweede plaats moet verzoeksters' argument worden verworpen dat de Commissie had moeten aantonen dat de overstap op een andere werkwijze of op een andere producent van het WFB plaats zou hebben gevonden tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten. Om het bestaan van potentiële mededinging tussen de generieke ondernemingen en Lundbeck te bewijzen, hoefde de Commissie immers alleen aan te tonen dat eerstgenoemde op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten over reële en concrete mogelijkheden beschikten om tot de markt toe te treden binnen een termijn die voldoende kort was om effectieve concurrentiedruk op Lundbeck uit te oefenen. De Commissie hoefde niet aan te tonen dat de generieke ondernemingen zonder enige twijfel tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten een commercieel haalbare en niet-inbreukmakende werkwijze hadden kunnen aankopen, maar alleen dat zij op het moment van sluiting van deze overeenkomsten over reële en concrete mogelijkheden daartoe beschikten en dat die mogelijkheden niet zuiver theoretisch waren.

204 Verzoeksters ontkennen niet dat het voor de generieke ondernemingen mogelijk was om een bestaande VHB te wijzigen of om zich tot een andere producent van het WFB te wenden indien het risico van een inbreuk toenam. Zij geven evenwel te kennen dat daar meerdere maanden mee gemoeid konden

zijn, of zelfs langer dan de looptijd van de litigieuze overeenkomsten. Zij kunnen echter van de Commissie niet verlangen dat zij aantoont wat zonder de litigieuze overeenkomsten zou zijn gebeurd, in een context waarin de generieke ondernemingen op het moment van sluiting daarvan vele opties hadden om tot de markt toe te treden. De mogelijkheid om een bestaande VHB te wijzigen of om het WFB bij een andere leverancier aan te kopen waren niet zuiver theoretisch, zoals wordt aangetoond door het bewijs dat in dat verband voor elk van de generieke ondernemingen is geleverd in het bestreden besluit (zie het zesde tot en met negende onderdeel hieronder). Verzoeksters hebben bijvoorbeeld zelf toegegeven dat Tiefenbacher, die als tussenpersoon handelde voor Arrow en Alpharma, in slechts 2,5 maand een wijziging van type I voor haar VHB voor het citalopram van Matrix had kunnen verkrijgen in Nederland (overweging 418 van het bestreden besluit).

205 Hoe dan ook was een dergelijke mogelijkheid voor het merendeel van de generieke ondernemingen wellicht niet eens nodig om tot de markt te kunnen toetreden, en nog minder om concurrentiedruk uit te oefenen op Lundbeck, aangezien zij de nodige stappen waren aan het ondernemen en in sommige gevallen zelfs reeds een VHB hadden verkregen om tot de markt toe te treden met het generieke citalopram van hun leverancier (of haar eigen generieke citalopram in het geval van Ranbaxy), en dat op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten door geen enkele rechterlijke instantie als inbreuk was aangemerkt. Zoals reeds is geconstateerd in punt 181 hierboven, komt daarbij dat alleen al het feit dat Lundbeck de litigieuze overeenkomsten met de generieke ondernemingen heeft gesloten, er een belangrijke aanwijzing van is dat zij hen beschouwde als een potentiële dreiging die concurrentiedruk op haar marktpositie uitoefende.

206 Bijgevolg moet ook het vijfde onderdeel worden afgewezen.

H – *Zesde onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Merck (GUK) op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten*

207 Verzoeksters geven te kennen dat in het bestreden besluit ten onrechte de conclusie is getrokken dat Merck (GUK) ten tijde van de vermeende inbreuk een potentiële concurrent van Lundbeck was in het Verenigd Koninkrijk en, mutatis mutandis, in de EER.

208 Volgens hen kan het weliswaar relevant zijn te weten dat Merck (GUK) het voornemen had om tot de markt toe te treden, maar het essentiële criterium blijft toch dat zij daartoe ook de capaciteit had. In het bestreden besluit is evenwel verhuld dat Merck (GUK) alleen toegang had tot het citalopram van Natco, dat inbreuk maakte op het octrooi inzake kristallisatie van Lundbeck, zodat zij niet de capaciteit had om legaal tot de markt toe te treden.

209 Daarnaast is in overweging 754 van het bestreden besluit ten onrechte vastgesteld, op basis van documenten van ten tijde van de inbreuk, dat Merck (GUK) zeer zeker van haar positie was voor zover het octrooien betrof. Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie selectief uit deze documenten heeft geciteerd en hen uit hun context heeft gehaald.

210 Voor het overige menen verzoeksters dat Merck (GUK) geen potentiële concurrent van Lundbeck was, aangezien zij zich tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet had kunnen wenden tot andere WFB's die volgens niet-inbreukmakende werkwijzen waren geproduceerd. In 2003 bestond er immers geen ander commercieel haalbaar en niet-inbreukmakend generiek product. Zelfs gesteld dat Merck (GUK) zich had kunnen wenden tot andere producenten van het WFB die geen inbreuk maakten, dan zou de aankoop van citalopram door Merck (GUK) bij derden hoe dan ook in strijd zijn geweest met artikel 1.3 van de overeenkomst tussen haar en Schweizerhall, waarin was opgenomen dat Merck (GUK) 100 % van haar jaarlijkse vraag naar het WFB citalopram zou dekken bij Schweizerhall (overweging 235 van het bestreden besluit).

211 Tot slot menen verzoeksters dat in het bestreden besluit geen motivering is aangedragen voor de daarin getrokken conclusie dat Merck (GUK) ten tijde van de vermeende inbreuk een potentiële concurrent van Lundbeck was in de EER (Verenigd Koninkrijk niet inbegrepen). Aangezien de Commissie het bedrag van de aan Lundbeck opgelegde geldboete in het bestreden besluit heeft berekend op basis van de waarde van de verkopen van citalopram in de gehele EER, is dat aspect alleen al voldoende om het bestreden besluit ongeldig te verklaren.

212 Ten aanzien van de verkopen van citalopram in Zweden door tussenkomst van NM Pharma (overwegingen 836-838 van het bestreden besluit), die de Commissie tot de conclusie hebben gebracht dat Merck (GUK) een ernstig te nemen potentiële concurrent was, ook op andere markten binnen de EER (overweging 840), geven verzoeksters te kennen dat het feit dat zij ervoor hadden gekozen om selectief in rechte op te treden in Zweden, zonder dat dit betrekking had op NM Pharma, niet bewijst dat Merck (GUK) de capaciteit of reële en concrete mogelijkheden had om tot andere markten binnen de EER toe te treden. In het bestreden besluit is niet afdoende aangetoond dat Merck (GUK) een daadwerkelijke of potentiële concurrent van Lundbeck was in alle landen van de EER, aangezien zij vóór de sluiting van de GUK-overeenkomst voor de EER alleen in Zweden over een VHB beschikte. In Duitsland, Italië, Nederland en Spanje heeft Merck (GUK) pas na het verstrijken van de GUK-overeenkomst voor de EER een VHB verkregen en daarbuiten tijdens de looptijd van die overeenkomst.

213 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

214 Alvorens verzoeksters' argumenten te onderzoeken, moet kort het onderzoek van de potentiële mededinging tussen Merck (GUK) en Lundbeck door de Commissie in het bestreden besluit in herinnering worden gebracht. De Commissie heeft in dat verband een onderscheid gemaakt tot de situatie in het Verenigd Koninkrijk en de situatie in de EER op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, enerzijds, en dat van sluiting van de GUK-overeenkomst voor de EER, anderzijds.

1. Situatie in het Verenigd Koninkrijk

215 Wat om te beginnen de stand van de mededinging binnen het Verenigd Koninkrijk betreft, heeft de Commissie geoordeeld dat Lundbeck in de periode voorafgaand aan 24 januari 2002, de datum van ondertekening van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, de enige onderneming was die in het Verenigd Koninkrijk citalopram verkocht. Op 5 januari 2002 zijn de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck in het Verenigd Koninkrijk verstreken. Vanaf die datum was de markt van citalopram in het Verenigd Koninkrijk dus in principe open voor generieke producten, vooropgesteld dat die voldeden aan de wettelijke verplichtingen op het gebied van kwaliteit, veiligheid en werkzaamheid, zoals bevestigd door een VHB. Bijgevolg konden de ondernemingen die generieke producten met daarin citalopram in het Verenigd Koninkrijk wilden vervaardigen of verkopen en die een realistisch perspectief hadden om zich met het generieke citalopram te kunnen bevoorraden en in de nabije toekomst een VHB te verkrijgen, als potentiële concurrenten van Lundbeck worden beschouwd. De markttoetreding van de generieken zou dus, met name wanneer meerdere generieke ondernemingen gelijktijdig zouden zijn toegetreden, meer dan waarschijnlijk tot sterke concurrentie op de prijzen hebben geleid, waardoor de prijs van citalopram zeer snel en aanzienlijk zou zijn gedaald (overweging 738 van het bestreden besluit).

216 Merck (GUK) was de eerste onderneming die, na Lundbeck te hebben geïnformeerd over haar voornemen om tot de markt van citalopram toe te treden, een VHB voor de markt van het Verenigd Koninkrijk heeft verkregen, namelijk op 9 januari 2002. In die periode heeft Merck (GUK) een voorraad van 8 miljoen tabletten citalopram aangelegd, gebaseerd op het WFB van Natco, gereed om in het Verenigd Koninkrijk te worden verkocht (overweging 741 van het bestreden besluit).

217 Na de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, die op 24 januari 2002 met Lundbeck is ondertekend, heeft Merck (GUK) afgezien van de marktlancering van generiek citalopram, zulks tot aan het einde van de looptijd van de overeenkomst, die aanvankelijk was voorzien voor juli 2003. Niettemin heeft Merck (GUK) tussen 1 en 4 augustus 2003, vóór de tweede verlenging van de overeenkomst op 6 augustus 2003, ook daadwerkelijk haar generieke citalopram in het Verenigd Koninkrijk verkocht voor een waarde van 3,3 miljoen GBP (overweging 742 van het bestreden besluit).

218 De Commissie heeft daar in overweging 743 van het bestreden besluit de conclusie aan verbonden dat deze feiten afdoende aantoonden dat Merck (GUK) reële en concrete mogelijkheden had om tot de markt van citalopram in het Verenigd Koninkrijk toe te treden op het moment van ondertekening van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk. Bovendien toont het feit dat Merck (GUK) in augustus 2003 ook daadwerkelijk voor korte tijd tot de markt is toegetreden, genoegzaam aan dat Merck (GUK) en Lundbeck op het moment van ondertekening van de litigieuze overeenkomsten in januari 2002 potentiële concurrenten van elkaar waren. Daarenboven is alleen al het feit dat Lundbeck ermee heeft ingestemd om op grond van deze overeenkomsten aanzienlijke waarde aan Merck (GUK) over te dragen, voldoende bewijs dat Lundbeck Merck (GUK) beschouwde als een potentiële concurrent, waarvan het plausibel was dat die tot de markt zou toetreden en die op het moment van ondertekening van de litigieuze overeenkomsten een bedreiging was voor haar marktpositie.

219 Verzoeksters betwisten evenwel dat deze elementen volstaan voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging tussen hen en Merck (GUK) en menen dat de Commissie boven alles had moeten aantonen dat zij de capaciteit had om tot de markt toe te treden, in plaats van rekening te houden met haar intenties om dit te doen. Ook trekken zij de verschillende door de Commissie in het bestreden besluit gebruikte verklaringen in twijfel. Volgens hen zijn die buiten hun context aangehaald en kunnen zij niet aantonen dat het WFB van Natco geen inbreuk maakte op een octrooi van Lundbeck, meer bepaald het octrooi inzake kristallisatie.

220 In dat verband volstaat echter de vaststelling dat de Commissie zich niet uitsluitend op de subjectieve oordelen van Merck (GUK) en Lundbeck heeft gebaseerd voor het bewijs van het bestaan van potentiële mededinging tussen hen. Zij heeft zich ook op objectieve gegevens gebaseerd, zoals het feit dat Merck (GUK) op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk een bevoorradingsovereenkomst met Schweizerhall had gesloten voor de aankoop van het citalopram van Natco, het feit dat zij reeds een grote voorraad generiek citalopram had aangelegd en het feit dat zij op 9 januari 2002 in het Verenigd Koninkrijk een VHB had verkregen.

221 In de eerste plaats stellen verzoeksters niettemin dat Merck (GUK) haar generieke producten niet zonder schending van hun octrooien op de markt had kunnen brengen. Dit is echter weer hun subjectieve oordeel, aangezien geen enkele rechterlijke instantie binnen de EER op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk had verklaard dat het WFB van Natco, dat door Merck (GUK) werd gebruikt voor de productie van haar generiek citalopram, inbreuk maakte op enig octrooi van Lundbeck. Bovendien was het octrooi inzake kristallisatie van Lundbeck op het moment van sluiting van die overeenkomst zelfs nog niet verleend in het Verenigd Koninkrijk. Tot slot moet eraan worden herinnerd dat Merck (GUK) niet hoefde te bewijzen dat haar producten geen inbreuk maakten om hen in het Verenigd Koninkrijk in de handel te kunnen brengen (zie punt 122 hierboven). Zij liep op zijn hoogst het risico dat zij verweer moest voeren tegen vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck, echter zonder enige garantie dat zij in gelijk zou worden gesteld, aangezien het volgens eigen schatting van Lundbeck bijzonder moeilijk te bewijzen was dat sprake was van een inbreuk voor zover het de werkwijzeoctrooien betrof (overweging 629 van het bestreden besluit). Bovendien had zij in geval van een geding met een reconventionele vordering de kwestie van de geldigheid van de octrooien van Lundbeck aan de orde kunnen stellen (zie punt 122 hierboven).

222 Anders dan verzoeksters menen, hoefde de Commissie niet met zekerheid aan te tonen dat Merck (GUK) tijdens de looptijd van de overeenkomsten tot de markt zou zijn toegetreden met behulp van een WFB dat geen inbreuk maakte op een octrooi van Lundbeck. Zij hoefde alleen aan te tonen dat

Merck (GUK) op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten over reële en concrete mogelijkheden om tot de markt toe te treden beschikte, en dat die perspectieven geen zuiver theoretische mogelijkheden waren, maar getuigden van reële capaciteit om tot de markt toe treden binnen een termijn die voldoende kort was om concurrentiedruk op Lundbeck uit te oefenen.

223 Gezien de gegevens in de overwegingen 738 en volgende van het bestreden besluit, zoals hierboven in de punten 215 tot en met 218 samengevat, kunnen verzoeksters niet met recht beweren dat de Commissie zich niet van die taak heeft gekweten. De omstandigheid dat Merck (GUK) in augustus 2003 voor korte tijd tot de markt is kunnen toetreden met haar generieke producten, toen zij meende dat de voorwaarden in haar overeenkomst met Lundbeck niet goed genoeg meer waren (overweging 755 van het bestreden besluit), getuigt er op frappante wijze van dat Merck (GUK) op zijn minst een potentiële concurrent van Lundbeck was op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk. Indien de stelling van verzoeksters werd aanvaard, zou dat betekenen dat Merck (GUK) zelfs op dat moment niet als een potentiële concurrent van Lundbeck zou kunnen worden beschouwd, omdat niet zou zijn aangetoond dat haar producten geen inbreuk op een octrooi van Lundbeck maakten, en dat terwijl zij tabletten voor een waarde van 3,3 miljoen GBP in het Verenigd Koninkrijk heeft verkocht. Een dergelijk standpunt kan uiteraard niet worden aanvaard. Tot slot getuigt de omstandigheid dat Lundbeck er de voorkeur aan heeft gegeven om met Merck (GUK) een overeenkomst te sluiten om haar markttoetreding te vertragen, er ook van dat zij haar op het moment van sluiting van deze overeenkomst zag als een bedreiging die concurrentiedruk op de markt van citalopram kon uitoefenen (zie punt 103 hierboven).

224 Wat in de tweede plaats verzoeksters' argument betreft dat Merck (GUK) tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet de mogelijkheid had om zich tot een andere producent van het WFB te wenden, moet worden vastgesteld dat een dergelijk argument, gelet op het voorgaande, niet ter zake dienend is, aangezien de Commissie niet met zekerheid hoefde aan te tonen dat Merck (GUK) tot de markt zou zijn toegetreden met behulp van een niet-inbreukmakend WFB om te kunnen oordelen dat zij op het moment van sluiting van deze overeenkomsten een potentiële concurrent van Lundbeck was. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, was het bevoorradingscontract dat Merck (GUK) met Schweizerhall had gesloten, in elk geval gebaseerd op de veronderstelling dat het WFB van Natco na het verstrijken van de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck geen inbreuk maakte op één van de octrooien van Lundbeck. Zo de producten van Merck (GUK), die gebaseerd waren op het WFB van Natco, toch zou worden geacht een inbreuk te vormen, is het dus zeer waarschijnlijk dat Merck (GUK) deze overeenkomst had kunnen opzeggen en zich bij een andere leverancier dan Schweizerhall had kunnen trachten te bevoorraden of met Schweizerhall had kunnen samenwerken zodat die met haar generieke citalopram had kunnen beleveren, verkregen op basis van werkwijzen die geen inbreuk vormden (punt 197 hierboven).

225 Derhalve heeft de Commissie zonder in het bestreden besluit fouten te begaan de conclusie getrokken dat Merck (GUK) op het moment van ondertekening van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk reële en concrete mogelijkheden had om tot de markt van citalopram in het Verenigd Koninkrijk toe treden, zodat zij op dat moment op zijn minst een potentiële concurrent van Lundbeck was.

2. Situatie in de EER

226 Wat vervolgens de stand van de mededinging in de EER betreft, heeft de Commissie in de overwegingen 827 en volgende van het bestreden besluit uiteengezet waarom zij van oordeel was dat Merck (GUK) in het merendeel van de staten van de EER als een potentiële concurrent van Lundbeck kon worden beschouwd. Op het moment van ondertekening van de overeenkomsten had Merck (GUK) een exclusieve distributieovereenkomst betreffende het WFB van Natco gesloten met Schweizerhall. In deze overeenkomst werd Schweizerhall benoemd tot bevoorrechte distributeur van Natco in een reeks

staten van de EER (namelijk België, Duitsland, Spanje, Frankrijk, Italië, Nederland, Finland, Zweden en Noorwegen) en Merck (GUK) tot „bevoorrechte klant", in die zin dat haar behoeften aan citalopram met voorrang zouden worden behandeld (overweging 235 van het bestreden besluit).

227 In mei 2002 heeft NM Pharma, de distributeur de Merck (GUK) voor Zweden, een VHB verkregen en is zij tot de Zweedse markt toegetreden. NM Pharma beschikte ook over een omvangrijk distributienetwerk in Noorwegen en wilde haar Zweedse VHB gebruiken om VHB's te verkrijgen in België, Denemarken, Spanje, Nederland, Finland en Noorwegen door middel van de procedure van wederzijdse erkenning in richtlijn 2001/83. Merck (GUK) wilde op haar beurt vergelijkbare VHB's verkrijgen voor Duitsland, Ierland, Griekenland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk en Portugal, door gebruik te maken van de VHB die zij in het Verenigd Koninkrijk had verkregen (overwegingen 829 en 830 van het bestreden besluit). Bovendien is in punt D van de considerans van de GUK-overeenkomst voor de EER erkend dat Merck (GUK) op het grondgebied van de EER de rol van potentiële concurrent had (overweging 831 van het bestreden besluit).

228 Op basis hiervan heeft de Commissie de conclusie kunnen trekken dat Merck (GUK) en Lundbeck op het moment van ondertekening van de GUK-overeenkomst voor de EER in oktober 2002 op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar waren. Merck (GUK) zou zelfs gedurende enkele maanden voorafgaand aan de ondertekening van de overeenkomst een daadwerkelijke concurrent van Lundbeck in Zweden zijn geweest, via haar distributeur NM Pharma. Daarenboven is alleen al het feit dat Lundbeck ermee heeft ingestemd om op grond van deze overeenkomst aanzienlijke waarde aan Merck (GUK) over te dragen, voldoende bewijs dat Lundbeck Merck (GUK) beschouwde als een potentiële concurrent, waarvan het plausibel was dat die tot de markt zou toetreden en die een bedreiging was voor haar marktpositie op het moment van ondertekening van de GUK-overeenkomst voor de EER (overweging 832 van het bestreden besluit).

229 Verzoeksters geven niettemin te kennen dat de productmarkten voor de levering van farmaceutische producten zoals citalopram nationaal van omvang zijn, zodat de Commissie had moeten nagaan of Merck (GUK) en Lundbeck potentiële concurrenten van elkaar waren in elke lidstaat van de EER in plaats van alleen de EER als geheel te beoordelen.

230 Er dient evenwel op te worden gewezen dat de analyse die de Commissie in de overwegingen 827 tot en met 840 van het bestreden besluit heeft verricht (zie punten 226-228 hierboven), op voldoende overtuigende wijze aantoont dat Merck (GUK) en Lundbeck op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor de EER op het gehele grondgebied van de EER als potentiële concurrenten konden worden beschouwd. Het feit dat Merck (GUK) op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor de EER niet in elke staat van de EER een VHB had verkregen, en zelf niet tijdens de looptijd daarvan, betekent niet dat zij niet over reële en concrete mogelijkheden beschikte om tot de markten in de verschillende staten van de EER toe te treden op het moment van sluiting van deze overeenkomst.

231 Zoals de Commissie immers heeft aangetoond in de overwegingen 827 en volgende van het bestreden besluit, was Merck (GUK) voornemens om gebruik te maken van de procedure van wederzijdse erkenning in richtlijn 2001/83 om in andere lidstaten VHB's te verkrijgen op basis van de VHB die zij reeds in het Verenigd Koninkrijk had verkregen en de VHB van haar distributeur NM Pharma in Zweden (zie punt 227 hierboven).

232 Bovendien toont het feit dat de GUK-overeenkomst voor de EER het gehele grondgebied van de EER (met uitsluiting van het Verenigd Koninkrijk) dekte, genoegzaam aan dat Lundbeck Merck (GUK) op dat gehele grondgebied als een bedreiging beschouwde en dat laatstgenoemde over reële en concrete mogelijkheden beschikte om zo niet in alle staten van de EER, dan toch in het merendeel daarvan tot de markt van citalopram toe te treden (zie overwegingen 827 en volgende van het bestreden besluit). Zoals de Commissie heeft aangegeven in voetnoot 1540 van het bestreden besluit, hoefde zij niet aan te tonen dat Merck (GUK) zonder de GUK-overeenkomst voor de EER met zekerheid tijdens de

looptijd van die overeenkomst in elke lidstaat van de EER zou zijn toegetreden. Het is achteraf immers niet mogelijk om de datum van toetreding in elke lidstaat van de EER te reconstrueren, terwijl de GUK-overeenkomst voor de EER juist tot doel en als gevolg had om de daartoe gedane inspanningen van Merck (GUK) te stuiten.

233 Bovendien gaat een dergelijk argument opnieuw voorbij aan het onderscheid dat tussen reële en potentiële mededinging bestaat, waarbij voor die laatste niet het bewijs van een zekere toetreding tot de markt is vereist, maar alleen het bestaan van reële en concrete mogelijkheden daartoe. Uit de overwegingen 328 en 347 van het bestreden besluit blijkt met name dat Merck (GUK) op het moment van sluiting van de GUK-overeenkomst voor de EER de intentie en de capaciteit had om citalopram in de EER in de handel te brengen binnen een termijn die kort genoeg was om concurrentiedruk op Lundbeck uit te oefenen.

234 Uit het bestreden besluit blijkt hoe dan ook dat de Commissie rekening heeft gehouden met de verschillen tussen de lidstaten van de EER toen die relevant bleken te zijn voor het onderzoek of sprake was van potentiële mededinging op dat grondgebied. Zo heeft de Commissie in overweging 827 van het bestreden besluit onder meer vermeld dat het octrooi inzake het WFB van Lundbeck in Oostenrijk pas in april 2003 zou verstrijken, in tegenstelling tot de andere lidstaten. Ook heeft zij in de overwegingen 326, 347 en 827 tot en met 830 van het bestreden besluit de situatie onderzocht voor zover het de VHB's in de verschillende staten van de EER betrof.

235 Wat verzoeksters' argument betreft dat NM Pharma onvermijdelijk tegen gerechtelijke acties tegen haar zou zijn aangelopen, volstaat het vast te stellen dat een dergelijke stelling in tegenspraak is met de feiten, aangezien NM Pharma gedurende vijf maanden ook daadwerkelijk tot de Zweedse markt is toegetreden en daar „zeer bemoedigende" verkopen heeft gerealiseerd (overweging 325 van het bestreden besluit), zonder dat zij voorwerp van gerechtelijke acties van de zijde van Lundbeck is geweest.

236 De conclusie moet dan ook luiden dat het zesde onderdeel moet worden afgewezen.

I – *Zevende onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Arrow op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten*

237 Verzoeksters stellen dat Arrow ten tijde van de sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst en de Deense Arrow-overeenkomst geen potentiële concurrent van hen was.

238 Wat ten eerste het Verenigd Koninkrijk betreft, heeft Arrow daar pas in juli 2002 over een VHB beschikt, die bovendien nog betrekking had op de WFB's van Cipla en Matrix die met behulp van de oorspronkelijke productiewerkwijzen waren verkregen, namelijk de werkwijzen Cipla I en Matrix I, die volgens hen inbreuk maakten op het octrooi inzake kristallisatie. Niets bewijst dat Arrow redelijke kansen had om dat octrooi ongeldig te laten verklaren. Bovendien had zij niet op de steun van Cipla kunnen rekenen om aan te tonen dat geen sprake was van een inbreuk.

239 Ten tweede beschikte Arrow evenmin over reële en concrete mogelijkheden om over te schakelen op de WFB's die volgens de werkwijzen Cipla II en Matrix II waren geproduceerd, die hoe dan ook eveneens een inbreuk opleverden, of op het citalopram van Ranbaxy, dat niet alleen inbreuk maakte op de octrooien inzake amide en jodium, maar bovendien door geen enkele VHB was gedekt.

240 Ten derde beroepen verzoeksters zich op het arrest van de High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division [rechter in eerste aanleg (Engeland en Wales), afdeling die onder meer bevoegd is voor intellectuele-eigendomsgeschillen] van 23 oktober 2001, Smithkline Beecham Plc v. Generics

(UK) Ltd [(2002) 25(1) I.P.D. 25005; hierna „Paroxetine-arrest”], waaruit zou voortvloeien dat een generieke onderneming niet tot de markt mag toetreden voordat zij heeft bewezen dat haar product geen inbreuk maakt, iets waartoe Arrow niet in staat is geweest.

241 Ten vierde houdt het feit dat verzoeksters erin hebben toegestemd om met Arrow overeenkomsten te sluiten met daarin betalingen die voor hun rekening komen, nog niet in dat zij haar als een potentiële concurrent zagen, maar dat zij een inbreuk op hun octrooien vreesden.

242 Wat Denemarken betreft verwijzen verzoeksters naar het merendeel van de argumenten die zij voor het Verenigd Koninkrijk hebben aangedragen. Zij voegen daaraan toe dat Arrow pas in 2005 tot de Deense markt is toegetreden en dat tijdens de looptijd van de Deense Arrow-overeenkomst tegen meerdere generieke ondernemingen rechterlijke bevelen zijn uitgevaardigd toen zij in die lidstaat trachtten generiek citalopram te verkopen.

243 De Commissie bestrijdt al deze argumenten.

1. Situatie in het Verenigd Koninkrijk

244 Het onderzoek dient zich eerst te richten op verzoeksters’ argumenten dat er ten tijde van de sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst beweerdelijk geen potentiële mededinging tussen haar en Arrow was.

245 Ten aanzien van verzoeksters’ argumenten inzake de vermeende onmogelijkheid voor Arrow om tot de markt toe te treden met het citalopram van Cipla of Matrix, moet het volgende worden opgemerkt.

246 Ten eerste heeft de Commissie in de overwegingen 375 en 878 van het bestreden besluit vastgesteld dat Arrow op 22 mei 2001 een overeenkomst had gesloten met Tiefenbacher met het oog op de verwerving van de VHB’s die deze in meerdere landen van de EER had verkregen voor generiek citalopram en de aankoop van tabletten van dit geneesmiddel, dat geproduceerd was op basis van het WFB van Cipla of Matrix.

247 Ten tweede heeft de Commissie in de overwegingen 379 en 878 van het bestreden besluit gewezen op het feit dat Arrow op 10 september 2001 bij Tiefenbacher tabletten generiek citalopram had besteld voor een waarde van 2,8 miljoen Duitse mark (DEM), die zij deels in november 2001 heeft ontvangen en deels in de tweede week van januari 2002. Deze tabletten waren ontwikkeld op basis van het WFB van Cipla, geproduceerd volgens de werkwijze Cipla I.

248 Ten derde blijkt uit overweging 382 van het bestreden besluit dat op 14 december 2001 een bijeenkomst tussen Arrow en Tiefenbacher is gehouden. Volgens de aantekeningen van die bijeenkomst, die verzoeksters aan het Gerecht hebben overgelegd, blijkt dat Tiefenbacher meende dat het citalopram dat volgens de werkwijze Cipla I was geproduceerd, inbreuk zou kunnen maken op het octrooi inzake kristallisatie, indien dat in het Verenigd Koninkrijk zou worden verleend, ondanks dat Cipla beweerde dat haar werkwijze overeenstemde met die bedoeld in de oorspronkelijke octrooien. In deze aantekeningen is ook vermeld dat verzoeksters een verdedigingsstrategie wilden uitwerken voor de verzoeken om rechterlijke bevelen die Lundbeck wilde indienen bij de bevoegde rechterlijke instanties om zich tegen hun toetreding tot de markt in het Verenigd Koninkrijk te verzetten. Bovendien is in de e-mail waarmee die aantekeningen zijn verstuurd, vermeld dat een medewerker van Arrow de werkwijzen Cipla I en Matrix I had onderzocht en tot de conclusie was gekomen dat die inbreuk leken te maken op het octrooi inzake kristallisatie.

249 Ten vierde heeft Arrow volgens overweging 383 van het bestreden besluit op 21 december 2001 van Tiefenbacher de aanvraag voor een VHB gekocht die deze bij de bevoegde instanties in het Verenigd Koninkrijk had ingediend. Deze aanvraag, die overeenkomstig de procedure van wederzijdse erkenning in artikel 18 van richtlijn 2001/83 was gebaseerd op de VHB die Tiefenbacher voorheen in Nederland

had verkregen, is in juli 2002 ingewilligd, na het mislukken van de rechtszaak die Lundbeck in Nederland tegen laatstgenoemde VHB had aangespannen. Zoals de Commissie in overweging 882 van het bestreden besluit heeft gedaan, moet in dat verband worden opgemerkt dat de potentiële mededinging reeds vóór de verlening van een VHB een aanvang neemt (punten 92-94 hierboven) en dat die VHB in elk geval tijdens de looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst is verleend.

250 Ten vijfde heeft de Commissie in overweging 387 van het bestreden besluit naar voren gebracht dat Cipla zich in een e-mail die op 15 januari 2002 aan Arrow is verzonden, bereid had verklaard om hen te ondersteunen in het kader van een eventuele rechtszaak van Lundbeck, met dien verstande dat zij de noodzakelijke inlichtingen over haar werkwijze direct aan de bevoegde instanties wilde verstrekken, en niet eerst aan Arrow of aan Tiefenbacher. Het is dus van weinig belang dat Cipla volgens een e-mail van 11 januari 2002, die is vermeld in overweging 385 van het bestreden besluit, niet nog meer informatie over haar werkwijze wilde verstrekken.

251 Ten zesde volgt uit overweging 389 van het bestreden besluit dat Arrow in een e-mail van 22 januari 2002, in antwoord op een waarschuwing die verzoeksters haar de dag ervoor had toegezonden, hen ervan in kennis heeft gesteld dat zij meende dat zij geen inbreuk op hun nieuwe octrooien maakte.

252 Ten zevende heeft een dochteronderneming van Arrow, Resolution Chemicals, in een e-mail van 23 januari 2002, aangehaald in de overwegingen 390, 880 en 887 van het bestreden besluit en gericht aan een andere producent van het WFB citalopram, verklaard dat zij „haar product de [volgende] week in het Verenigd Koninkrijk [zou] lanceren”. In die e-mail uitte Resolution Chemicals ook belangstelling voor het WFB van die leverancier, als tweede bron voor het WFB.

253 Ten achtste moet eraan worden herinnerd dat Arrow in de zevende overweging van de considerans van de Arrow-UK-overeenkomst niet heeft toegegeven dat zij inbreuk had gemaakt op de nieuwe octrooien van Lundbeck, maar niet meer heeft opgemerkt dan dat zij die beschuldiging met onomstotelijk bewijs kon weerleggen.

254 Ten negende blijkt uit met name de overwegingen 157, 627, 669 en 745 en voetnoot 322 van het bestreden besluit dat ook andere generieke ondernemingen en Lundbeck zelf twijfels hadden over de geldigheid van het octrooi inzake kristallisatie. Laatstgenoemde dacht meer bepaald dat de kans dat dit octrooi ongeldig zou worden verklaard rond 50 tot 60 % lag. Het is juist dat het bewijs van deze kansrekening dateert van na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten. Verzoeksters hebben echter niets aangevoerd dat kan uitleggen waarom zij deze kwestie voorheen anders zouden hebben gezien. Bovendien moet rekening worden gehouden met de overwegingen in punt 122 hierboven ten aanzien van de ongeldigverklaring van de werkwijzeoctrooien. Indien het octrooi inzake kristallisatie ongeldig zou zijn verklaard, zou een eventuele inbreuk van Arrow immers zonder gevolgen zijn gebleven.

255 Deze bewijzen volstaan voor het oordeel dat Arrow ten tijde van de sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst in een relatie van potentiële mededinging met Lundbeck stond, gezien de reële en concrete mogelijkheden die zij had om tot de markt toe te treden met het citalopram van Cipla, geproduceerd volgens de werkwijze Cipla I.

256 Aangaande de mogelijkheid dat Arrow van producent van het WFB zou wisselen en over zou stappen op het WFB van Matrix, geproduceerd volgens de werkwijze Matrix I, die Tiefenbacher aan haar had kunnen leveren, moet worden opgemerkt dat Arrow volgens de begeleidende e-mail bij de aantekeningen van de bijeenkomst van 14 december 2001 (zie punt 248 hierboven), van mening was dat de werkwijze die Matrix gebruikte voor de productie van dit WFB waarschijnlijk geen inbreuk maakte op het octrooi inzake kristallisatie. In deze aantekeningen is ook de mogelijkheid vermeld dat Arrow op het WFB van Matrix zou overstappen, waarbij werd vermoed dat een dergelijke overstap niet mogelijk was in het stadium waarin zij zich destijds bevond. In dat verband moet worden opgemerkt, zoals ook de Commissie heeft gedaan in de overwegingen 885, 886, 889, 895 en voetnoot 1636 van het bestreden besluit, dat de overeenkomst van Arrow met Tiefenbacher een

dergelijke overstap toestond, zodat het feit dat die optie misschien minder gunstig voor Arrow zou zijn geweest dan de optie om met Lundbeck een overeenkomst te sluiten, niet in weg staat aan het oordeel dat zij over een reële en concrete mogelijkheid beschikte om tot de markt toe te treden met het citalopram dat op basis van dat WFB was geproduceerd.

257 Wat verzoeksters' argumenten inzake de werkwijzen Matrix II en Cipla II betreft, dient te worden verwezen naar de punten 198 tot en met 200 hierboven.

258 Wat verzoeksters' argument inzake het Paroxetine-arrest betreft, dat hierboven in punt 240 is vermeld, moet eraan worden herinnerd dat een vraag naar de uitlegging van het nationale recht van een lidstaat een feitelijke kwestie is (zie in die zin en naar analogie arresten van 21 december 2011, A2A/Commissie, C-318/09 P, EU:C:2011:856, punt 125 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 16 juli 2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Commissie, T-309/12, EU:T:2014:676, punt 222 en aldaar aangehaalde rechtspraak) die het Gerecht in beginsel vol moet toetsen (punt 113 hierboven).

259 In de zaak die heeft geleid tot het Paroxetine-arrest, vermeld in punt 240 hierboven, had de betrokken rechterlijke instantie toepassing gegeven aan de beginselen die de uitvaardiging van voorlopige rechterlijke bevelen naar Engels recht beheersen en geoordeeld dat de belangenafweging in het voordeel van het initiërende farmaceutische bedrijf uitviel, gezien de bijzondere omstandigheden van de zaak en met name het feit dat de generieke onderneming in kwestie niet de „hindernissen had weggenomen" door dat bedrijf op de hoogte te stellen van haar vaste voornemen om haar generieke product op de markt te lanceren, terwijl zij die toetreding gedurende 4 jaar had voorbereid en wist dat dit bedrijf de houder was van octrooien op basis waarvan zij een vordering wegens inbreuk tegen haar kon instellen.

260 Niettemin, en zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de uitlegging en de juiste strekking van het hierboven in punt 240 vermelde Paroxetine-arrest, moet erop worden gewezen dat er meerdere verschillen zijn tussen de onderhavige zaak en de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest.

261 In de eerste plaats blijkt uit overweging 374 van het bestreden besluit namelijk dat verzoeksters en Arrow reeds op 15 december 2000 contact met elkaar hadden opgenomen om de kwestie van het generieke citalopram te bespreken. Voorts heeft de Commissie in overweging 389 van het bestreden besluit geconstateerd dat Arrow in januari 2002 aan verzoeksters had bevestigd dat zij zich op de toetreding tot de markt in het Verenigd Koninkrijk aan het voorbereiden was.

262 In de tweede plaats bestond het octrooi waarop de generieke onderneming mogelijk inbreuk had gemaakt in de zaak die heeft geleid tot het Paroxetine-arrest, reeds gedurende de gehele periode van voorbereiding op de markttoetreding, terwijl in casu de aanvraag voor het octrooi inzake kristallisatie pas op 12 maart 2001 in het Verenigd Koninkrijk is ingediend en pas op 4 juli 2001 is gepubliceerd, waarbij het octrooi zelf pas op 30 januari 2002 definitief is verleend is in de zin van artikel 25 van de UK Patent Act, dus na sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst.

263 Op verwijzingen naar de onvolmaaktheid van het stelsel voor de bescherming van octrooien in Europa en de daarmee samenhangende asymmetrische risico's na, hebben verzoeksters bovendien niet uitgelegd waarom de door hen gevormde onderneming, die veel ervaring heeft en advies krijgt van gespecialiseerde advocaten, er de voorkeur aan heeft gegeven om een dure overeenkomst als de Arrow-UK-overeenkomst te sluiten, waarmee zij alleen uitstel van de toetreding van Arrow tot de markt in het Verenigd Koninkrijk heeft bewerkstelligt. Indien hun uitlegging van het Paroxetine-arrest juist is, net als hun overtuiging dat zij de toetreding van de generieken met behulp van hun octrooien hadden kunnen tegenhouden, zouden namelijk zeer zeker voorlopige maatregelen tegen Arrow zijn toegekend in het Verenigd Koninkrijk ingeval zij een poging zou hebben gewaagd om tot deze markt toe te treden met hun generieke geneesmiddelen, zodat zij deze toetreding hadden kunnen tegenhouden in afwachting van een gunstige uitspraak ten gronde.

264 Voor zover verzoeksters in wezen de asymmetrie tussen hun risico's en die van Arrow inroepen, moet erop worden gewezen dat een dergelijk argument op zich niet kan afdoen aan de conclusie dat zij Arrow op het moment van sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst beschouwden als een bedreiging op de markt van citalopram.

265 Aangaande verzoeksters' argumenten dat zij Arrow niet als een potentiële concurrent zagen maar als een onderneming die inbreuk zou kunnen maken op hun octrooien, moet worden opgemerkt dat alleen al het feit dat zij met Arrow een overeenkomst hebben gesloten er een sterke aanwijzing van is dat zij haar als een potentiële concurrent beschouwden (zie punt 181 hierboven). Daarnaast moet eraan worden herinnerd dat de overtuiging van Lundbeck ten aanzien van het feit dat inbreuk op haar octrooien was gemaakt, niet wordt gedeeld door Arrow (zie de zevende overweging van de considerans van de Arrow-UK-overeenkomst en punt 35 hierboven) en niet was bevestigd door enige rechterlijke instantie op het moment van sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst.

266 Derhalve moet de conclusie luiden dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft begaan door Arrow als een potentiële concurrent van Lundbeck in het Verenigd Koninkrijk te beschouwen in het bestreden besluit.

2. Situatie in Denemarken

267 Wat in de tweede plaats de potentiële mededinging in Denemarken betreft, moet ten eerste verzoeksters' argument worden afgewezen over het feit dat Arrow niet meteen na het verstrijken van de Deense Arrow-overeenkomst, in april 2003, tot de markt is toegetreden, maar pas in 2005. In dat verband moet er om te beginnen op worden gewezen dat dit ex post-bewijs betreft en dat dit betrekking heeft op daadwerkelijke mededinging, en niet op potentiële mededinging. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de situatie die na afloop van deze overeenkomst bestond, niet vergelijkbaar is met de situatie daarvoor, omdat de omstandigheden op deze markt in de tussentijd waren gewijzigd.

268 Wat ten tweede het feit betreft dat verzoeksters in Denemarken meerdere rechterlijke bevelen hebben verkregen, moet erop worden gewezen dat die dateren van na de sluiting van de Deense Arrow-overeenkomst, zodat de Commissie niet verplicht was om zich daarop te baseren om te beoordelen of de mogelijkheden voor Arrow om tot de markt toe te treden reëel en concreet waren op het moment van sluiting van die overeenkomst. Zo al met die rechterlijke bevelen rekening kan worden gehouden, dan moet datzelfde gelden voor de beslissingen in hoger beroep waarbij meerdere van de eerste aanleg verkregen rechterlijke bevelen zijn ingetrokken, zoals de Commissie in overweging 185 van het bestreden besluit heeft opgemerkt.

269 Ten derde is het juist dat Arrow ten tijde van de sluiting van de Deense Arrow-overeenkomst wist dat de werkwijze Cipla I waarschijnlijk een inbreuk vormde, maar dat neemt niet weg dat zij had kunnen trachten om het octrooi inzake kristallisatie ongeldig te laten verklaren en dat zij had kunnen trachten om eerst het citalopram van Matrix te kopen, geproduceerd volgens de werkwijze Matrix I, en daarna het citalopram geproduceerd volgens de werkwijzen Cipla II of Matrix II of dat van Ranbaxy (zie punten 198-201 en 256 hierboven). In dat verband moet worden opgemerkt dat Arrow zelfs nadat Lundbeck het octrooi inzake kristallisatie in Denemarken had verkregen, verder is gegaan met haar inspanningen om binnen een redelijke termijn over een VHB te kunnen beschikken, om het door Tiefenbacher geleverde generieke citalopram, dat was geproduceerd op basis van het WFB van Cipla of Matrix, op de Deense markt te kunnen verkopen (zie overwegingen 450, 454, 967 en 968 van het bestreden besluit en de derde overweging van de considerans van de Deense Arrow-overeenkomst).

270 Hieruit volgt dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat Arrow ook in Denemarken een potentiële concurrent van Lundbeck was.

271 Bijgevolg moet het zevende onderdeel worden afgewezen.

J – *Achtste onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Alpharma op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten*

272 Verzoeksters betogen dat Alpharma geen potentiële concurrent van hen was ten tijde van de sluiting van de Alpharma-overeenkomst.

273 Ten eerste heeft Alpharma immers geen toegang gehad tot citalopram dat geen inbreuk op hun octrooien maakte, aangezien zij verplicht was om haar producten bij Tiefenbacher in te kopen. Laatstgenoemde heeft aan Alpharma generiek citalopram geleverd dat volgens de werkwijze Cipla I was verkregen, die duidelijk een inbreuk vormde, en kon haar alleen andere inbreukmakende producten leveren, verkregen volgens de werkwijze Matrix I of, later, volgens de werkwijzen Cipla II en Matrix II. Bovendien houden de twijfels van Alpharma ten aanzien van de geldigheid van het octrooi inzake kristallisatie niet in dat zij een potentiële concurrent was, met name rekening houdend met het feit dat die twijfels op subjectieve oordelen waren gebaseerd.

274 Verzoeksters merken ten tweede op dat Alpharma slechts in acht landen van de EER over een VHB beschikte, waaronder die voor het Verenigd Koninkrijk, die pas in juli 2002 is verleend.

275 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

276 Er dient aan te worden herinnerd dat de Commissie er in overweging 1035 van het bestreden besluit op heeft gewezen dat de groep Alpharma volgens een e-mail van 19 februari 2002 van de met het relevante dossier belaste algemeen directeur van Alpharma, in plaats van de Alpharma-overeenkomst te sluiten, tot de markt had kunnen toetreden met tabletten citalopram die zij reeds ontvangen of besteld had, geproduceerd volgens de werkwijze Cipla I, en de ongeldigheid van het octrooi inzake kristallisatie had kunnen inroepen, waarop deze werkwijze inbreuk maakte volgens de inlichtingen waarover de groep Alpharma en Lundbeck destijds beschikten.

277 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het feit dat Alpharma geenszins had uitgesloten dat zij tot de markt kon toetreden met de tabletten die zij reeds ontvangen of besteld had, ook blijkt uit de interne e-mail van 14 februari 2002 van dezelfde algemeen directeur, die in overweging 516 van het bestreden besluit is aangehaald. De auteur van deze e-mail heeft daarin namelijk aan een van zijn collega's uitgelegd dat Alpharma op dat moment een dubbele strategie volgde, zoals blijkt uit de uitdrukking „we are riding two horses" (wij wedden op twee paarden), namelijk enerzijds de lancering van citalopram in meerdere landen van de EER voorbereiden en anderzijds met Lundbeck onderhandelen, en dat waarschijnlijk de week daarop een beslissing moest worden genomen. Op dat punt heeft hij verduidelijkt dat hij, om de best mogelijke beslissing te kunnen nemen, nood had aan een omschrijving van de situatie in die landen vanuit juridisch oogpunt en van de risico's voor Alpharma.

278 Uit de e-mails van 14 en 19 februari 2002 blijkt dus dat Alpharma, met volle wetenschap van de risico's die aan de markttoetreding verbonden waren, haar plannen niet zou hebben laten varen indien zij geen voldoende gunstige overeenkomst met Lundbeck had kunnen sluiten. Aangezien het interne e-mails betreft, is het niet geloofwaardig dat de standpunten die daarin zijn uitgedrukt „bluf" richting Lundbeck zijn. Voor het overige was die laatste een ervaren onderneming die reeds lang de inspanningen van Alpharma volgde, zoals blijkt uit de brieven die in met name de overwegingen 477 en 496 van het bestreden besluit zijn vermeld. Deze brieven verwijzen onder meer naar het gebruiksmodel van Lundbeck en naar het octrooi inzake kristallisatie, zodat niet kan worden aangenomen dat de daarin tot uitdrukking gebrachte standpunten zonder wetenschap van de risico's op het gebied van die intellectuele-eigendomsrechten waren ingenomen.

279 Bovendien moet worden herinnerd aan de overwegingen in de punten 122 en 254 hierboven ten aanzien van de eventuele ongeldigheid van het octrooi inzake kristallisatie.

280 De verklaringen in bovengenoemde e-mails moeten worden gelezen in het licht van de stappen die Alpharma tot dan toe had gezet om haar markttoetreding voor te bereiden.

281 In dat verband blijkt uit de overwegingen 476, 486, 490, 516 en 1017 van het bestreden besluit dat zij op het moment van sluiting van de Alpharma-overeenkomst:

— reeds een overeenkomst met Tiefenbacher had gesloten, die van 25 juni 2001 dateert, voor de levering van generiek citalopram dat op basis van het WFB van Cipla of Matrix was geproduceerd;

— op grond van die overeenkomst en een eerdere overeenkomst tussen dezelfde partijen, van 31 juli 2000, een VHB in Nederland kon verkrijgen, op basis van de VHB die Tiefenbacher op 31 augustus 2001 van de autoriteiten in die lidstaat had ontvangen, en op grond van de procedure van wederzijdse erkenning in richtlijn 2001/83 VHB's kon verkrijgen in andere landen van de EER;

— reeds een voorraad van 9,4 miljoen tabletten citalopram had aangelegd en nog eens 16 miljoen andere had besteld;

— reeds VHB's had in Nederland, Finland, Denemarken en Zweden en op 9 januari 2002 toezeggingen heeft gekregen dat zij in de zeer nabije toekomst ook een VHB in het Verenigd Koninkrijk zou verkrijgen;

— reeds een prijslijst had gepubliceerd voor haar citalopram in het Verenigd Koninkrijk.

282 In de tweede plaats moet worden opgemerkt, zoals ook de Commissie in overweging 1035 van het bestreden besluit heeft gedaan, dat Alpharma volgens de e-mail van 19 februari 2002, in plaats van de Alpharma-overeenkomst te sluiten, haar markttoetreding ook had kunnen uitstellen tot de lente of de zomer van dat jaar en daarbij overschakelen op het citalopram van Matrix, dat voor het octrooi inzake kristallisatie niet problematisch werd geacht.

283 Het is juist dat uit de e-mail van 19 februari 2002 blijkt dat met de overschakeling op het citalopram van Matrix ernstige nadelen waren verbonden. Opgemerkt moet echter worden dat op grond van de overeenkomst tussen Tiefenbacher en Alpharma zowel het citalopram van Cipla als dat van Matrix kon worden verkregen (zie overweging 480 van het bestreden besluit).

284 Voorts is in de e-mail van 19 februari 2002 weliswaar verduidelijkt dat de overschakeling op het WFB van Matrix tot uitstel van de markttoetreding zou hebben geleid, waardoor dus minder van de verwachte voordelen konden worden behaald, maar dit nadeel moet worden afgewogen tegen het voordeel als gevolg van het feit dat het risico op een inbreuk op het octrooi inzake kristallisatie afnam. Uit deze e-mail volgt in elk geval geenszins dat de overstap op het WFB van Matrix, ondanks dat uitstel en die gevolgen, economisch geen haalbare optie was. Het was louter een factor waardoor het financieel de voorkeur verdiende om een gunstige overeenkomst met Lundbeck te sluiten. Deze kwestie is dus irrelevant voor de beoordeling of er reële en concrete mogelijkheden waren dat Alpharma tot de markt zou toetreden.

285 Daarnaast levert de omstandigheid dat Matrix haar werkwijze voor de productie van het WFB citalopram op een datum na de sluiting van de Alpharma-overeenkomst heeft gewijzigd, zoals blijkt uit voetnoot 155 van het bestreden besluit, niet het bewijs dat de voorheen beschikbare werkwijze inbreuk maakte op het octrooi inzake kristallisatie. Die wijziging getuigt enkel van de inspanningen van Matrix om zich tegen elk risico van een inbreuk in te dekken. Bovendien heeft deze wijziging tijdens de looptijd van die overeenkomst plaatsgevonden, zodat Alpharma het nieuwe WFB van Matrix, geproduceerd volgens de werkwijze Matrix II, had kunnen gebruiken indien zij niet zou zijn betaald om van de markt weg te blijven. Hoe dan ook was de groep Alpharma op 19 februari 2002 van mening dat het WFB van Matrix, gebaseerd op de werkwijze Matrix I die zij destijds volgde, het hem toeliet om zonder inbreuk op het octrooi inzake kristallisatie tot de markt toe te treden.

286 Hieruit volgt dat die onderneming ten tijde van de sluiting van de Alpharma-overeenkomst over reële en concrete mogelijkheden beschikte om tot de markt toe te treden met het generieke citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla I of Matrix I was geproduceerd. Zoals in de punten 198 en 200 hierboven is onderzocht, is tijdens de looptijd van die overeenkomst bovendien ook het generieke citalopram dat volgens de werkwijzen Matrix II en Cipla II werd geproduceerd, beschikbaar geworden.

287 Aan de constatering dat Alpharma een potentiële concurrent van verzoeksters was, wordt niet afgedaan door de verwijzing van verzoeksters naar een verklaring die Alpharma op 28 februari 2002 aan de pers heeft afgelegd. Met die verklaring heeft Alpharma in wezen aangekondigd dat zij de verkopen van citalopram uitstelde tot ten minste het einde van de zomervakantie en dat zij het project rond die verkopen in voorkomend geval ook geheel zou staken, omdat er problemen op het gebied van verzoeksters' octrooien waren met haar voorraad. Zij heeft daaraan toegevoegd dat zij een andere producent van het WFB moest zoeken en de nodige vergunningen moest verkrijgen.

288 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat deze verklaring, zoals de Commissie in overweging 1055 van het bestreden besluit heeft uiteengezet, doet uitschijnen dat de wijziging van Alpharma' s plannen het gevolg waren van een eenzijdig door haar genomen beslissing. Daarin wordt immers op geen enkele wijze naar de Alpharma-overeenkomst verwezen, wat strookt met het geheime karakter daarvan, zoals opgenomen in punt 3.1 van die overeenkomst. Daarnaast moet rekening worden gehouden met het feit dat deze verklaring bedoeld was om uitleg te geven aan de potentiële klanten van Alpharma.

289 Bijgevolg doet deze verklaring niet af aan de stelling van de Commissie op basis van met name de e-mails van 14 en 19 februari 2002 en de stappen die Alpharma tot dan toe had gezet, namelijk dat deze onderneming zonder de sluiting van de Alpharma-overeenkomst over een reële en concrete mogelijkheid beschikte om tot de markt toe te treden.

290 Ten aanzien van verzoeksters' argument dat Alpharma niet in alle landen van de EER over een VHB beschikte, volstaat het op te merken dat zij reeds op meerdere VHB's kon rekenen en dat zij reële en concrete mogelijkheden had om er nog andere te verkrijgen op grond van de procedure van wederzijdse erkenning als bedoeld in artikel 18 van richtlijn 2001/83. Dergelijke mogelijkheden vallen op grond van de overwegingen in de punten 162 en 171 hierboven onder potentiële mededinging.

291 Gelet op een en ander moet het achtste onderdeel worden afgewezen.

K – *Negende onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Ranbaxy op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten*

292 Verzoeksters betogen dat Ranbaxy geen potentiële concurrent van hen was ten tijde van de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst.

293 Verzoeksters voeren ten eerste aan dat Ranbaxy hen weliswaar tijdens een vergadering op 17 april 2002 in kennis had gesteld van het feit dat zij over een werkwijze beschikte die geen inbreuk op een octrooi maakte, dat zij binnen 8 maanden een VHB wilde verkrijgen en dat zij op het punt stond om een overeenkomst te sluiten met een andere generieke onderneming die haar WFB zou kunnen kopen en binnen maximaal 4 maanden tot de markt zou kunnen toetreden met generiek citalopram geproduceerd op basis van dit WFB, maar dat dit slechts „bluf" was om hen te overtuigen om een voor Ranbaxy gunstige overeenkomst te sluiten. Het feit dat laatstgenoemde verklaringen in dezelfde zin heeft afgelegd aan andere generieke ondernemingen die mogelijke kopers voor haar WFB waren, is evenmin doorslaggevend. Meer bepaald dateert haar verklaring aan Alpharma van vóór het onderzoek van de reactieschema's van Ranbaxy door Lundbeck, op grond waarvan kon worden vastgesteld dat de werkwijze van Ranbaxy inbreuk maakte op haar octrooien inzake amide en jodium.

294 Verzoeksters merken ten tweede op dat Ranbaxy geen reële en concrete mogelijkheid had om tijdens de looptijd van de Ranbaxy-overeenkomst een VHB te verkrijgen. In de loop van de administratieve procedure heeft zij alle problemen rond de procedure van wederzijdse erkenning in artikel 18 van richtlijn 2001/83 toegegeven.

295 Verzoeksters benadrukken ten derde dat Ranbaxy in oktober 2002 heeft verklaard dat zij na juni 2002 geen citalopram heeft verkocht, niet alleen in Europa maar wereldwijd, wat aantoont dat zij daartoe ook niet in staat was, los van de Ranbaxy-overeenkomst, die alleen zag op de EER.

296 Verzoeksters merken ten vierde op dat Ranbaxy hen na afloop van de op haar betrekking hebbende overeenkomst heeft verzocht om een licentie voor het octrooi inzake jodium, in plaats van gewoon van haar eigen werkwijze gebruik te maken, hetgeen bevestigt dat die inbreuk maakte op dat octrooi.

297 Ten vijfde is in het bestreden besluit geen bewijs te vinden van het feit dat verzoeksters of Ranbaxy twijfelden over de geldigheid van de octrooien inzake amide en jodium, aangezien de daarin vermelde verklaringen alleen betrekking hebben op het octrooi inzake kristallisatie.

298 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

299 Wat in de eerste plaats verzoeksters' argumenten inzake de vermeende „bluf" van Ranbaxy betreft, dient eraan te worden herinnerd dat, zoals de Commissie duidelijk heeft gemaakt in met name de overwegingen 1095 en 1096 van het bestreden besluit, uit de aantekeningen van de vergadering tussen henzelf en Ranbaxy van 17 april 2002 blijkt dat laatstgenoemde bij die gelegenheid het volgende heeft gesteld:

— zij gebruikte een werkwijze die geen inbreuk maakte op de octrooien van Lundbeck;

— Lundbeck wist van deze werkwijze;

— zij was voornemens om aanvragen voor VHB's in te dienen in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, waar zij haar eigen dochterondernemingen had, en zij verwachtte die VHB's binnen 8 maanden te verkrijgen;

— zij was bijna zover dat zij een overeenkomst zou sluiten met een andere generieke onderneming, die zij niet bij naam heeft genoemd, maar waarvan Lundbeck dacht dat het Tiefenbacher of een vennootschap uit de groep Merck was, waarmee zij het daarheen wilde leiden dat haar WFB in noordelijk Europa op de markt zou komen binnen 3 tot 4 maanden;

— haar wereldwijde productiecapaciteit was 4,5 ton WFB per jaar;

— zij was bereid om met Lundbeck een overeenkomst te sluiten.

300 Ook moet erop worden gewezen dat Lundbeck volgens dit verslag wist dat een dergelijke overeenkomst duur en lastig zou kunnen zijn, met name vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht (zie overwegingen 188 en 1095 van het bestreden besluit).

301 Niettemin heeft Lundbeck besloten om de Ranbaxy-overeenkomst te sluiten, wat aantoont dat zij de bedreiging die van deze onderneming uitging serieus nam.

302 In die context moet erop worden gewezen dat de perceptie die Lundbeck van Ranbaxy had, een van de factoren is waarmee volgens de rechtspraak (zie punten 101 en 104 hierboven) rekening kan worden gehouden, hoewel dit niet op zich volstaat voor het bewijs dat sprake is van potentiële mededinging.

303 Wat de mogelijkheid betreft dat verzoeksters' perceptie beïnvloed is geweest door het feit dat Ranbaxy's „bluf" was geslaagd, moet er om te beginnen op worden gewezen dat zij een ervaren onderneming vormden, die gedurende lange tijd had gevolg welke stappen de generieke ondernemingen met betrekking tot citalopram aan het ondernemen waren (zie met name overwegingen 172-183 van het bestreden besluit).

304 Wat meer in het bijzonder Ranbaxy betreft, waren verzoeksters bijzonder oplettend, aangezien zij tussen januari en juli 2001 veelvuldig contact met haar hadden, met als aangekondigd doel om te verkennen welke mogelijkheden er waren om het citalopram van Ranbaxy te gebruiken, terwijl het in werkelijkheid om een vertragingstactiek van hun kant ging (zie overwegingen 549-552 van het bestreden besluit). Bovendien hebben verzoeksters in mei 2002 vernomen dat Ranbaxy twee octrooiaanvragen had ingediend in India en zijn zij, na analyse van de reactieschema's van Ranbaxy, tot het oordeel gekomen dat deze aanvragen zouden kunnen conflicteren met hun octrooien inzake amide en jodium (zie overwegingen 560-564 van het bestreden besluit).

305 Zelfs na de ondertekening van de Ranbaxy-overeenkomst hebben verzoeksters nooit geklaagd dat zij het slachtoffer van list waren geworden. Zoals blijkt uit overweging 206 van het bestreden besluit hebben zij zich in december 2002 juist verheugd over het feit dat zij erin waren geslaagd om de lancering van het generieke citalopram, die voor het eerste trimester van 2002 werd verwacht, te vertragen, waardoor gunstige voorwaarden waren gecreëerd om de afzet van hun nieuwe geneesmiddel, Cipralex, te vergroten (zie punt 22 hierboven). Zij hebben deze overeenkomst zelfs tot en met 31 december 2003 willen verlengen door de ondertekening van een addendum op 19 februari 2003. Bij gebreke van daartoe strekkend bewijs, is het niet geloofwaardig Ranbaxy er over een zo lange periode in zou zijn geslaagd om Lundbeck twee keer iets voor te spiegelen.

306 Zoals uit met name overweging 1105 van het bestreden besluit blijkt, heeft Ranbaxy bovendien vóór en na de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst ten overstaan van derden betoogd dat haar werkwijzen geen inbreuk maakten op de nieuwe octrooien van Lundbeck. Meer bepaald heeft de Commissie in de overwegingen 554, 557 en 1093 van het bestreden besluit geconstateerd dat Ranbaxy contacten had gehad met Arrow, eerst in januari en daarna in april 2002, die zijn uitgemond in een concrete offerte aan laatstgenoemde voor de verkoop van 500 à 1000 kg WFB. Het is dus niet geloofwaardig dat Ranbaxy opzettelijk valse informatie aan haar potentiële klanten heeft gegeven om hen te overtuigen om haar WFB te kopen. Met een dergelijk gedrag zou zich immers bloot hebben gesteld aan schadevergoedingsacties door haar klanten. Bovendien heeft een van die klanten van Ranbaxy de nodige documentatie gekregen om te onderbouwen dat haar werkwijzen geen inbreuk vormden.

307 Voor het feit dat Ranbaxy richting verzoeksters niet aan het „bluffen" was, kan bevestiging worden gevonden in ander bewijs dat de Commissie in het bestreden besluit heeft gepresenteerd.

308 Zo moet er ten eerste aan worden herinnerd dat de Commissie er in overweging 1091 van het bestreden besluit op heeft gewezen dat Ranbaxy reeds in januari 2001 begonnen was met de ontwikkeling van een werkwijze voor de productie van citalopram. Uit het document dat in de overwegingen 552 en 1091 van het bestreden besluit wordt aangehaald, blijkt dat Ranbaxy bijzonder teleurgesteld was toen Lundbeck haar er in juli 2001 van in kennis heeft gesteld dat zij niet de 400 kg WFB wilde kopen die laatstgenoemde aan haar had aangeboden. De reden daarvoor was dat zij in de hele daaraan voorafgaande periode, waarin Lundbeck haar liet geloven dat zij belangstelling voor haar WFB had, met opzet had afgezien van andere mogelijkheden die zich hadden aangediend.

309 Ten tweede heeft de Commissie in de overwegingen 566 en 1092 van het bestreden besluit mede in aanmerking genomen dat Ranbaxy in december 2001 technische gegevens over haar WFB aan een potentiële klant in Italië had verstrekt, waarna zij in de eerste helft van 2002 16 kg WFB had toegezonden. Vervolgens heeft een potentiële klant in Frankrijk januari 2002 ook technische gegevens ontvangen. Daarna heeft Ranbaxy in 2002 een kleine hoeveelheid WFB aan een potentiële Zweedse klant gezonden.

310 Ten derde moet worden opgemerkt dat Ranbaxy, zoals de Commissie in overweging 584 van het bestreden besluit duidelijk heeft gemaakt, in juli 2002 een kleine hoeveelheid van haar WFB heeft verkocht aan een Italiaanse klant waarmee zij een paar maanden daarvoor contact had gehad. Indien Ranbaxy in staat was om kort na de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst een kleine hoeveelheid WFB te verkopen, dan moet worden vastgesteld dat zij daarvóór op zijn minst over reële en concrete mogelijkheden beschikte om dat te doen.

311 Tot slot moet worden opgemerkt dat Ranbaxy, zelfs na onderzoek van haar reactieschema's door verzoeksters, heeft beslist om haar DMF in te dienen bij de bevoegde autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk en vervolgens een VHB heeft aangevraagd. Dergelijke stappen zouden niet zijn ondernomen indien de conclusie na dat onderzoek zou zijn geweest dat de door Ranbaxy gebruikte werkwijze voor de productie van haar WFB inbreuk maakte op de octrooien inzake amide en jodium.

312 Wat in de tweede plaats verzoeksters' argument inzake de voor de verkrijging van een VHB noodzakelijke termijn betreft, moet worden herinnerd aan de overwegingen in de punten 171, 177 en 178 hierboven en de informatie over de termijnen die Ranbaxy heeft verstrekt tijdens de vergadering op 17 april 2002 (zie punt 299, derde en vierde streepje, hierboven).

313 Daar waar de stappen die een generieke onderneming als Ranbaxy onderneemt om haar toetreding tot de markt met generiek citalopram voor te bereiden, daaronder begrepen het proces dat noodzakelijk is om VHB's te verkrijgen, relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van potentiële mededinging en daar waar deze stappen door Lundbeck serieus zijn genomen, is het van weinig belang of de procedures die noodzakelijk zijn voor de verlening van die VHB's konden worden afgerond binnen de door Ranbaxy voorziene termijnen of dat zij langere tijd in beslag namen.

314 Gepreciseerd moet worden dat de afronding van de procedure voor de verkrijging van een VHB weliswaar onontbeerlijk is, wil daadwerkelijke mededinging bestaan, maar dat de weg om daartoe te komen op potentiële mededinging wijst wanneer die wordt afgelegd door een onderneming die haar markttoetreding reeds lange tijd in alle ernst aan het voorbereiden is, hoewel die in werkelijkheid een langere tijd in beslag kan nemen dan door de betrokkenen voorzien.

315 Zelfs gesteld dat Ranbaxy de tijd die noodzakelijk is om een VHB te verkrijgen heeft onderschat, moet er ten eerste op worden gewezen dat Lundbeck desondanks concurrentiedruk heeft gevoeld, zelfs zo zeer dat zij het in haar belang heeft geacht om Ranbaxy te betalen om haar markttoegang voor de duur van de Ranbaxy-overeenkomst te beperken of zelfs uit te sluiten.

316 Ten tweede heeft deze betaling de noodzaak voor Ranbaxy om de procedure voor de verlening van een VHB zo veel mogelijk te bespoedigen, noodzakelijkerwijs minder dringend gemaakt, aangezien zij zich er door de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst van verzekerd had dat zij naar haar maatstaven aanzienlijke winst zou maken in ruil voor deze beperking of uitsluiting. Het feit dat zijn haar aanvraag voor een VHB wegens een „herformattering" van het dossier in augustus 2002 heeft ingediend, terwijl alle resultaten van de relevante testen in juni vanuit India waren toegezonden, zoals de Commissie heeft geconstateerd in voetnoot 1887 van het bestreden besluit, bevestigt dat zij na de sluiting van de overeenkomst met Lundbeck niet bijzonder veel haast had bij het verkrijgen van een VHB.

317 Hoe dan ook moet er om te beginnen op worden gewezen dat de lidstaten volgens artikel 17, lid 1, van richtlijn 2001/83 alle passende maatregelen nemen om te waarborgen dat de procedure voor de verlening van een VHB binnen 210 dagen na indiening van een geldige aanvraag is voltooid. Indien Ranbaxy een aanvraag zou hebben ingediend met alle noodzakelijke details, dan hadden de bevoegde autoriteiten die dus moeten behandelen binnen een nog kortere termijn dan de acht maanden die in het verslag van de vergadering van 17 april 2002 zijn vermeld.

318 Het is juist dat de termijn van 210 dagen die in artikel 17, lid 1, van richtlijn 2001/83 is voorzien, wordt opgeschort wanneer de bevoegde autoriteit meent dat een aanvraag niet geldig is en de betrokken onderneming verzoekt om aanvullende gegevens te verstrekken.

319 Toen zij het verslag over de vergadering van 17 april 2002 schreef, heeft Lundbeck echter geen opmerking toegevoegd dat de door Ranbaxy voorziene termijn van acht maanden niet realistisch was, maar alleen genoteerd dat een overeenkomst 10 tot 20 miljoen USD zou kunnen kosten, of zelfs meer (overweging 1095 van het bestreden besluit).

320 Hieruit volgt dat Ranbaxy over een reële en concrete mogelijkheid beschikte om tijdens de looptijd van de Ranbaxy-overeenkomst een VHB te verkrijgen, hetgeen in de omstandigheden van de onderhavige zaak volstond om concurrentiedruk op Lundbeck uit te oefenen.

321 Vervolgens dient eraan te worden herinnerd dat Ranbaxy volgens het verslag van 17 april 2002 de mogelijkheid had om een bestaande VHB te kopen of om haar WFB te verkopen aan een generieke onderneming die reeds over een VHB beschikte, waarbij voor beide opties evenwel een wijziging van type II van die VHB's noodzakelijk was.

322 Zoals erop is gewezen in de punten 306 en 309 hierboven, had Ranbaxy vóór de sluiting van de overeenkomst met Lundbeck meerdere stappen ondernomen om haar WFB te verkopen, en niet om op basis daarvan gemaakte eindproducten te verkopen. Het feit dat de verkoop van eindproducten rendabeler zou zijn geweest, staat niet in de weg aan het oordeel dat de verkoop van haar WFB voor Ranbaxy een reële en concrete mogelijkheid was om de concurrentie met Lundbeck aan te gaan, zoals is vermeld in het verslag van de vergadering van 17 april 2002.

323 Zoals de Commissie duidelijk heeft gemaakt in voetnoot 1885 van het bestreden besluit, is de termijn van 3 tot 4 maanden die vermeld is in het verslag van 17 april 2002 tot slot in overeenstemming met de statistieken van de bevoegde autoriteit van het Verenigd Koninkrijk over de duur van de procedures betreffende wijzigingen van type II, die de Commissie aan het Gerecht heeft overgelegd. Daaruit blijkt dat het merendeel van die procedures tussen maart 2001 en februari 2002 werden afgerond binnen een periode van 90 dagen.

324 Het is in dat verband juist dat die periode wordt berekend vanaf de indiening van een compleet dossier, zonder rekening te houden met opschortingen wegens verzoeken om aanvullende inlichtingen, zoals blijkt uit de inleidende toelichtingen bij die statistieken. Zoals de Commissie echter duidelijk heeft gemaakt in antwoord op een vraag van het Gerecht, heeft de bevoegde autoriteit van het Verenigd Koninkrijk bevestigd dat in de periode waarop de statistieken in kwestie zagen, 50 % van de verzoeken om wijzigingen van type II die waren ingediend, binnen een maximumtermijn van 90 dagen waren behandeld. In 40 % van de gevallen was namelijk geen verzoek om aanvullende inlichtingen uitgegaan en in 10 % van de gevallen had de toezending van een dergelijk verzoek de procedure niet langer dan die termijn gemaakt.

325 Deze statistieken bevestigen dus dat er een reële en concrete mogelijkheid was om een bestaande VHB zodanig te wijzigen dat die het citalopram geproduceerd volgens de werkwijzen van Ranbaxy omvatte binnen een termijn in de grootteorde die is vermeld in het verslag van de vergadering van 17 april 2002, aangezien het verzoek om wijziging onder één van de gevallen bedoeld in punt 324 hierboven kon vallen.

326 Bovendien moet worden opgemerkt dat de toelichtingen die door de bevoegde autoriteit van het Verenigd Koninkrijk zijn verstrekt, weliswaar dateren van na de ondertekening van de Ranbaxy-overeenkomst en zelfs van na de vaststelling van het bestreden besluit, aangezien zij ten behoeve van de procedure voor het Gerecht zijn opgesteld, maar dat zij verwijzen naar de situatie zoals die ten tijde van de onderhandelingen met het oog op de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst

was en een verduidelijking zijn van de wijze waarop de gegevens in het bestreden besluit moeten worden uitgelegd. Met deze toelichtingen kan dus rekening worden gehouden onder de voorwaarden genoemd in de punten 138 tot en met 141 hierboven.

327 Wat in de derde plaats het feit betreft dat Ranbaxy heeft verklaard dat zij tijdens de looptijd van de Ranbaxy-overeenkomst na juni 2002 geen citalopram heeft verkocht, noch in Europa noch wereldwijd (zie overweging 577 van het bestreden besluit), moet erop worden gewezen dat dit geen relevante omstandigheid is voor de beoordeling of op het moment van sluiting van die overeenkomst sprake was van potentiële mededinging binnen EER. Het feit dat Ranbaxy ook buiten de EER geen citalopram heeft verkocht, toont hoogstens aan dat die onderneming buiten de EER geen daadwerkelijke concurrent van Lundbeck was. Dit heeft echter geen gevolgen voor het bestaan van een relatie van potentiële mededinging, of dit nu binnen de EER of daarbuiten is. Overigens moet erop worden gewezen dat de Commissie geenszins verplicht was om de potentiële mededinging buiten de EER te onderzoeken.

328 Wat in de vierde plaats verzoeksters' argument betreft dat Ranbaxy hen in januari 2004 heeft verzocht om een licentie voor het octrooi inzake jodium, dat op 23 maart 2003 is verleend, moet erop worden gewezen dat deze omstandigheid niet betekent dat zij niet over reële en concrete mogelijkheden beschikte om de markt vóór 2004 met haar producten te betreden. Aan een verzoek om een licentie kunnen meerdere redenen ten grondslag liggen, zoals het voorkomen dat enige vordering wegens inbreuk wordt ingesteld. Ranbaxy had kunnen menen dat verzoeksters ermee zouden hebben ingestemd om haar een licentie tegen een lagere vergoeding te verlenen, waardoor zij zich voor lage kosten tegen enig risico van een potentiële inbreuk op het octrooi inzake jodium had kunnen indekken. De door verzoeksters aangevoerde licentieovereenkomst is dus niet bepalend voor de vraag of zij ten tijde van de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst potentiële concurrenten van Ranbaxy waren.

329 In de vijfde plaats moet er met verzoeksters op worden gewezen dat het bestreden besluit geen enkele verwijzing lijkt te bevatten naar het bestaan van twijfels over de geldigheid van de octrooien inzake amide en jodium. Afgezien van het feit dat het octrooi inzake jodium nog niet was verleend toen de Ranbaxy-overeenkomst werd gesloten, zodat dat niet aan een vordering wegens inbreuk ten grondslag had kunnen worden gelegd, moet echter worden opgemerkt dat de beoordeling van de potentiële mededinging tussen Lundbeck en Ranbaxy die in het bestreden besluit is verricht, eerder is gebaseerd op het bewijs waaruit blijkt dat Ranbaxy zich op haar markttoetreding aan het voorbereiden was omdat zij meende dat haar werkwijze geen inbreuk vormde, dan de mogelijkheid om de octrooien van Lundbeck waarop mogelijk inbreuk werd gemaakt, nietig te laten verklaren.

330 Gelet op een en ander moet het negende onderdeel worden afgewezen, en daarmee het eerste middel in zijn geheel.

II – *Tweede, derde, vierde, vijfde en zesde middel: in essentie, schending van artikel 101, lid 1, VWEU*

331 Alvorens verzoeksters' argumenten ten aanzien van de inhoud, het doel en de context van de litigieuze overeenkomsten te onderzoeken, moet kort in herinnering worden gebracht welke benadering de Commissie in het bestreden besluit heeft gevolgd om de litigieuze overeenkomsten in de onderhavige zaak als mededingingsbeperking naar strekking te kwalificeren. Ook moet de relevante rechtspraak in herinnering worden gebracht.

A – *Analyse inzake het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking in het bestreden besluit*

332 De Commissie heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat de litigieuze overeenkomsten een mededingingsbeperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormden. Daarbij heeft zij zich gebaseerd op een samenstel van factoren die betrekking hebben op de inhoud, de context en het doel van bedoelde overeenkomsten (punten 61-67 hierboven).

333 Zo was zij van mening dat een belangrijk aspect van de economische en juridische context waarin de litigieuze overeenkomsten waren gesloten, gelegen was in het feit dat de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck vóór de sluiting van de litigieuze overeenkomsten waren verstreken, maar dat zij op het moment waarop die overeenkomsten waren gesloten meerdere werkwijzeoctrooien had verkregen – of op het punt stond om die te verkrijgen –, waaronder het octrooi inzake kristallisatie. De Commissie heeft evenwel geoordeeld dat een octrooi niet het recht verleent om de commerciële autonomie meer te beperken dat op grond van de daardoor toegekende rechten mogelijk is (overweging 638 van het bestreden besluit).

334 Zij was dus van mening dat, hoewel niet elke schikkingsovereenkomst op octrooigebied noodzakelijkerwijs mededingingsrechtelijk problematisch was, dit wel het geval was wanneer dergelijke overeenkomsten erin voorzien dat een van de partijen, die op zijn minst een potentiële concurrent van de andere partij is, gedurende een bepaalde tijd van de markt wordt uitgesloten en wanneer dit gepaard gaat met een waardeoverdracht door de octrooihouder ten gunste van de generieke onderneming die mogelijk inbreuk op dat octrooi maakt (hierna: „betaling in omgekeerde richting") (overwegingen 639 en 640 van het bestreden besluit).

335 Ook blijkt uit het bestreden besluit dat, zelfs wanneer de in de litigieuze overeenkomsten voorziene beperkingen binnen de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck vielen, wat wil zeggen dat die overeenkomsten alleen verhinderden dat een generiek citalopram op de markt zou komen dat de partijen bij de overeenkomsten als een potentiële inbreuk op die octrooien beschouwden en niet elke soort generiek citalopram, die niettemin de strekking hadden om de mededinging te beperken, met name omdat zij elke vorm van bestrijding van de geldigheid van de octrooien van Lundbeck voor de nationale rechter verhinderden of nutteloos maakten, en dat terwijl dat soort bestrijding volgens de Commissie deel uitmaakte van de normale marktwerking op het gebied van octrooien (overwegingen 603-605, 625, 641 en 674 van het bestreden besluit).

336 Anders gezegd, meende de Commissie dat de litigieuze overeenkomsten de onzekerheid over de uitkomst van dergelijke rechtszaken omvormden in de zekerheid dat de generieken niet tot de markt zouden toetreden, hetgeen ook een mededingingsbeperking naar strekking kan vormen wanneer dergelijke beperkingen niet het resultaat zijn van een analyse door de partijen van de merites van het uitsluitende recht in kwestie, maar eerder van de omvang van de betaling in omgekeerde richting, die in een dergelijk geval die beoordeling overschaduwt en de generieke onderneming ertoe aanzet om niet verder te trachten tot de markt toe te treden (overweging 641 van het bestreden besluit).

337 Aan de hand van die overwegingen moeten verzoeksters' argumenten waarmee zij in twijfel trekken dat in de onderhavige zaak sprake is van een beperking naar strekking, worden getoetst.

B – *Toepasselijke beginselen en rechtspraak*

338 Er dient aan te worden herinnerd dat artikel 101, lid 1, VWEU bepaalt dat „alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke [...] ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, [onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn] en met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten."

339 In dat verband volgt uit de rechtspraak dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht (arrest CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 49; zie in die zin ook arresten van 30 juni 1966, LTM, 56/65, Jurispr., EU:C:1966:38, blz. 394, en van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, Jurispr., EU:C:2013:160, punt 34).

340 Deze rechtspraak is ingegeven door het feit dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging (arrest CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 50; zie in die zin ook arrest Allianz Hungária Biztosító e.a., punt 339 supra, EU:C:2013:160, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

341 Zo staat vast dat bepaalde kartelafspraken, zoals die welke tot horizontale prijsbepaling door kartels leiden, beschouwd kunnen worden als afspraken die een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van inzonderheid de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat het overbodig kan worden geacht voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt. De ervaring leert namelijk dat dergelijke gedragingen leiden tot productieverminderingen en prijsstijgingen, waardoor de middelen inefficiënt worden ingezet, hetgeen met name de consumenten schaadt (zie arrest CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie in die zin ook arrest van 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, Jurispr., hierna „BIDS-arrest", EU:C:2008:643, punten 33 en 34).

342 Wanneer uit de analyse van een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen niet blijkt dat de mededinging daardoor in voldoende mate wordt verstoord, moeten de gevolgen ervan evenwel worden onderzocht en kan deze vorm van coördinatie slechts worden verboden indien alle factoren aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd, beperkt of vervalst (arresten Allianz Hungária Biztosító e.a., punt 339 supra, EU:C:2013:160, punt 34, en CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 52).

343 Bij de beoordeling of een mededingingsverstorende overeenkomst tussen ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten (arresten Allianz Hungária Biztosító e.a., punt 339 supra, EU:C:2013:160, punt 36, en CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 53).

344 Voorts hoeven de bedoelingen van partijen weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een overeenkomst tussen ondernemingen beperkend is, maar niets belet de mededingingsautoriteiten of de nationale rechter en de Unierechter om rekening te houden met deze bedoelingen (arresten Allianz Hungária Biztosító e.a., punt 339 supra, EU:C:2013:160, punt 37, en CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 54).

C – Tweede middel: kennelijke schending van het recht en de feiten en ontoereikende motivering bij de beoordeling van de rol van de waardeoverdrachten in de litigieuze overeenkomsten

345 Volgens verzoeksters is er in het besluit sprake van een dwaling voor zover daarin is geoordeeld dat het feit dat in de litigieuze overeenkomsten was voorzien in betalingen door Lundbeck, betekende dat deze overeenkomsten een mededingingsverstorende strekking hadden, op grond dat deze betalingen getuigden van het feit dat de beperkingen in elk van die overeenkomsten niet overeenstemden met het oordeel dat de partijen zich hadden gevormd van de kracht van de betrokken octrooien en de inbreuk daarop (eerste onderdeel). Daarnaast is in het besluit een vergissing begaan bij de conclusie dat de beperkingen in de litigieuze overeenkomsten voor de generieke ondernemingen de prikkels verminderden of wegnamen om hun inspanningen om tot de markt toe te treden zelfstandig voort te zetten, ook al gingen die beperkingen niet verder dan inherent was aan het bestaan van de octrooien van Lundbeck. In het besluit is niet bewezen dat de door Lundbeck verrichte betalingen dit effect hebben gehad of dat de betrokken beperkingen niet strookten met het oordeel van de partijen (tweede onderdeel). De in dat verband door de Commissie gehanteerde stelling in het bestreden besluit is incoherent en irrealistisch en daardoor wordt een niet-werkbaar juridisch criterium toegepast (derde onderdeel).

1. Eerste onderdeel

346 Verzoeksters menen dat in het besluit het recht en de feiten zijn geschonden doordat daarin de conclusie is getrokken dat de litigieuze overeenkomsten niet de beoordeling van de kracht van de octrooien door de partijen weergeven.

347 Zij merken op dat in het bestreden besluit is vastgesteld dat een schikkingsovereenkomst waarschijnlijk rechtsgeldig zal zijn wanneer zij „is gesloten op basis van een oordeel over de octrooisituatie waartoe elk van de partijen voor zich is gekomen” (overweging 604), maar dat de beperkingen die in het kader van een schikking zijn voorzien „in strijd kunnen komen met artikel 101 [VWEU] wanneer die beperkingen niet gerechtvaardigd kunnen worden en niet gebaseerd zijn op de beoordeling door de partijen van de merites van het eigenlijke uitsluitende recht” (overweging 641). De vaststelling in het bestreden besluit dat de litigieuze overeenkomsten niet de beoordeling van de kracht van de octrooien door de partijen weergeven, is echter niet onderbouwd met enig schriftelijk bewijs waaruit blijkt dat de partijen geen vertrouwen hadden in de kracht van de octrooien in kwestie en gebaseerd op de ongefundeerde veronderstelling dat waardeoverdrachten inhouden dat de beperkingen in die overeenkomsten niet in overeenstemming zijn met het oordeel dat de partijen zich over de kracht van die octrooien hebben gevormd.

348 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

349 Er dient aan te worden herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit tot het oordeel is gekomen dat het feit dat de beperkingen in de litigieuze overeenkomsten door middel van omvangrijke betalingen in omgekeerde richting waren verkregen, een doorslaggevende factor was bij de beoordeling van die overeenkomsten (overweging 660 van het bestreden besluit).

350 In het bestreden besluit is niettemin erkend dat het feit dat sprake is van een betaling in omgekeerde richting in het kader van een schikking op octrooigebied niet altijd problematisch is, met name niet wanneer de betaling verband houdt met de kracht van het octrooi, zoals die door elk van de partijen wordt gezien, wanneer het noodzakelijk is om een in de ogen van de partijen aanvaardbare en rechtsgeldige oplossing te vinden en wanneer dit niet gepaard gaat met beperkingen die bedoeld zijn om de markttoetreding van de generieken te vertragen (overwegingen 638 en 639 van het bestreden besluit). Zo heeft zij het voorbeeld van Neolab genomen, waarmee Lundbeck ook een schikking had getroffen, die niet problematisch is geacht, ook al hield die een betaling in omgekeerde richting in, omdat die betaling aan Neolab plaats had gevonden in ruil van een verbintenis van haar zijde om geen schadevergoeding te vorderen voor de bevoegde rechterlijke instanties en omdat Lundbeck voor een bepaalde periode had afgezien van vorderingen op octrooigebied (overwegingen 164 en 639 van het bestreden besluit). In een dergelijk geval heeft de betaling in omgekeerde richting ook daadwerkelijk tot doel om een geschil tussen de partijen te beslechten, zonder echter de markttoetreding van de generieken te vertragen.

351 Hoewel het juist is dat er in het geval van Neolab een eerste schikking tussen de partijen was geweest die erin voorzag dat de markttoetreding van Neolab zou worden vertraagd in afwachting van de uitkomst van het Lagap-geschil, ging die schikking echter niet zelf gepaard met een waardeoverdracht en gold daarbij als voorwaarde dat Lundbeck schadevergoeding aan Neolab zou betalen in geval van een ongunstige uitspraak in dat geschil. Nadat Lundbeck uiteindelijk had beslist om haar geschil met Lagap minnelijk te regelen, had Neolab er nog steeds belang bij dat zij schadevergoeding zou ontvangen door de ongeldigheid van het octrooi van Lundbeck in te roepen. In die context heeft Lundbeck er de voorkeur aan gegeven om ook haar geschil met Neolab minnelijk te regelen, door te aanvaarden haar schadevergoeding te betalen voor het jaar waarin zij zich van de markt had teruggetrokken en door zich ertoe te verbinden om geen vorderingen op octrooigebied in te stellen indien zij tot de markt zou toetreden (overweging 164 van het bestreden besluit). Deze laatste verbintenis is dus van cruciaal belang, aangezien de betaling in omgekeerde richting door Lundbeck, anders dan in de litigieuze overeenkomsten in de onderhavige zaak, geen tegenprestatie voor marktuitsluiting was, maar juist gepaard ging met een erkenning dat geen inbreuk werd gemaakt en een verbintenis om de markttoetreding van Neolab met haar generieke geneesmiddelen niet te verhinderen.

352 Wanneer een betaling in omgekeerde richting daarentegen wordt gecombineerd met een uitsluiting van concurrenten van de markt of een vermindering van de prikkels om tot een dergelijke toetreding te komen, dan oordeelt de Commissie terecht dat dit kan worden beschouwd als een beperking die niet uitsluitend voortvloeit uit het oordeel dat de partijen zich van de kracht van het octrooi hebben gevormd, maar dat deze via een dergelijke betaling is verkregen (overweging 604 van het bestreden besluit), wat daarom veel weg heeft van het afkopen van concurrentie.

353 De omvang van een betaling in omgekeerde richting kan namelijk een aanwijzing van de kracht of de zwakte van een octrooi zijn, zoals die door de partijen bij de overeenkomsten wordt gezien op het moment van sluiting daarvan, en van het feit dat het initiërende farmaceutische bedrijf niet geheel overtuigd is van haar succeskansen in geval van een geding. In diezelfde zin heeft de Supreme Court of the United States (hooggerechtshof van de Verenigde Staten) eveneens geoordeeld dat een omvangrijke betaling in omgekeerde richting in een schikkingsovereenkomst op octrooigebied, een werkbaar substituut kon vormen voor de zwakte van een octrooi, zonder dat een rechter zelf diepgaand de geldigheid van dat octrooi hoeft te onderzoeken [arrest van de Supreme Court of the United States van 17 juni 2013, Federal Trade Commission v. Actavis, 570 U.S. (2013); hierna „Actavis-arrest”]. Verzoeksters lijken in hun geschriften overigens te erkennen, onder aanhaling van

overweging 640 van het bestreden besluit, dat hoe hoger het initiërende farmaceutische bedrijf de kansen schat dat een octrooi zal worden ingetrokken of dat daarop geen inbreuk wordt gemaakt en hoe hoger de schade als gevolg van de markttoetreding van generieken tot de markt zal zijn, hoe meer dit bedrijf bereid zal zijn om aan de generieke ondernemingen omvangrijke bedragen te betalen om dit risico te vermijden.

354 In dat verband moet worden benadrukt dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft vastgesteld dat alle schikkingen op octrooigebied die betalingen in omgekeerde richting omvatten, in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU zijn, maar alleen dat de onevenredigheid van dergelijke betalingen, in combinatie met meerdere andere factoren, zoals het feit dat die bedragen op zijn minst overeen lijken te stemmen met de winst die de generieke ondernemingen in geval van markttoetreding hadden verhoopt, het ontbreken van bedingen op basis waarvan de generieke ondernemingen hun producten na afloop van de overeenkomsten op de markt mogen lanceren zonder dat zij voor vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck hoeven te vrezen, of het feit dat in die overeenkomsten beperkingen voorkomen die verder gaan dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, de conclusie toelaat dat de litigieuze overeenkomsten in casu de strekking hadden om de mededinging te beperken, een en ander in de zin van die bepaling (zie overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit).

355 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Commissie geen fout heeft begaan door in het bestreden besluit te oordelen dat alleen al het bestaan van een betaling in omgekeerde richting en de onevenredigheid daarvan relevante factoren waren om aan te tonen dat de litigieuze overeenkomsten mededingingsbeperkingen naar strekking waren in de zin van artikel 101 VWEU en dat het initiërende farmaceutische bedrijf de generieke ondernemingen door die betalingen prikkels heeft verschaft om hun zelfstandig verrichte inspanningen om tot de markt toe te treden niet voort te zetten.

356 Geen van verzoeksters' argumenten kan aan die conclusie afdoen.

357 Verzoeksters geven in de eerste plaats te kennen dat in het bestreden besluit niet is bewezen dat de litigieuze overeenkomsten de beoordeling van de kracht van de octrooien door de partijen niet weergaven. Het bestreden besluit verwijst naar een letterlijke lezing van specifieke bedingen in de litigieuze overeenkomsten en naar geïsoleerde verklaringen van Lundbeck en de generieke ondernemingen over de eventuele nietigheid van het octrooi inzake kristallisatie of het feit dat daar mogelijk geen inbreuk op werd gemaakt. Daaraan is de conclusie verbonden dat de partijen niet op basis van de kracht van de octrooien tot een overeenkomst waren gekomen. Op grond van deze bedingen en verklaringen, die de enige schriftelijke aanwijzingen in het besluit zijn, kan echter niet worden aangetoond dat de partijen twijfelden over de kracht van de octrooien van Lundbeck.

358 Verzoeksters betwisten evenwel niet dat de in de litigieuze overeenkomsten voorziene betalingen een „tegenprestatie" waren en „verband hielden" met de verbintenissen die de generieke ondernemingen waren aangegaan om af te zien van de lancering van citalopram dat inbreuk maakte op de octrooien van Lundbeck. Evenmin ontkennen zij dat de betalingen voor de generieke ondernemingen een bijkomende prikkel hebben kunnen vormen om tot een overeenkomst te komen. Volgens hen bewijst een loutere tegensprestatie of louter verband echter niet dat de betalingen de beoordeling van de waarde van de octrooien door de partijen bij de litigieuze overeenkomsten hebben „overschaduwd", zodat „het resultaat marktuitsluiting niet [was] verkregen door de kracht van het octrooi, maar het bedrag van de waardeoverdracht" (overwegingen 604 en 641 van het bestreden besluit).

359 Het volstaat vast te stellen dat een dergelijk argument niet ter zake dienend is, aangezien het op een onjuiste lezing van het bestreden besluit berust.

360 De Commissie heeft in het bestreden besluit immers niet geoordeeld dat alleen schikkingen die „uitsluitend" berusten op de beoordeling van de kracht van de octrooien door de partijen, aan de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU ontsnappen. Zij heeft wel geoordeeld, daarbij rekening houdend met een reeks van factoren (zie punt 354 hierboven), dat wanneer dergelijke overeenkomsten omvangrijke betalingen in omgekeerde richting omvatten, die elke prikkel voor de generieke ondernemingen om gedurende een bepaalde periode tot de markt toe treden verminderen of wegnemen, zonder het onderliggende geschil op octrooigebied te beslechten, zij binnen de werkingssfeer van die bepaling vallen (overweging 604 van het bestreden besluit). In dat geval komt de waardeoverdracht in de plaats van de autonome beoordeling door de partijen van de kracht van de octrooien van het initiërende farmaceutische bedrijf en de beoordeling van hun kansen om in geval van een eventueel geding op basis van die octrooien of over de geldigheid daarvan in het gelijk te worden gesteld (zie punt 353 hierboven).

361 Ten eerste moet er in casu met de Commissie aan worden herinnerd dat de partijen bij de litigieuze overeenkomsten het niet eens waren over de vraag of de octrooien van Lundbeck voldoende solide waren om het op de markt komen van generiek citalopram uit te sluiten, zodat deze octrooien niet de beslissende factor kunnen zijn geweest om de generieke ondernemingen te bewegen tot een verbintenis om niet tot de markt toe te treden. De betalingen hebben dus gediend als aanzet om tot een overeenkomst te komen (dealclincher) en zijn dus de bepalende factor geweest om de generieke ondernemingen ervan te overtuigen om hun inspanningen om tot de markt toe te treden te staken.

362 Ten tweede betwisten verzoeksters niet dat de bedragen die zij aan de generieke ondernemingen hebben overgemaakt, berekend konden zijn op basis van de winst of de omzet die laatstgenoemde tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten hadden verwacht te behalen indien zij tot de markt zouden zijn toegetreden, hetgeen in dat verband een belangrijke aanwijzing is. Ter terechtzitting hebben verzoeksters te kennen gegeven dat een dergelijke berekening alleen door de generieke ondernemingen had kunnen worden gemaakt, en niet door henzelf, wat aan die vaststelling echter niets wijzigt.

363 Ten derde toont het bewijs ten aanzien van de periode voorafgaand aan de sluiting van de litigieuze overeenkomsten aan dat de generieke ondernemingen ter voorbereiding van hun markttoetreding aanzienlijke inspanningen hadden verricht en dat zij niet van plan waren om wegens de octrooien van Lundbeck van die inspanningen af te zien. Het is juist dat er onzekerheid was ten aanzien van de vraag of hun producten eventueel als inbreukmakend zouden worden aangemerkt door een bevoegde rechter. In het bestreden besluit is echter aangetoond dat er reële kansen waren dat de generieke ondernemingen in het gelijk zouden worden gesteld als het tot een geding was gekomen (zie punt 122 hierboven en overwegingen 75 en 76 van het bestreden besluit). Door de sluiting van de litigieuze overeenkomsten hebben verzoeksters deze onzekerheid dus omgezet in de zekerheid dat de generieke ondernemingen niet tot de markt zouden toetreden, door middel van de omvangrijke betalingen in omgekeerde richting (overweging 604 van het bestreden besluit), waardoor zij elke concurrentie, zelfs potentiële, op de markt hebben doen verdwijnen voor de looptijd van die overeenkomsten.

364 In de tweede plaats menen verzoeksters dat in het bestreden besluit niet inzichtelijk is gemaakt in welk opzicht een waardeoverdracht er een aanwijzing van is dat de beperkingen niet in overeenstemming waren met de beoordeling van de kracht van de betrokken octrooien door de partijen. Volgens hen is het bestreden besluit aan het bestaan van de betalingen aan de generieke ondernemingen van hun kant het vermoeden ontleend dat er twijfels waren over de geldigheid van de relevante octrooien of over de inbreuk daarop. Het is onjuist te stellen dat „hoe meer het initiërende bedrijf ervan overtuigd is dat zijn octrooi waarschijnlijk nietig is of dat daarop geen inbreuk is gemaakt [...], hoe hoger het bedrag zal zijn dat het bereid is aan de generieke fabrikant te betalen om een dergelijk risico te vermijden" (overweging 640 van het bestreden besluit). Het bestreden besluit is derhalve in strijd met de toepasselijke bewijsregels die de Commissie verplichten om alle alternatieve verklaringen voor de waardeoverdrachten te weerleggen.

365 Verzoeksters geven te kennen dat een economische veronderstelling, zoals die welke de Commissie in het bestreden besluit hanteert, pas toelaatbaar is wanneer die berust op robuuste empirische en theoretische grondslagen en dat de Commissie zich alleen op een onvoldoende duidelijk vermoeden kan beroepen wanneer zij bewijst dat dit de enige plausibele verklaring is. Deze regel moet naar analogie van toepassing zijn op de gevolgtrekking dat een betaling in omgekeerde richting in een schikking inhoudt dat de partijen twijfelden over de kracht van het relevante octrooi.

366 In dat verband moet worden vastgesteld dat de Commissie zich in casu overeenkomstig de rechtspraak die in de punten 105 tot en met 112 hierboven is vermeld, in het bestreden besluit heeft gebaseerd op een samenstel van bewijzen die moesten aantonen dat hoofdzakelijk de omvang van de betalingen in omgekeerde richting aan de generieke ondernemingen hen had aangezet om de beperkingen ten aanzien van hun gedrag te aanvaarden en niet het bestaan van de werkwijzeoctrooien van Lundbeck of de wens om de kosten van een eventueel geding te vermijden (zie met name overwegingen 255 en 748 van het bestreden besluit en punten 354 en 363 hierboven). Wat bijvoorbeeld Merck (GUK) betreft, is in het bestreden besluit aangetoond dat deze bedragen overeenstemden met de winst die zich verwachtte te realiseren door tot de markt toe te treden, zonder dat zij zich daar verder voor hoefde in te spannen en zonder dat zij de daaraan verbonden risico's hoefde te dragen (overwegingen 350, 809 en 862 van het bestreden besluit). Vergelijkbare overwegingen komen voor in de overwegingen 398, 460, 1071 en 1157 van het bestreden besluit ten aanzien van Arrow, Alpharma en Ranbaxy.

367 Daarnaast halen verzoeksters in hun geschriften zelf overweging 640 van het bestreden besluit aan (punt 353 hierboven), waarin de Commissie heeft vastgesteld dat de omvang van een betaling in omgekeerde richting vaak verband houdt met het risico, zoals dat door het initiërende farmaceutische bedrijf wordt gezien, dat een rechterlijke uitspraak wordt verkregen waarin de ongeldigheid van zijn octrooi wordt vastgesteld of waarin wordt vastgesteld dat de generieke producten geen inbreuk maken, alsook de schade die het zou lijden indien deze producten op de markt zouden komen. Verzoeksters betwisten niet dat de betalingen in omgekeerde richting een tegenprestatie waren voor de verbintenissen van de generieke ondernemingen om af te zien van een toetreding tot de markt met generiek citalopram waarvan zij meenden dat dit inbreuk maakte op hun octrooien, en evenmin dat deze betalingen voor de generieke ondernemingen een bijkomende prikkel waren om de litigieuze overeenkomsten te sluiten.

368 Voor het overige tonen de bewijzen die dateren van ten tijde van de litigieuze overeenkomsten aan dat verzoeksters „een grote stapel [dollarbiljetten]" wilden gebruiken om de generieken van de markt uit te sluiten (overweging 131 van het bestreden besluit), en dat terwijl zij twijfelden over de geldigheid van hun octrooien en hun kansen om in het gelijk te worden gesteld in geval van een geding voor een rechter (overweging 149 van het bestreden besluit en punt 126 hierboven).

369 Hoe dan ook was de Commissie niet verplicht om onweerlegbaar aan te tonen dat de verzoeksters over de geldigheid van hun octrooien twijfelden om in casu het bewijs van een inbreuk naar strekking te leveren, aangezien de bewijzen die in het bestreden besluit voorkomen, aantonen dat de generieke ondernemingen van hun kant overtuigd waren van hun kansen om binnen voldoende korte termijn tot de markt te kunnen toetreden, hetzij door zich te verweren tegen de vorderingen wegens inbreuk van verzoeksters, hetzij door de geldigheid van hun octrooien in geval van een geding te bestrijden (zie het eerste middel hierboven). Van belang is dus dat er op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten onzekerheid bestond over de mogelijkheden voor de generieke ondernemingen om tot de markt toe te treden zonder voorwerp te zijn van rechterlijke bevelen of vorderingen wegens inbreuk of om de geldigheid van de octrooien van verzoeksters met succes te bestrijden, en dat door deze overeenkomsten, door middel van omvangrijke betalingen in omgekeerde richting, in de plaats van deze onzekerheid de zekerheid is gekomen dat de generieke ondernemingen tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet tot de markt zouden toetreden (punten 336 en 363 hierboven).

370 In de derde plaats menen verzoeksters dat de alternatieve verklaringen voor de waardeoverdrachten in het bestreden besluit niet zijn weerlegd. Ook herinneren zij eraan dat zij in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar te kennen hebben gegeven dat de betalingen in kwestie getuigen van de druk die zij van de generieke ondernemingen ondervonden wegens de asymmetrie tussen de risico's die zij droegen en de risico's die deze ondernemingen droegen. Verzoeksters liepen immers het risico dat zij aanzienlijke en onomkeerbare schade zouden lijden als gevolg van de door de generieke ondernemingen gepleegde inbreuk, terwijl laatstgenoemden blootgesteld waren aan een beperkt of zelfs geen risico. Deze asymmetrie verklaart waarom verzoeksters in de litigieuze overeenkomsten hebben aanvaard dat werd voorzien in betalingen in omgekeerde richting die voor hun rekening kwamen. Dit probleem van de „chantage" komt in elk van de in de mededeling van punten van bezwaar aangewezen overeenkomsten tot uitdrukking.

371 In het bestreden besluit, met name in overweging 644, is het bestaan van deze asymmetrie tussen de risico's erkend. Daarin wordt verklaard dat de winst die een generieke onderneming zou maken door tot de markt toe te treden lager of zelfs veel lager zou zijn dan de verliezen die het initiërende farmaceutische bedrijf waarschijnlijk zou lijden wanneer generieke geneesmiddelen op de markt zouden komen. Ook de schadevergoeding waartoe de generieke ondernemingen zouden kunnen worden veroordeeld, zou veel lager zijn dat de waarschijnlijke potentiële schadevergoeding en slechts een fractie bedragen van de schade die door de ongeoorloofde toetreding van generieke ondernemingen aan het initiërende farmaceutische bedrijf wordt toegebracht. In sommige gevallen hoeven de generieke ondernemingen namelijk geen enkele onomkeerbare schade als gevolg van hun ongeoorloofde toetreding te vergoeden. Bovendien zou het niveau van de prijzen of de vergoedingen, die door de overheid worden vastgesteld, automatisch dalen zodra generieke versies op de markt komen, los van de vraag of die inbreuk maken op geldige octrooien. Ook zijn de kosten die gemoeid zijn met veelvuldige rechtszaken op octrooigebied, extreem hoog.

372 Het is dus deze asymmetrie tussen de risico's die de generieke ondernemingen in hun voordeel benutten door te doen geloven dat zij op het punt staan om hun inbreukmakende producten te lanceren en die hun de macht geeft om van Lundbeck betalingen te kunnen afdwingen. Zowel in de economische literatuur als in het bestreden besluit, in overweging 640 met name, is erkend dat hoe hoger het initiërende farmaceutische bedrijf de schade als gevolg van een markttoetreding door de generieke ondernemingen beraamt, hoe hoger het bedrag zal zijn dat het bereid is aan die ondernemingen te betalen om een dergelijk risico te vermijden.

373 Volgens verzoeksters heeft de Commissie in het bestreden besluit dus een vergissing begaan door te veronderstellen dat alleen de beoordeling van de kracht van een octrooi door een generieke onderneming de doorslaggevende reden is voor haar bereidheid om een geneesmiddel te lanceren. Die beoordeling is slechts een van de relevante factoren voor het besluit om tot lancering over te gaan en zij kan zelfs irrelevant blijken te zijn wanneer de generieke ondernemingen verwachten dat zij met een inbreuk winst kunnen behalen.

374 Aangezien er geen verband is tussen de betalingen en de subjectieve perceptie die de partijen bij de litigieuze overeenkomsten hadden van hun respectieve vorderingen op octrooigebied, kon in het bestreden besluit dan ook niet worden volgehouden dat de betaling de generieke ondernemingen ertoe had aangezet om beperkingen te aanvaarden die zij, zuiver gebaseerd op hun beoordeling van de kracht van de octrooien, niet zouden hebben aanvaard. Daarmee sneuvelt het eerste causale verband dat als grondslag heeft gediend voor de theorie in het bestreden besluit, zodat de conclusie dat de litigieuze overeenkomsten inbreuk maakten op artikel 101, lid 1, VWEU grondslag mist.

375 De interveniënte is daarnaast nog van mening dat de Commissie had moeten aantonen dat er geen geoorloofde alternatieve verklaring voor de waardeoverdracht was, door ten eerste rekening te houden met het risico van onherstelbare schade voor de octrooihouder in geval van ongeoorloofde markttoetreding door de generieken, ten tweede de waarschijnlijkheid dat hij passende compensatie had kunnen verkrijgen door middel van een schadevergoedingsactie of voorlopige maatregelen en ten

derde de kosten die gemoeid zijn met het aanzoeken van verschillende rechters met meervoudige verzoeken, met inbegrip van het risico dat in verschillende jurisdicties verschillende resultaten worden behaald. De Commissie had dus moeten aantonen waarom het bestaan van een waardeoverdracht een geoorloofde schikking had omgevormd tot een mededingingsverstorende horizontale overeenkomst.

376 Er moet op worden gewezen dat de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, de door hen aangevoerde alternatieve verklaringen voor de betalingen in omgekeerde richting in de litigieuze overeenkomsten heeft weerlegd, meer in het bijzonder die inzake de „bluftheorie" en de asymmetrie van de risico's.

377 Zo heeft de Commissie in het bestreden besluit erkend dat het voor het initiërende farmaceutische bedrijf vanuit commercieel oogpunt interessant zou kunnen zijn om de generieke ondernemingen te betalen om hun markttoetreding te voorkomen, gezien de bedragen die het in geval van een dergelijke toetreding zou kunnen verliezen. Deze bedragen zouden bovendien waarschijnlijk hoger zijn dan de winst die de generieke ondernemingen in geval van een dergelijke toetreding zouden hebben behaald, gesteld dat hun producten niet konden worden geacht inbreuk te maken of zij erin zouden zijn geslaagd om de betrokken octrooien ongeldig te laten verklaren. De Commissie was evenwel van oordeel dat in een dergelijk geval de consument de verliezer zou zijn, aangezien hij dan niet het voordeel zou kunnen plukken van de lagere prijzen als gevolg van de markttoetreding van de generieken (overweging 640 van het bestreden besluit).

378 Verzoeksters geven in dat verband te kennen dat de risico's in verband met een markttoetreding voor de generieke ondernemingen in sommige gevallen zeer laag kunnen zijn, of zelfs niet-bestaand. Zij kunnen voorkomen dat tot hun rechterlijke bevelen worden gericht waarbij die toetreding wordt verboden of dat zij in geval van ongeoorloofde toetreding worden veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding, met name door kunstmatige constructies zoals het doorsluizen van de winst naar onderscheiden juridische entiteiten. Bovendien is in het bestreden besluit erkend dat de schadevergoeding waartoe zijn zouden kunnen worden veroordeeld, vaak lager is dan de schade die het initiërende farmaceutische bedrijf in geval van een ongeoorloofde markttoetreding heeft geleden als gevolg van de negatieve prijsspiraal waartoe die toetreding aanleiding geeft (overwegingen 93 en 645 van het bestreden besluit).

379 Het is juist dat de asymmetrie tussen de risico's die door de generieke ondernemingen en het initiërende farmaceutische bedrijf worden gelopen, voor een deel kan verklaren waarom dat laatste ertoe kan worden geprikkeld om in te stemmen met omvangrijke betalingen in omgekeerde richting om elk risico, zelfs een miniem, te vermijden dat de generieken tot de markt kunnen toetreden. Dit is in het bijzonder het geval wanneer het geoctrooieerde geneesmiddel, zoals in casu Cipramil, het vlaggenschip van het initiërende farmaceutische bedrijf is, dat het grootste deel van zijn omzet vertegenwoordigt (overwegingen 26 en 120 van het bestreden besluit).

380 Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat het feit dat mededingingsverstorend gedrag voor een onderneming de meest winstgevende of de minst risicovolle oplossing kan blijken te zijn, geenszins de toepassing van artikel 101 VWEU uitsluit (zie in die zin arresten van 8 juli 2004, Corus UK/Commissie, T-48/00, Jurispr., EU:T:2004:219, punt 73, en Dalmine/Commissie, T-50/00, Jurispr., EU:T:2004:220, punt 211), met name wanneer, zoals in casu, daadwerkelijke of potentiële concurrenten worden betaald om van de markt te blijven en de winst als gevolg van het niet op de markt komen van generieke geneesmiddelen tussen hen wordt gedeeld, ten nadele van de consument.

381 Volgens verzoeksters heeft de asymmetrie tussen de risico's het de generieke ondernemingen mogelijk gemaakt om te chanteren (of te „bluffen"), waardoor zij grote geldbedragen hebben kunnen verkrijgen door te doen geloven dat zij op het punt stonden om tot de markt toe te treden met niet-inbreukmakende producten.

382 Dat is echter slechts een bevestiging van de stelling van de Commissie dat er op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten grote onzekerheid was ten aanzien van de uitkomst van eventuele rechtszaken op octrooigebied, en dat deze onzekerheid is weggenomen doordat die is vervangen door de zekerheid dat de generieke ondernemingen tijdens de looptijd van die overeenkomsten niet tot de markt zouden toetreden.

383 Het feit dat een betaling in omgekeerde richting het enige middel kan zijn om tot een overeenkomst te komen, door de afstand tussen de partijen bij die overeenkomst te „overbruggen", betekent bovendien nog niet dat een dergelijke betaling een geoorloofd middel is om tot een dergelijke overeenkomst te komen of dat die overeenkomst aan de toepassing van het mededingingsrecht wordt onttrokken, met name niet wanneer de omvang van die betaling verband lijkt te houden met de winst die de generieke ondernemingen in geval van markttoetreding verwachtten, of wanneer met de overeenkomst het onderliggende octrooigeschil tussen de partijen niet kan worden beëindigd en die overeenkomst beperkingen bevat die verder gaan dan de beschermingsomvang van de octrooien van het initiërende farmaceutische bedrijf (zie punt 354 hierboven en overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit).

384 Indien verzoeksters dermate overtuigd waren van de geldigheid van hun octrooien en van het feit dat de producten die de generieke ondernemingen in de handel wilden brengen daar inbreuk op maakten, hadden zij bij de bevoegde rechterlijke instanties rechterlijke bevelen kunnen verkrijgen om die toetreding te verhinderen of hadden zij in geval van ongeoorloofde toetreding door de generieke ondernemingen van hen schadevergoeding kunnen verkrijgen. Ook hadden zij, zoals in het geval van Neolab (punt 350 hierboven), tot een schikking kunnen komen die daadwerkelijk tot doel had om het onderliggende octrooigeschil te beëindigen, zonder dat eventuele beperkingen ten aanzien van de commerciële autonomie van de generieke ondernemingen die in het kader van een dergelijke overeenkomst zouden worden verkregen, zouden zijn ingegeven door een betaling in omgekeerde richting.

385 Zoals ook de Commissie toegeeft, is het juist dat het initiërende farmaceutische onherstelbare schade kan lijden in geval van ongeoorloofde markttoetreding door de generieke ondernemingen, door de onomkeerbare prijsverlagingen waartoe een dergelijke toetreding aanleiding zou hebben gegeven. Een verlaging van de gereguleerde prijzen na het verstrijken van de geldigheidsduur van een octrooi op het WFB is echter een kenmerk van de farmaceutische markten waarmee verzoeksters bekend zijn. Dit is een normaal commercieel risico dat niet kan rechtvaardigen dat mededingingsverstorende overeenkomsten worden gesloten. Bovendien zijn dergelijke prijsverlagingen door regulering in een context waarin de geldigheidsduur van het octrooi op het WFB reeds is verstreken, illustrerend voor het evenwicht dat de lidstaten hebben gevonden tussen de bescherming van het octrooi van het initiërende farmaceutische bedrijf, enerzijds, en de kostenbesparingen voor de staten en de consument die worden behaald met de markttoetreding van de generieken en de marktwerking, anderzijds.

386 Indien verzoeksters' stelling ten aanzien van de asymmetrie tussen de risico's zou worden aanvaard, zou dat er dus in feite op neerkomen dat zij zich door de sluiting van overeenkomsten met generieke ondernemingen als de litigieuze overeenkomsten, zouden mogen wapenen tegen een onomkeerbare prijsverlaging die, naar zij zelf stellen, niet had kunnen worden vermeden, zelfs al zouden zij in het gelijk zijn gesteld in het kader van vorderingen wegens inbreuk voor de nationale rechterlijke instanties. Zij kunnen er met dergelijke overeenkomsten dus voor zorgen dat de prijzen voor hun producten op een hoger peil blijven, ten nadele van de consument en de begrotingen voor gezondheidszorg van de staten, en dat terwijl zij een dergelijk resultaat niet hadden kunnen verkrijgen indien de nationale rechterlijke instanties de geldigheid van hun octrooien hadden bevestigd en hadden geoordeeld dat de producten van de generieke ondernemingen inbreuk maakten. Een dergelijk resultaat is kennelijk in strijd met de Verdragsbepalingen inzake mededinging, die onder meer bedoeld zijn om de consument te beschermen tegen ongerechtvaardigde prijsverhogingen als gevolg van onderling afstemming tussen concurrenten (zie in die zin arresten van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, Jurispr., EU:C:2015:184, punt 115 en aldaar aangehaalde

rechtspraak, en van 9 juli 2015, InnoLux/Commissie, C-231/14 P, Jurispr., EU:C:2015:451, punt 61). Er is geen enkele reden om aan te nemen dat een dergelijke onderlinge afstemming in de onderhavige zaak geoorloofd zou zijn, onder het voorwendsel dat de werkwijzeoctrooien in geding waren, terwijl de verdediging van die octrooien voor de nationale rechterlijke instanties zelfs in het voor verzoeksters gunstigste geval niet tot dergelijke negatieve resultaten voor de mededinging en met name voor de consument had kunnen leiden.

387 Er dient immers aan te worden herinnerd dat het onacceptabel is dat ondernemingen de gevolgen van rechtsregels die zij al te ongunstig achten, trachten te neutraliseren door mededingingsregelingen die tot doel hebben die nadelen te corrigeren, onder het voorwendsel dat die regels een onevenwichtigheid in hun nadeel veroorzaken (zie arrest van 27 juli 2005, Brasserie nationale e.a./Commissie, T-49/02 à T-51/02, Jurispr., EU:T:2005:298, punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

388 Voor zover verzoeksters tot slot aanvoeren, daarin ondersteund door de interveniënte, dat de litigieuze overeenkomsten het mogelijk hebben gemaakt om aanzienlijke kosten voor rechtszaken in verschillende lidstaten te vermijden, alsook het risico van uiteenlopende beslissingen die uit dergelijke rechtszaken voor meerdere rechterlijke instanties resulteren, moet er ten eerste op worden gewezen dat het merendeel van de litigieuze overeenkomsten geen duidelijk te herkennen verwijzing naar de vermeden kosten van rechtszaken bevatten, of enige raming daarvan. Verzoeksters hebben ook niet toegelicht hoe de bedragen van de betalingen in omgekeerde richting waren berekend, behalve dan dat zij het resultaat van hun onderhandelingen met de generieke ondernemingen waren, terwijl het bestreden besluit vele bewijzen bevat die laten zien dat de bedragen min of meer overeenstemden met de winst die de generieke ondernemingen in geval van een markttoetreding verwachtten te behalen of met de schadevergoeding die zij zouden hebben kunnen verkrijgen indien zij in eventuele rechtszaken tegen Lundbeck in het gelijk zouden zijn gesteld (zie met name overwegingen 398, 460, 809, 862, 1071 en 1157 van het bestreden besluit).

389 Anders dan verzoeksters stellen, is het in elk geval weinig waarschijnlijk dat de kosten die met eventuele rechtszaken in verschillende landen van de EER zijn gemoeid, hoger zouden zijn geweest dan de betalingen die de generieke ondernemingen in casu op grond van de litigieuze overeenkomsten hebben verkregen, die op meerdere miljoenen EUR neerkwamen. Het komt namelijk maar weinig voor dat farmaceutische ondernemingen in alle lidstaten tegelijkertijd gedingen inleiden. Zoals het geval van Lagap in het Verenigd Koninkrijk aantoont (overweging 63 van het bestreden besluit), besluiten zij in de regel om zich op enkele proefprocedures te concentreren, in plaats van het aantal gedingen voor verschillende rechterlijke instanties te laten oplopen, terwijl dezelfde vragen aan de orde zijn. In het geval van Lagap hebben verzoeksters er echter uiteindelijk de voorkeur aan gegeven om te schikken, om te voorkomen dat zij een nederlaag zouden lijden die tegen hen zou kunnen worden gebruikt in andere jurisdicties (overweging 160 van het bestreden besluit).

390 In het bestreden besluit is overigens erkend dat er andere, mededingingsrechtelijk aanvaardbare wijzen zijn waarop een geschil minnelijk kan worden beëindigd dan het vertragen van de markttoetreding van potentiële concurrenten door betalingen in omgekeerde richting, zoals in casu (punt 354 hierboven). Volgens de rechtspraak kan het specifieke voorwerp van het octrooi niet aldus kan worden uitgelegd dat het ook bescherming zou verlenen tegen acties tot betwisting van de geldigheid van het octrooi, aangezien het algemene belang de opheffing vereist van alle belemmeringen van de economische activiteit, die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (zie in die zin Windsurfingarrest, punt 119 supra, EU:C:1986:75, punt 92). Verzoeksters hadden weliswaar het recht om schikkingsovereenkomsten met de generieke ondernemingen te sluiten om eventuele koste van rechtszaken te vermijden, maar zij mochten daardoor niet hun eigen beoordeling van de geldigheid van hun octrooien en het al of niet inbreukmakende karakter van de producten van de generieke ondernemingen in de plaats laten komen van die van een onafhankelijke rechter en tegelijkertijd de generieke ondernemingen betalen om zich naar die beoordeling te voegen en gedurende een bepaalde tijd van de markt te blijven.

391 Bijgevolg is in het bestreden besluit terecht tot de conclusie gekomen dat de betalingen in omgekeerde richting voor de generieke ondernemingen de prikkel was geweest om de beperkingen ten aanzien van hun commerciële autonomie in de litigieuze overeenkomsten te aanvaarden, waarbij de door verzoeksters aangereikte alternatieve verklaringen ter rechtvaardiging van die betalingen niet aan die conclusie kunnen afdoen.

392 Het eerste onderdeel moet dus worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel

393 Verzoeksters menen dat in het bestreden besluit ten onrechte is vermeld dat de contractuele beperkingen die uit de litigieuze overeenkomsten voortvloeien, de overige prikkels om tot de markt toe te treden hebben weggenomen.

394 Zij voeren in de eerste plaats aan dat de beperkingen die binnen de beschermingsomvang van de octrooien vallen, de prikkels voor autonome inspanningen om tot de markt toe te treden niet verminderen of wegnemen. De generieke ondernemingen die ermee instemmen om ervan af te zien om met inbreukmakende geneesmiddelen op de markt te komen in ruil voor een waardeoverdracht, willen misschien nog steeds een rechterlijke uitspraak verkrijgen waarin wordt vastgesteld dat hun geneesmiddelen geen inbreuk maken of dat het octrooi waarop vermeend inbreuk wordt gemaakt, nietig is. Voorts staat niets de conclusie toe dat een betaling als vergoeding voor het afzien van de lancering van inbreukmakende geneesmiddelen, voor een generieke onderneming tot minder prikkels zal leiden om met behulp van niet-inbreukmakende geneesmiddelen op de markt te komen. Het feit dat een generieke onderneming genoegen neemt met de waarde die haar door het initiërende farmaceutische bedrijf is overgedragen en niet tracht om het relevante octrooi aan te vechten, ondanks dat er geen beding is dat haar dat verbiedt, wijst er enkel op dat die onderneming twijfelt over haar kansen dat zij de nietigverklaring van het octrooi zal kunnen verkrijgen.

395 Verzoeksters menen dan ook dat van een wettelijk vermoeden dat marktuitsluiting in ruil voor betaling een mededingingsbeperking naar strekking is omdat dit de prikkels voor de generieke ondernemingen om autonome inspanningen te blijven leveren om tot de markt toe te treden vermindert of wegneemt, alleen sprake kan zijn wanneer de contractuele beperkingen niet binnen de beschermingsomvang van het relevante octrooi vallen.

396 Verzoeksters zijn in de tweede plaats van mening dat in het bestreden besluit geen toereikende motivering is aangedragen voor de conclusie dat waardeoverdrachten er onweerlegbaar toe zullen leiden dat de prikkels voor de generieke ondernemingen om in rechte op te treden zullen afnemen. In het bestreden besluit is erkend dat het perspectief dat enige tijd na het instellen van beroep in rechte tegen het initiërende farmaceutische bedrijf een schikking zal kunnen worden getroffen waarin een betaling in omgekeerde richting is opgenomen, de generieke ondernemingen ertoe kan aanzetten om een dergelijk beroep in te stellen (overweging 711). Deze erkenning staat haaks op het betoog in het bestreden besluit dat de betalingen in omgekeerde richting de generieke ondernemingen waarschijnlijk zullen ontmoedigen om in rechte op te treden (overweging 966). Deze innerlijke tegenstrijdigheid laat zien dat het bestreden besluit niet berust op een stringente economische grondslag. Dit ondermijnt de daarin getrokken conclusie dat de „omvangrijke” betalingen in omgekeerde richting noodzakelijkerwijs nadelig zijn voor de consument (overweging 646).

397 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

398 Wat verzoeksters’ argument betreft dat de litigieuze overeenkomsten geen beding bevatten dat het de generieke ondernemingen verhinderde om de geldigheid van hun octrooien aan te vechten, zodat deze overeenkomsten voor hen niet elke prikkel hadden weggenomen om tot de markt toe te treden, moet om te beginnen worden geconstateerd dat dit argument niet ter zake dienend is, aangezien in het

bestreden besluit enkel is vastgesteld dat de betalingen in omgekeerde richting waarin de litigieuze overeenkomsten voorzagen, de generieke ondernemingen hebben aangemoedigd of geprikkeld om beperkingen ten aanzien van hun commerciële autonomie te aanvaarden die zij anders niet zouden hebben aanvaard, en niet dat zij elke prikkel daartoe hebben weggenomen (overwegingen 604 en 659-661 van het bestreden besluit).

399 In elk geval geldt dat ook wanneer er in de litigieuze overeenkomsten geen beding was opgenomen op grond waarvan de geldigheid van de relevante octrooien niet mocht worden aangevochten, de generieke ondernemingen er na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten geen enkel belang bij hadden om de geldigheid van de octrooien van Lundbeck aan te vechten, aangezien de betalingen in omgekeerde richting ongeveer overeenstemden met de winst die zij met een markttoetreding verwachtten te behalen of met de schadevergoeding die zij zouden hebben kunnen verkrijgen indien zij in eventuele rechtszaken tegen Lundbeck in het gelijk zouden zijn gesteld (zie punt 388 hierboven). Zelfs gesteld dat die betalingen lager waren dan de verwachte winst, betreft het ondanks alles een zeker en onmiddellijk voordeel, zonder dat zij de risico's hoefden te lopen die met een markttoetreding gepaard gaan. De gang van zaken zoals die in de onderhavige zaak daadwerkelijk is geweest, biedt overigens steun aan die uitlegging. Geen van de generieke ondernemingen heeft namelijk de geldigheid van de octrooien van Lundbeck bestreden of is tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten toe de markt toegetreden. Dat Merck (GUK) na afloop van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk gedurende enkele dagen ook daadwerkelijk tot de markt van citalopram in het Verenigd Koninkrijk is toegetreden, is erop terug te voeren dat zij meende dat de voorwaarden die Lundbeck voorstelde voor de verlenging van die overeenkomst, niet goed genoeg waren en zij een meer lucratieve compensatie wilde in ruil voor een tweede verlenging van die overeenkomst (overweging 299 van het bestreden besluit).

400 Voor zover verzoeksters vervolgens te kennen geven dat de generieke ondernemingen tot de markt hadden kunnen toetreden met niet-inbreukmakende generieke producten, moet worden verwezen naar het onderzoek van het zesde middel hieronder, inzake het onderzoek van de inhoud en de strekking van de litigieuze overeenkomsten.

401 Zelfs indien de beperkingen in de litigieuze overeenkomsten mogelijk binnen de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck vielen, in die zin dat zij ook in het kader van gerechtelijke acties hadden kunnen worden verkregen, dan is in het bestreden besluit hoe dan ook terecht vastgesteld dat dit slechts een mogelijkheid was op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten. Het feit dat deze onzekerheid ten aanzien van het al of niet inbreukmakende karakter van de producten van de generieke ondernemingen en ten aanzien van de geldigheid van verzoeksters' octrooien is vervangen door de zekerheid dat de generieke ondernemingen tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet tot de markt zouden toetreden, is in casu een mededingingsbeperking naar strekking, aangezien dit resultaat is bereikt door middel van een betaling in omgekeerde richting (zie punten 336 en 363 hierboven).

402 Tot slot geven verzoeksters tevergeefs te kennen dat het bestreden besluit op dit punt ontoereikend is gemotiveerd. De vele passages die in het bestreden besluit zijn gewijd aan de betalingen in omgekeerde richting, die verzoeksters zelf ook vermelden, tonen immers aan dat zij de stelling die de Commissie dienaangaande heeft gehanteerd, hebben begrepen, ook wanneer zij haar standpunt niet deelden. Voor het overige is er geen tegenstrijdigheid in het bestreden besluit als gevolg van het feit dat daarin enerzijds wordt erkend dat het perspectief om van het initiërende farmaceutische bedrijf betalingen in omgekeerde richting te verkrijgen de generieke ondernemingen ertoe had kunnen aanzetten om gerechtelijke stappen te ondernemen, en anderzijds dat de op grond van de litigieuze overeenkomsten verkregen betalingen in omgekeerde richting de generieke ondernemingen zouden hebben ontmoedigd om in de onderhavige zaak dergelijke stappen te ondernemen. Zoals de Commissie in essentie heeft aangegeven in met name de overwegingen 639 en 660 van het bestreden besluit, zijn schikkingen die betalingen omvatten – zelfs die in omgekeerde richting – mededingingsrechtelijk niet altijd problematisch, met name niet wanneer zij niet gepaard gaan met een beperking ten aanzien van de

markttoetreding voor de generieken en juist bedoeld zijn om de generieke ondernemingen te compenseren voor hun gederfde winst wanneer het initiërende farmaceutische bedrijf eenmaal heeft erkend dat hun generieke producten geen inbreuk op enig octrooi maakten.

403 Bijgevolg moet de conclusie luiden dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt door in het bestreden besluit te constateren dat de beperkingen in de litigieuze overeenkomsten die in ruil voor omvangrijke betalingen in omgekeerde richting waren verkregen, voor de generieke ondernemingen de prikkels hadden verminderd om tot de markt toe te treden.

404 Derhalve moet ook het tweede onderdeel worden afgewezen.

3. Derde onderdeel

405 Verzoeksters menen dat de maatstaf die in het besluit is toegepast, namelijk dat schikkingsovereenkomsten op octrooigebied waartoe de aanzet is gegeven door een waardeoverdracht een mededingingsbeperkende strekking hebben, onhanteerbaar is.

406 Zij geven ten eerste te kennen dat deze maatstaf innerlijk incoherent is en een ontmoedigend effect heeft op de sluiting van overeenkomsten die voorzien in een snelle markttoetreding – die voor de consument voordelig zijn –, aangezien verschillende resultaten worden bereikt naargelang de waardeoverdracht de vorm aanneemt van een betaling in contanten of een snelle markttoetreding.

407 Ten tweede menen zij dat een overeenkomst niet „louter” kan zijn gebaseerd op de beoordeling van de kracht van het octrooi door de partijen en dat de door de Commissie toegepaste maatstaf in de praktijk neerkomt op een verbod van betalingen in omgekeerde richting. Geen enkele schikking kan „louter” zijn gebaseerd op de beoordeling van de kracht van het octrooi door de partijen, om de eenvoudige reden dat de „kracht” van een octrooi geen duidelijk afgebakend begrip is. Indien zou worden geëist dat schikkingen „louter” zijn gebaseerd op de beoordeling van de kracht van het octrooi door de partijen, zou dat erop neerkomen dat de partijen verplicht zouden worden om gerechtelijke stappen te ondernemen. Het besluit laat de partijen geen ruimte om een betaling in omgekeerde richting te gebruiken om een generieke onderneming ervan af te schrikken om inbreuk op de octrooien van een initiërende farmaceutische bedrijf te maken.

408 Verzoeksters zijn in de derde plaats van mening dat het juridische criterium gebaseerd op de hoogte van het overgemaakte bedrag, onwerkbaar is. In de bestreden besluiten is namelijk geen duidelijke drempelwaarde vastgesteld aan de hand waarvan kan worden bepaald of een betaling aanvaardbaar of mededingingsverstorend is.

409 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

410 Ten eerste is verzoeksters’ argument dat het bestreden besluit een ontmoedigend effect heeft op de sluiting van schikkingsovereenkomsten die voorzien in een snelle markttoetreding voor generieken, kennelijk ongegrond. De Commissie heeft juist overwogen dat de litigieuze overeenkomsten mededingingsrechtelijk gezien problematisch waren omdat zij tot doel hadden om de markttoetreding van de generieken te vertragen, en niet om een dergelijke toetreding te faciliteren. Bovendien moet eraan worden herinnerd dat de Commissie ook rekening heeft gehouden met het feit dat de litigieuze overeenkomsten geen verbintenis van de zijde van Lundbeck bevatten om geen vorderingen wegens inbreuk tegen de generieke ondernemingen in te stellen ingeval zij na afloop van die overeenkomsten tot de markt zouden zijn toegetreden met generiek citalopram (overweging 662 van het bestreden besluit).

411 Voorts is in het besluit erkend dat schikkingen in bepaalde gevallen onproblematisch zijn, ook wanneer zij betalingen in omgekeerde richting bevatten, wanneer zij ook in een onmiddellijke markttoetreding van de generieken voorzien (zie het voorbeeld van Neolab, aangehaald in punt 350 hierboven). Het feit dat de Commissie de overeenkomsten die gepaard gingen met een betaling in omgekeerde richting anders heeft behandeld dan de overeenkomsten die naar niet in voorzagen, is geheel en al gerechtvaardigd, gezien de prikkel die van een dergelijke betaling voor de generieke ondernemingen uitgaat met het oog op de aanvaarding van beperkingen die zij anders niet zouden hebben aanvaard (zie punten 349 en volgende hierboven). Voor het overige is een overeenkomst die een snelle markttoetreding mogelijk maakt, mededingingsrechtelijk uiteraard niet problematisch, zodat een dergelijke tegenprestatie voor andere verbintenissen in een schikkingsovereenkomst niet kan worden vergeleken met een betaling in omgekeerde richting die bedoeld is om een dergelijke toetreding te vertragen.

412 Ten tweede moet eraan worden herinnerd dat in het bestreden besluit niet is vastgesteld dat een overeenkomst louter gebaseerd moet zijn op de beoordeling van de kracht van een octrooi door de partijen bij die overeenkomst om aan de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU te ontsnappen (punt 360 hierboven). Verzoeksters betogen dus ten onrechte dat het bestreden besluit tot gevolg heeft dat de prikkel om op octrooigebied tot een schikking te komen afneemt, wat op zijn beurt een lawine aan rechtszaken binnen de hele EER tot gevolg zou hebben. De Commissie heeft namelijk alleen de als minnelijke regeling gesloten overeenkomsten veroordeeld die, zoals in casu, niet daadwerkelijk tot doel hebben om het onderliggende octrooigeschil tussen de partijen bij die overeenkomst te beëindigen en voorzien in betalingen in omgekeerde richting als tegenprestatie voor de verbintenis van de generieke ondernemingen om van de markt te blijven. Voorts is het juist dat de Commissie heeft geoordeeld dat dergelijke overeenkomsten de mededinging verstoorden. Er is voor het initiërende farmaceutische bedrijf evenwel geen enkele verplichting om ter bescherming van zijn octrooien rechtszaken in alle jurisdicties van de EER in te stellen, aangezien het bijvoorbeeld altijd nog mogelijk is om tot schikkingen te komen die geen betaling in omgekeerde richting bevatten of schikkingen die, hoewel zij dergelijke betalingen bevatten, niet gepaard gaan met een beperking ten aanzien van de markttoetreding van de generieken (zie het voorbeeld van Neolab, aangehaald in punt 350 hierboven).

413 Tot slot berust verzoeksters' argument dat het bestreden besluit hun geen ruimte laat om de betalingen in omgekeerde richting te gebruiken om de generieke ondernemingen ervan af te schrikken om inbreuk op hun octrooien te maken, wederom op de onjuiste premisse dat de producten van de generieke ondernemingen inbreuk maakten op hun octrooien, terwijl dat op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten niet vaststond.

414 Ten derde heeft de Commissie in het bestreden besluit toegelicht dat de betalingen in omgekeerde richting in casu bijzonder problematisch waren, omdat de daarin voorziene bedragen min of meer overeenstemden met de winst die de generieke ondernemingen in geval van een markttoetreding verwachtten te behalen of met de schadevergoeding die zij hadden kunnen verkrijgen indien zij in rechtszaken tegen Lundbeck in het gelijk zouden zijn gesteld (punt 388 hierboven). In een dergelijk geval wordt de prikkel voor de generieke ondernemingen om tot de markt toe te treden immers aanzienlijk verminderd, of zelfs weggenomen. Van belang is dus dat de bedragen van de betalingen in omgekeerde richting die in casu in elk van de litigieuze overeenkomsten waren opgenomen, voor de generieke ondernemingen voldoende hoog waren om de beperkingen ten aanzien van hun autonomie te kunnen aanvaarden en om de prikkels voor hun toetreding tot de markt met hun generieke producten te verminderen (zie met name overweging 644 van het bestreden besluit).

415 Het is juist dat de Commissie zich op een samenstel van factoren heeft gebaseerd voor het bewijs dat in de onderhavige zaak sprake was van een beperking naar strekking (zie punt 354 hierboven en overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit). Verzoeksters kunnen de Commissie echter niet verwijten dat zij in het bestreden besluit onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welk belang zij hechtte aan het feit dat de betalingen in omgekeerde richting overeenstemden met de winst die de generieke

ondernemingen verwachtten te maken. Hoe dan ook moet met de Commissie worden benadrukt dat zij niet verplicht is om in haar besluiten algemeen toepasselijke juridische maatstaven te formuleren, maar enkel om in elk afzonderlijk geval te bepalen of de overeenkomsten die zij onderzoekt, verenigbaar zijn met de Verdragsbepalingen inzake mededinging, en om die besluiten op dat punt duidelijk en overtuigend te motiveren. Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de Commissie in de onderhavige zaak aan die vereisten heeft voldaan.

416 Derhalve moet het derde onderdeel worden afgewezen, en daarmee ook het tweede middel in zijn geheel.

D – *Derde middel: schending van het recht bij de toepassing van de beginselen inzake de mededingingsbeperkende strekking*

417 Verzoeksters menen dat in het bestreden besluit het recht is geschonden doordat daarin de conclusie is getrokken dat de litigieuze overeenkomsten volgens vaste beginselen voor de uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU een mededingingsbeperkende strekking hadden. Meer bepaald is in het bestreden besluit ten eerste de vergissing begaan dat deze overeenkomsten gelijk zijn gesteld aan de overeenkomsten die in geding waren in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), en in andere klassieke marktverdelingszaken die geen betrekking hadden op de bescherming van octrooien, ten tweede dat is geoordeeld dat een waardeoverdracht een schikkingsovereenkomst op het gebied van octrooien op zich tot een mededingingsbeperking naar strekking kon maken, ten derde dat niet is erkend dat de door de litigieuze overeenkomsten nagestreefde doelstelling, namelijk het afdwingen van de eerbiediging van de octrooien van Lundbeck, in de weg staat aan de constatering van een mededingingsbeperking naar strekking, en ten vierde dat niet is onderkend dat de situatie zoals die zonder de litigieuze overeenkomsten zou zijn geweest (hierna: „contrafeitelijk scenario") uitsloot dat in casu sprake was van enige mededingingsbeperking naar strekking.

1. Eerste onderdeel

418 Verzoeksters menen dat de Commissie in het bestreden besluit heeft gedwaald toen zij de litigieuze overeenkomsten gelijk heeft gesteld aan marktverdelingsovereenkomsten zoals die welke in geding waren in het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643).

419 Verzoeksters geven in dat verband ten eerste te kennen dat de overeenkomsten die aan de orde waren in het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), anders dan in het onderhavige geval, niet tot doel hadden om een octrooi te beschermen dat aan de houder ervan het recht verleent om het op de markt brengen van inbreukmakende producten en de daarmee samenhangende onherstelbare schade te voorkomen.

420 Ten tweede zouden de ondernemingen die zich van de markt hadden teruggetrokken op grond van de overeenkomsten die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), zeer zeker de concurrentie zijn aangegaan met de ondernemingen die op die markt waren gebleven indien die overeenkomsten niet waren gesloten, anders dan in de onderhavige zaak het geval is.

421 Ten derde, en anders dan de redenering die in de onderhavige zaak is gevolgd, rustte er op de overeenkomsten die aan de orde waren in het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), een vermoeden dat zij de mededinging beperkten, ook wanneer niet in betalingen zou zijn voorzien. Het feit dat in die zaak compensatie was betaald, was niet van cruciaal belang voor het oordeel dat die overeenkomsten de strekking hadden om de mededinging te beperken.

422 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

423 Ten eerste moet erop worden gewezen dat de analogie die de Commissie in de overwegingen 657 en 658 van het bestreden besluit heeft gezien tussen de overeenkomsten die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), en de litigieuze overeenkomsten, geenszins schending van het recht oplevert.

424 Zoals namelijk uit met name punt 8 van genoemd arrest blijkt, hadden de ondernemingen die actief waren op de Ierse markt voor de verwerking van vlees in die zaak een mechanisme opgezet, in het kader waarvan sommige ondernemingen zich ertoe verbonden om gedurende twee jaar van die markt te blijven in ruil voor betalingen door de ondernemingen die op die markt bleven. In de onderhavige zaak is door de sluiting van de litigieuze overeenkomsten sprake van een vergelijkbare dynamiek. Op grond daarvan heeft Lundbeck, die de belangrijkste, zo niet enige, onderneming op de markt was in de landen waarop die overeenkomsten zagen, de generieke ondernemingen, die potentiële concurrenten waren, betaald zodat zij gedurende een gegeven periode van de markt zouden blijven.

425 Daaruit volgt dat zowel in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), als in de onderhavige zaak overeenkomsten aan de orde waren die een beperking inhielden van het vermogen van concurrerende marktdeelnemers om zelfstandig te bepalen welk beleid zij op de markt wilden volgen, waarmee werd verhinderd dat de mededinging zijn normale verloop kon hebben (zie in die zin BIDS-arrest, punt 339 supra, EU:C:2008:643, punten 33-35).

426 Wat verzoeksters' argument betreft dat de litigieuze overeenkomsten, anders dan het geval was in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), in de onderhavige zaak zijn gesloten binnen een context waarin zij octrooien bezaten waarmee zij het op de markt brengen van inbreukmakende producten konden voorkomen, moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat het bestaan van de nieuwe werkwijzeoctrooien van Lundbeck niet verhinderde dat de generieke ondernemingen als haar potentiële concurrenten konden worden beschouwd, zoals blijkt uit het onderzoek van het eerste middel. Artikel 101 VWEU beschermt zowel de potentiële mededinging als de actuele mededinging (zie punt 99 hierboven).

427 Daarnaast moet worden herinnerd aan de rechtspraak dat een overeenkomst niet als gevolg van het loutere feit dat zij betrekking heeft op een octrooi of bedoeld is om octrooigeschil minnelijk te regelen, immuun wordt tegen het mededingingsrecht (zie in die zin arrest van 27 september 1988, Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, Jurispr., EU:C:1988:448, punt 15). Bovendien kan een overeenkomst ook dan als beperkend worden aangemerkt wanneer zij niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft (zie BIDS-arrest, punt 341 supra, EU:C:2008:643, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

428 In de tweede plaats is het juist dat de ondernemingen in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), daadwerkelijke concurrenten van elkaar waren, aangezien het daarin ging om de terugtrekking uit de betrokken markt van ondernemingen die reeds op die markt aanwezig waren, terwijl Lundbeck en de generieke ondernemingen in de onderhavige zaak slechts potentiële concurrenten van elkaar zijn. Dit neemt echter niet weg dat het Hof in dat arrest van de Commissie niet heeft geëist dat zij aantoonde dat de ondernemingen zonder de overeenkomsten op de markt waren gebleven. Bij een mededingingsbeperking naar strekking is de analyse van de gevolgen van de overeenkomsten immers overbodig (zie punt 341 hierboven). Het Hof heeft zich in die zaak dan ook beperkt tot de constatering dat de betrokken overeenkomsten tot doel hadden een gemeenschappelijke gedragslijn te volgen, die ertoe strekte de terugtrekking uit de markt van een aantal ondernemingen aan te moedigen, en daarmee de overcapaciteit weg te werken die hun winstgevendheid aantastte omdat zij daardoor geen schaalvoordelen konden realiseren. Het heeft vastgesteld dat dit type overeenkomsten duidelijk in strijd was met de in de mededingingsbepalingen van het Verdrag besloten voorstelling dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Daarbij bracht het Hof in herinnering dat artikel 101,

lid 1, VWEU iedere vorm van coördinatie die welbewust een feitelijke samenwerking tussen ondernemers in de plaats stelt van de risico's van de concurrentie, beoogt te verbieden (BIDS-arrest, punt 341 supra, EU:C:2008:643, punten 33 en 34).

429 In de onderhavige zaak hebben de partijen bij de litigieuze overeenkomsten er de voorkeur aan gegeven om de risico's die inherent zijn aan de normale marktwerking en de onzekerheid rond de geldigheid van de werkwijzeoctrooien van Lundbeck en de vraag of de producten die de generieke ondernemingen in de handel wilden brengen al of niet inbreuk maakten op die octrooien, vervangen door de zekerheid dat de generieke ondernemingen gedurende de looptijd van die overeenkomsten niet tot de markt zouden toetreden, door middel van omvangrijke betalingen in omgekeerde richting die ongeveer overeenstemden met de winst die zij zouden hebben behaald indien zij tot de markt zou zijn toegetreden. Het is dus van weinig belang te weten of de ondernemingen met zekerheid tot de markt zouden zijn toegetreden tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten, aangezien die overeenkomsten deze mogelijkheid juist hadden uitgesloten door deze te vervangen door de zekerheid dat zij in die periode niet met hun producten zouden toetreden. Door zo te handelen, hebben de partijen bij de litigieuze overeenkomsten een deel van de winst die Lundbeck kon blijven maken, onderling kunnen verdelen, ten nadele van de consument, die hogere prijzen is blijven betalen dan de prijzen die hij had moeten betalen indien de generieken op de markt waren gekomen (zie overwegingen 644-646 van het bestreden besluit).

430 Ten derde moet ook verzoeksters' argument worden afgewezen dat de overeenkomsten die aan de orde waren in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), anders dan de litigieuze overeenkomsten, ook mededingingsverstorend zouden zijn geweest indien er geen betalingen op grond van die overeenkomsten waren verricht. Er dient namelijk met de Commissie op te worden gewezen dat de betalingen in die beide zaken een doorslaggevende rol hebben gespeeld, doordat zij de ondernemingen ertoe hebben aangezet om zich uit de markt terug te trekken. Zo was het in de zaak die heeft geleid tot het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), weinig waarschijnlijk dat de vertrekkende ondernemingen met de terugtrekking uit de markt zouden hebben ingestemd indien zij niet zouden zijn betaald door de ondernemingen die op de markt bleven. Ook in de onderhavige zaak blijkt uit de stukken dat de generieke ondernemingen niet zouden hebben aanvaard om van de markt te blijven, met name omdat zij reeds grote inspanningen hadden geleverd en omvangrijke investeringen hadden gedaan, indien er geen betalingen in omgekeerde richting zouden zijn geweest.

431 Het is juist dat de Commissie heeft erkend dat het overeenkomen van een minnelijke regeling op octrooigebied in sommige gevallen niet mededingingsverstorend is, met name niet wanner die berust op de beoordeling van de kracht van de octrooien van elk van de partijen bij de overeenkomst, of wanneer in een betaling in omgekeerde richting wordt voorzien zonder de markttoetreding van de generieken te vertragen (overwegingen 638 en 639 van het bestreden besluit). In de onderhavige zaak heeft de Commissie echter terecht geoordeeld dat de betalingen in omgekeerde richting een doorslaggevende rol hadden gespeeld, doordat zij het voor Lundbeck mogelijk hadden gemaakt om van de zijde van de generieke ondernemingen verbintenissen te verkrijgen die zij zonder die betalingen niet had kunnen verkrijgen en daarmee om hun toetreding tot de markt heeft kunnen vertragen.

432 In antwoord op een vraag van het Gerecht over de gevolgen van het arrest CB/Commissie, punt 78 supra (EU:C:2014:2204), hebben verzoeksters te kennen gegeven dat daarin steun kon worden gevonden voor hun zienswijze dat de Commissie de litigieuze overeenkomsten ten onrechte als beperking naar strekking had gekwalificeerd. Het Hof heeft er namelijk ten eerste aan herinnerd dat het begrip beperking naar strekking restrictief moest worden uitgelegd. Ten tweede kan alleen worden vastgesteld dat sprake is van een beperking naar strekking wanneer de overeenkomst naar haar aard een voldoende nadelige invloed heeft. Uit het bestreden besluit blijkt evenwel dat een diepgaande analyse van elke overeenkomst afzonderlijk moest worden verricht, rekening houdend met de feitelijke, economische en juridische context, om na te gaan of een minnelijke regeling met het mededingingsrecht in overeenstemming was. Ook blijkt uit een interne nota van de KFST dat de

Commissie niet van oordeel was dat de omvang van de betalingen in het geval van Lundbeck een duidelijk voorbeeld was van een onderneming die haar concurrenten betaalt om van de markt te blijven. Zij menen dan ook dat de Commissie met haar benadering in werkelijkheid tracht te ontsnappen aan de feitelijke analyse en de op haar rustende bewijslast wat het bewijs van het bestaan van een mededingingsbeperking betreft, gebaseerd op de gevolgen die een overeenkomst heeft. Ten derde kan niet voorbij worden gegaan aan de context waarbinnen de litigieuze overeenkomsten zijn gesloten, namelijk het bestaan van geldige werkwijzeoctrooien, de beperkte looptijd van de overeenkomsten, het specifieke regelgevingskader in de EER en het niet binnen korte termijn beschikbaar worden van niet-inbreukmakende producten. Ten vierde is de opgedane ervaring van belang om te bepalen of een gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken. Het gaat dan om ervaring zoals die traditioneel in de economische analyse wordt opgevat, zoals is neergelegd door de mededingingsautoriteiten, in voorkomend geval ondersteund door rechtspraak. In de onderhavige zaak is geen sprake van dat soort ervaring.

433 De Commissie heeft toegelicht dat zij op dit punt de vaste rechtspraak heeft toegepast, zoals die door het Hof in herinnering is gebracht in zijn arrest CB/Commissie, punt 78 supra (EU:C:2014:2204).

434 Er dient namelijk op te worden gewezen dat het Hof met het arrest CB/Commissie, punt 78 supra (EU:C:2014:2204), niet is teruggekomen van de basisbeginselen inzake het begrip beperking naar strekking zoals die uit de eerdere rechtspraak bleken. Het is juist dat het Hof in zijn arrest de analyse van het Gerecht in het arrest van 29 november 2012, CB/Commissie (T-491/07, EU:T:2012:633), heeft verworpen. Dat had geoordeeld dat het begrip mededingingsbeperking naar strekking niet restrictief hoefde te worden uitgelegd. Het Hof heeft eraan herinnerd dat het begrip mededingingsbeperking naar strekking uitsluitend kan worden toegepast op bepaalde soorten van afstemming tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet behoeven te worden onderzocht. Anders zou de Commissie immers worden ontslagen van haar verplichting om de concrete effecten op de markt aan te tonen van overeenkomsten waarvan niet is bewezen dat zij naar hun aard zelf schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging (arrest CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 58).

435 Uit de algehele opzet van het bestreden besluit, en met name de overwegingen 802 en 1338, blijkt dat de litigieuze overeenkomsten vergelijkbaar waren met overeenkomsten tot marktuitsluiting, die deel uitmaken van de ernstigste mededingingsbeperkingen. De uitsluiting van concurrenten van de markt is immers een extreme vorm van marktverdeling en productiebeperking. Verzoeksters kunnen de Commissie niet verwijten dat zij in casu geen rekening heeft gehouden met het bestaan van hun werkwijzeoctrooien of het specifieke regelgevingskader in de EER als relevante onderdelen van de context. Uit de overwegingen 666 tot en met 671 van het bestreden besluit blijkt namelijk dat de Commissie wel rekening heeft gehouden met de werkwijzeoctrooien van verzoeksters, maar van oordeel was dat zij, zelfs indien zij geldig zouden worden geacht, niet elke mededinging betreffende het WFB citalopram konden uitsluiten. Ook heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat er op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten onzekerheid was over de geldigheid van de octrooien van verzoeksters, meer bepaald over het octrooi inzake kristallisatie, en dat geen rechterlijke instantie binnen de EER zich op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten over die kwestie had uitgesproken.

436 Derhalve moet het oordeel luiden dat de Commissie de hierboven in de punten 338 tot en met 344 in herinnering gebrachte rechtspraak juist heeft toegepast. Die houdt in dat bepaald moet worden of een overeenkomst naar haar aard kan worden geacht de mededinging op voldoende ernstige wijze te beperken dat zij als een beperking naar strekking kan worden gekwalificeerd (zie met name overweging 651 van het bestreden besluit).

437 Bijgevolg was de Commissie niet verplicht om daarnaast nog de concrete gevolgen van de litigieuze overeenkomsten voor de mededinging te onderzoeken, en met name niet of de generieke ondernemingen zonder deze overeenkomsten tot de markt zouden zijn toegetreden zonder daarbij

inbreuk te maken op het ene of het andere octrooi van Lundbeck, om aan te kunnen tonen dat sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU. Zij beschikten immers over reële en concrete mogelijkheden daarvoor en zij waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten potentiële concurrenten van Lundbeck (zie het eerste middel hierboven).

438 Anders dan verzoeksters stellen, is bovendien niet vereist dat de Commissie reeds overeenkomsten van hetzelfde soort heeft veroordeeld om de litigieuze overeenkomsten als mededingingsbeperking naar strekking te kunnen beschouwen. De rol van de ervaring, die het Hof heeft vermeld in punt 51 van het arrest CB/Commissie, punt 78 supra (EU:C:2014:2204), heeft geen betrekking op de specifieke categorie van een overeenkomst in een bepaalde sector, maar verwijst naar het feit dat vaststaat dat bepaalde vormen van onderlinge afstemming in de regel en zoals de ervaring leert, de mededinging in die mate nadelig kunnen beïnvloeden dat niet hoeft te worden aangetoond dat zij in het specifieke geval gevolgen hebben gehad. Het feit dat Commissie in het verleden niet heeft gemeend dat een bepaald soort overeenkomst naar haar aard de mededinging beperkte, kan er dus niet aan in de weg staan dat zij dat in de toekomst doet, na een individueel en omstandig onderzoek van de litigieuze maatregel aan de hand van de inhoud, het doel en de context ervan (zie in die zin arrest CB/Commissie, punt 78 supra, EU:C:2014:2204, punt 51; conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak CB/Commissie, C-67/13 P, Jurispr., EU:C:2014:1958, punt 142, en die van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Toshiba Corporation/Commissie, C-373/14 P, Jurispr., EU:C:2015:427, punt 74).

439 Verzoeksters betogen dus ten onrechte dat de Commissie niet genoegzaam heeft bewezen dat de litigieuze overeenkomsten naar hun inhoud en doelstellingen en binnen hun economische en juridische context konden worden geacht voldoende nadelig voor de mededinging te zijn (zie punt 343 hierboven).

440 Het eerste onderdeel moet dus worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel

441 Verzoeksters menen dat de Commissie het recht heeft geschonden met haar conclusie in het bestreden besluit dat een waardeoverdracht op zich volstaat om een schikkingsovereenkomst op octrooigebied tot een beperking naar strekking te maken.

442 Zij merken op dat in het bestreden besluit is vastgesteld dat de „middelen die octrooihouders inzetten om hun rechten te verdediging van belang zijn” (overweging 641), wat betekent dat de „middelen” op zich al een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking kunnen geven. In geen eerdere zaak is echter aangegeven dat een prikkel van buitenaf, of dit nu in de vorm van economische voordelen of fysieke of psychologische druk is, op zich een voor het overige geoorloofde overeenkomst tot een mededingingsverstorende overeenkomst kan maken. Daarbij komt dat wanneer een externe prikkel geen rechtvaardiging voor een overigens mededingingsverstorende overeenkomst kan zijn, die prikkel ook niet een voor het overige geoorloofde overeenkomst tot een mededingingsverstorende overeenkomst kan maken. Tot slot is in de rechtspraak van het Hof bevestigd dat de mededingingsverstorende strekking van een overeenkomst los van de financiële prikkels voor de partijen moet worden bepaald. In het bestreden besluit is dus een vergissing begaan, doordat daarin doorslaggevende betekenis aan de betaling is toegekend, terwijl die mededingingsrechtelijk neutraal is.

443 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

444 Voor zover verzoeksters met dit onderdeel willen opkomen tegen de wijze waarop de Commissie de betalingen in omgekeerde richting in het bestreden besluit heeft beoordeeld, moet worden verwezen naar de uiteenzetting daarover in het kader van het tweede middel (zie punten 345-416 hierboven).

445 Daaraan moet worden toegevoegd dat de door verzoeksters ingeroepen rechtspraak, die inhoudt dat het voor het bestaan van een inbreuk irrelevant is of de partijen bij een overeenkomst er al dan niet commercieel belang bij hadden om die overeenkomst te sluiten (zie in die zin arrest van 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie, C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr., EU:C:2007:52, punten 44 en 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak), slechts betekent dat de partijen bij een overeenkomst niet kunnen aanvoeren dat die overeenkomst de meest winstgevende oplossing was om aan het verbod in artikel 101 VWEU te ontsnappen (zie punt 380 hierboven). Die rechtspraak staat er echter niet aan in de weg dat de Commissie rekening houdt met de inhoud van een overeenkomst alsook haar doelstelling en de context waarbinnen zij gesloten is, zoals in casu het feit dat sprake is van omvangrijke betalingen in omgekeerde richting, om het bestaan van een beperking naar strekking aan te tonen.

446 Derhalve moet ook het tweede onderdeel worden afgewezen.

3. Derde onderdeel

447 Verzoeksters voeren aan dat in het bestreden besluit het recht is geschonden, ten eerste omdat daarin niet is erkend dat de litigieuze overeenkomsten noodzakelijk waren om een legitieme doelstelling te bereiken, namelijk de bescherming en de handhaving van een octrooi, en ten tweede omdat daarin de rechtspraak over „andere legitieme doelstellingen" onjuist is toegepast op het onderhavige geval.

448 Verzoeksters voeren vaste rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie aan waarin is bepaald dat een beperking van de handelingsvrijheid van de partijen niet automatisch de mededinging beperkt, met name niet wanneer die beperking noodzakelijk is om een hoofddoel na te streven dat voor de mededinging neutraal is of haar bevordert. Volgens hen kan de bescherming van de investering die de houder van een intellectueel-eigendomsrecht heeft gedaan, een dergelijke legitieme doelstelling vormen.

449 In de onderhavige zaak werd met de litigieuze overeenkomsten het legitieme doel van de bescherming en handhaving van de werkwijzeoctrooien van Lundbeck nagestreefd, en daarmee de bescherming van Lundbeck's investering, door de onherstelbare schade als gevolg van de lancering van generieke geneesmiddelen te voorkomen. Bovendien hebben zij de generieke ondernemingen de nodige tijd gelaten om te bepalen of inbreuk werd gemaakt op de octrooien van Lundbeck, zonder dat zij daarvoor kosten of andere lasten hebben hoeven dragen of dat zij geconfronteerd zijn geweest met de termijnen die met een rechtszaak samenhangen. Daarnaast waren de strekking en de looptijd van de litigieuze overeenkomsten evenredig, aangezien die alleen bedoeld waren om te verhinderen dat de generieke ondernemingen citalopram in de handel zouden brengen die inbreuk maakte op de octrooien van Lundbeck en aangezien de looptijd ervan uiteindelijk samenhing met de uitkomst van het Lagap-geschil in het Verenigd Koninkrijk, in het kader waarvan op de onderliggende geschillen kon worden ingegaan en kon worden bepaald of er voor Lundbeck nog steeds aanleiding was om haar werkwijzeoctrooien te handhaven.

450 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

451 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat uit de rechtspraak volgt dat wanneer een bepaalde transactie of activiteit niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt omdat zij geen invloed of een positieve invloed heeft op de mededinging, een beperking van de commerciële autonomie van één of meer partijen bij die transactie of die activiteit evenmin onder dit verbod valt indien die beperking objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die transactie of activiteit en evenredig is met de doelstelling ervan (zie arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, Jurispr., EU:C:2014:2201, punt 89 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

452 Wanneer het bestaan of de doelstellingen van de primaire transactie of activiteit in het gedrang komen bij gebreke van die beperking, moet de verenigbaarheid van die beperking met artikel 101, lid 1, VWEU namelijk samen worden onderzocht met de verenigbaarheid van de primaire transactie of activiteit waarvan zij de nevenrestrictie vormt, ook al kan die restrictie – afzonderlijk beschouwd – op het eerste gezicht onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU lijken te vallen (arrest MasterCard e.a./Commissie, punt 450 supra, EU:C:2014:2201, punt 90).

453 Ter bepaling of een mededingingsverstorende restrictie aan het in artikel 101, lid 1, VWEU neergelegde verbod kan ontsnappen omdat zij een nevenrestrictie vormt van een primaire transactie die de mededinging niet beperkt, moet worden nagegaan of deze transactie nog zou kunnen worden uitgevoerd zonder de betrokken beperking. Het feit dat die transactie bij gebreke van de beperking in kwestie gewoon moeilijker te realiseren is of minder winstgevend is, leidt er niet toe dat die beperking „objectief noodzakelijk" is, hetgeen zij moet zijn om als nevenrestrictie te kunnen worden aangemerkt. Een dergelijke uitlegging zou immers erop neerkomen dat dit begrip wordt uitgebreid tot beperkingen die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de primaire transactie. Een dergelijk resultaat zou afdoen aan de nuttige werking van het in artikel 101, lid 1, VWEU vervatte verbod (arrest MasterCard e.a./Commissie, punt 450 supra, EU:C:2014:2201, punt 91).

454 De voorwaarde dat een restrictie nodig moet zijn, impliceert een dubbel onderzoek. Onderzocht moet namelijk worden of de restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie, en of zij daaraan evenredig is (zie arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

455 Daarnaast moet worden onderstreept dat, aangezien het bestaan van een rule of reason in het mededingingsrecht van de Unie niet kan worden aanvaard, het bij de kwalificatie van nevenrestricties onjuist zou zijn de voorwaarde van objectieve noodzakelijkheid aldus uit te leggen, dat zij een afweging van de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging impliceert (zie in die zin arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

456 In de onderhavige zaak voeren verzoeksters aan dat de beperkingen ten aanzien van de commerciële autonomie van de generieke ondernemingen ondergeschikt is aan de verwezenlijking van een hoofddoel, namelijk de bescherming van hun intellectuele-eigendomsrechten.

457 Dit argument kan niet worden aanvaard.

458 Ten eerste hebben verzoeksters immers niet aangetoond dat de in de litigieuze overeenkomsten overeengekomen beperkingen objectief noodzakelijk waren voor de bescherming van hun intellectuele-eigendomsrechten, in de zin van de reeds aangehaalde rechtspraak. Zij hadden die rechten ook kunnen beschermen door in geval van een inbreuk op hun octrooien rechtszaken aanhangig te maken bij de bevoegde nationale rechterlijke instanties. Zoals de Commissie heeft aangegeven in de overwegingen 638 en volgende van het bestreden besluit, waren er daarnaast vele wijzen waarop een octrooigeschil minnelijk kon worden geregeld, zonder beperkingen overeen te komen ten aanzien van de markttoetreding van de generieken door middel van betalingen in omgekeerde richting die ongeveer overeenstemden met de winst die zij met een markttoetreding verwachtten te behalen (zie punten 334 en 411 hierboven). Verzoeksters hebben dus niet aangetoond dat die beperkingen objectief noodzakelijk waren voor het bereiken van het gestelde doel, namelijk het doen eerbiedigen hun intellectuele-eigendomsrechten.

459 Ten tweede moet worden herinnerd aan de rechtspraak dat een overeenkomst niet als gevolg van het loutere feit dat zij betrekking heeft op een octrooi of bedoeld is om octrooigeschil minnelijk te regelen, immuun wordt voor het mededingingsrecht en dat een overeenkomst ook dan als beperkend kan worden aangemerkt wanneer zij niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft (zie punt 427 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Het feit dat mededingingsverstorend gedrag voor een onderneming de meest winstgevende of de minst risicovolle oplossing kan blijken te zijn, sluit geenszins de toepassing van artikel 101 VWEU uit (punt 380 hierboven).

460 Ten derde en hoe dan ook geldt dat, zelfs gesteld dat de in de litigieuze overeenkomsten overeengekomen beperkingen objectief noodzakelijk kunnen worden geacht voor het door verzoeksters gestelde hoofddoel, namelijk het doen eerbiedigen van hun intellectuele-eigendomsrechten, dit niet wegneemt dat die onevenredig zijn aan de verwezenlijking van dit doel. Anders dan verzoeksters stellen, is met de litigieuze overeenkomsten namelijk geen enkel octrooigeschil geregeld, aangezien daarin alleen is opgenomen dat de generieke ondernemingen gedurende een bepaalde periode tegen betaling van de markt van citalopram zouden blijven, waarbij er niet eens in was voorzien dat zij na afloop van die periode tot die markt zouden kunnen toetreden zonder zich tegen vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck te hoeven verweren. Voorts ging de omvang van de beperkingen in die overeenkomsten vaak verder dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck (zie het zesde middel hierna). Tot slot beweren verzoeksters ten onrechte dat de Lagap-zaak in het Verenigd Koninkrijk had gediend als de sleutel op grond waarvan de geschillen met de generieke ondernemingen hadden kunnen worden geregeld. Zoals de Commissie heeft aangegeven in de overwegingen 683 en volgende van het bestreden besluit zijn de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk en de Arrow-UK-, Deense Arrow-, Alpharma- en Ranbaxy-overeenkomst alle gesloten voordat Lundbeck op 14 oktober 2002 een procedure wegens octrooi-inbreuk tegen Lagap in het Verenigd Koninkrijk had ingesteld. Voor de enige overeenkomst die daarna is gesloten, te weten de GUK-overeenkomst voor de EER, was het geschil met Lagap niet echt relevant, aangezien het WFB dat aan de orde was in de Lagap-procedure, gebaseerd op de werkwijze Matrix II, verschilde van het WFB van Natco, de basis voor de productie van het generieke citalopram dat Merck (GUK) in de handel wilde brengen (overweging 687 van het bestreden besluit).

461 Verzoeksters stellen dus ten onrechte dat de in de litigieuze overeenkomsten overeengekomen beperkingen objectief noodzakelijk en evenredig waren voor de bescherming van hun intellectuele-eigendomsrechten.

462 Verzoeksters menen in de tweede plaats dat de Commissie de rechtspraak over andere legitieme doelstellingen in het bestreden besluit onjuist heeft toegepast op het onderhavige geval. Daarin heeft zij namelijk verklaard dat het feit dat een overeenkomst ook andere, volstrekt legitieme doelstellingen kan nastreven, niet verhindert dat kan worden vastgesteld dat sprake is van een beperking naar strekking. De zaken die de Commissie ter ondersteuning daarvan aanhaalt, betreffen echter situaties waarin de legitieme doelstelling ook zonder de mededinging te beperken hadden kunnen worden bereikt, terwijl de litigieuze overeenkomsten in casu noodzakelijk zijn om de octrooien van Lundbeck te doen eerbiedigen.

463 De interveniënte ondersteunt verzoeksters' argumenten. Ook zij meent dat de Commissie de juridische maatstaf voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU onjuist heeft gehanteerd. Volgens haar is de rechtspraak van het Hof gebaseerd op de maatstaf van „objectieve noodzakelijkheid" om te bepalen of artikel 101 VWEU al dan niet van toepassing is. Derhalve had de Commissie moeten onderzoeken of te goeder trouw een minnelijke regeling was overeengekomen om een einde te maken aan een reëel octrooigeschil en of de overeengekomen beperkingen noodzakelijk en evenredig waren voor dat legitieme doel.

464 In dat verband moet erop worden gewezen dat de Commissie, anders dan verzoeksters en de interveniënte stellen, zonder het recht te schenden de rechtspraak over andere legitieme doelstellingen in de onderhavige zaak heeft toegepast (zie punt 427 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak) en verzoeksters' argumenten dienaangaande in overweging 653 van het bestreden besluit heeft verworpen. Deze argumenten berusten namelijk op de onjuiste premisse dat het door verzoeksters gestelde

legitieme doel, namelijk de bescherming van hun intellectuele-eigendomsrechten, niet zonder beperking van de mededinging had kunnen worden verwezenlijkt (zie punten 458 tot en met 461 hierboven).

465 Het derde onderdeel moet derhalve worden afgewezen.

4. Vierde onderdeel

466 Verzoeksters menen dat in het besluit het recht is geschonden omdat daarin niet is onderkend dat het contrafeitelijke scenario in de onderhavige zaak uitsluit dat sprake kan zijn van een mededingingsbeperking naar strekking.

467 Zij voeren aan dat in het bestreden besluit voorbij wordt gegaan aan het feit dat generieke ondernemingen ook zonder de litigieuze overeenkomsten geen niet-inbreukmakend citalopram zouden hebben verkocht. Uit vaste rechtspraak volgt dat de vraag of een overeenkomst ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet worden beoordeeld aan de hand van het algemene criterium, hoe de mededinging op de betrokken markt zonder de overeenkomst zou zijn verlopen. Het volstaat dus dat er twijfel is of er zonder de overeenkomst ook mededinging zou zijn geweest om enige inbreuk op artikel 101 VWEU uit te sluiten. Bovendien is het wegnemen van onzekerheid inherent aan elke minnelijke regeling. In het bestreden besluit is in dat verband onderkend dat minnelijke regelingen die markttoetreding vertragen, in sommige gevallen mogelijk geen inbreuk op artikel 101 VWEU maken.

468 Voor de in het bestreden besluit vermelde realistische perspectieven om tot een of meerdere markten in de EER tijdens de door litigieuze overeenkomsten gedekte periode toe te treden, ontbreekt een grondslag. Hoe dan ook zijn dit slechts perspectieven, zodat het op zijn minst onzeker was of de generieke ondernemingen zonder deze overeenkomsten niet-inbreukmakend citalopram zouden hebben verkocht. Volgens verzoeksters beschikten de generieke ondernemingen namelijk niet over een VHB en, zelfs gesteld dat zijn hun inbreukmakende generieke producten hadden kunnen lanceren, zouden zij voorwerp zijn geweest van verzoeken om rechterlijke bevelen die zij zouden hebben ingediend. Ook hadden deze ondernemingen ervoor kunnen kiezen om van de markt te blijven of om zich daaruit terug te trekken om aan rechtszaken van Lundbeck te ontkomen. Voor het overige zijn meerdere generieke ondernemingen hun markttoetreding actief blijven voorbereiden door hun onderzoeken naar niet-inbreukmakend citalopram voort te zetten en hebben de litigieuze overeenkomsten hen er ook niet van weerhouden om de geldigheid van de octrooien van Lundbeck aan te vechten.

469 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

470 Daar waar verzoeksters met hun argumenten ten eerste lijken te willen afdoen aan de conclusie dat de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten potentiële concurrenten van Lundbeck waren en daar waar deze argumenten hierboven reeds zijn weerlegd in het kader van het eerste middel, moet naar de uiteenzettingen daarover worden verwezen.

471 Voorts is het van belang eraan te herinneren dat artikel 101 VWEU de potentiële mededinging evenzeer beoogt te beschermen als de daadwerkelijke mededinging tussen ondernemingen op een markt (zie punt 99 hierboven). Het is dus tevergeefs dat verzoeksters opnieuw betogen dat het onzeker was of de ondernemingen ook daadwerkelijk tot de markt zouden zijn toegetreden tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten, aangezien met een dergelijk betoog voorbij wordt gegaan aan het onderscheid tussen actuele en potentiële concurrentie.

472 Voor zover verzoeksters ten tweede te kennen geven dat de Commissie in casu het contrafeitelijke scenario had moeten onderzoeken, moet eraan worden herinnerd dat de Commissie bij mededingingsbeperkingen naar strekking alleen hoeft aan te tonen dat de overeenkomsten een voldoende nadelige invloed op de mededinging hadden, gezien de strekking van de daarin vervatte bepalingen, de doelstellingen die daarmee moesten worden bereikt en de economische en juridische context waarin die te plaatsen waren, zonder dat zij ook nog eens de gevolgen daarvan hoeft te onderzoeken (punt 341 hierboven).

473 Het onderzoek van een hypothetisch contrafeitelijke scenario is niet alleen moeilijk uit te voeren, omdat de Commissie dan verplicht is om gebeurtenissen te reconstrueren die zonder de litigieuze overeenkomsten zouden hebben plaatsgevonden terwijl die overeenkomsten juist tot doel hadden om de markttoetreding van de generieke ondernemingen te vertragen (zie punten 138 en 139 hierboven), het sluit ook nauwer aan bij een onderzoek van de gevolgen van de litigieuze overeenkomsten op de markt dan bij een onderzoek of die overeenkomsten in voldoende mate nadelig voor de mededinging waren. Een dergelijk onderzoek van de gevolgen is echter niet vereist in het kader van een analyse gebaseerd op het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking (punt 341 hierboven).

474 Zelfs gesteld dat bepaalde generieke ondernemingen niet tot markt zouden zijn toegetreden tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten, wegens door Lundbeck ingestelde vorderingen wegens inbreuk of wegens de onmogelijkheid om binnen voldoende korte termijn een VHB te verkrijgen, dan nog is het dus van belang dat deze ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten met Lundbeck over reële en concrete mogelijkheden beschikten om tot de markt toe te treden, zodat zij concurrentiedruk op haar uitoefenden. Die concurrentiedruk is gedurende de looptijd van de litigieuze overeenkomsten weggenomen, hetgeen op zich reeds een mededingingsbeperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormt.

475 Hoewel het juist is dat minnelijke regelingen vaak tot doel hebben om de onzekerheden weg te nemen die aan het voortzetten van een rechtszaak inherent zijn, zijn dergelijke regelingen echter niet immuun tegen de toepassing van het mededingingsrecht (zie punt 427 hierboven). Zoals de Commissie bovendien heeft vastgesteld in het bestreden besluit, zijn zij bijzonder problematisch wanneer zij bedoeld zijn om potentiële concurrenten ervoor te betalen dat zij gedurende een bepaalde periode van de markt blijven, zonder dat echter ook maar het minste onderliggende octrooigeschil wordt beslecht, zoals in casu.

476 De Commissie heeft dan ook met recht geoordeeld dat de litigieuze overeenkomsten verwantschap vertoonden met overeenkomsten tot marktuitsluiting tussen concurrenten en dat die de mededinging negatief konden beïnvloeden, zonder dat het voor de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU, nodig was om aan te tonen dat zij die gevolgen ook hadden gehad.

477 Derhalve moet ook het vierde onderdeel worden afgewezen, en daarmee het derde middel in zijn geheel.

E – *Vierde middel, schending van het recht en een motiveringsgebrek bij de afwijzing van het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi als de belangrijkste maatstaf voor de toetsing van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied aan artikel 101, lid 1, VWEU*

478 Verzoeksters menen dat de Commissie ten onrechte geeft geweigerd te aanvaarden dat overeenkomsten die dezelfde beperkingen bevatten als die welke inherent zijn aan de uitoefening van de rechten die een octrooi aan de houder ervan verleent, niet onder artikel 101, lid 1, VWEU vallen. Ook suggereert zij ten onrechte dat overeenkomsten die beperkingen bevatten die verder gaan dan de beschermingsomvang van dat octrooi, naar alle waarschijnlijkheid onder die bepaling vallen. Zij voeren ten eerste aan dat in het bestreden besluit het recht is geschonden doordat daarin het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi als relevante maatstaf voor de toetsing van

schikkingsovereenkomsten op octrooigebied aan artikel 101, lid 1, VWEU van de hand is gewezen. Zij betogen in de tweede plaats dat de redenering die de Commissie in het bestreden besluit heeft gevolgd om dit criterium van de hand te wijzen, onduidelijk en onlogisch is en wordt tegensproken door de hoofdredenering die aan de rest van het bestreden besluit ten grondslag ligt.

1. Eerste onderdeel

479 Verzoeksters geven in de eerste plaats te kennen dat de contractuele beperkingen die qua tijd, gebied en inhoud onder de rechten van de octrooihouder vallen, niet in strijd zijn met het mededingingsrecht, omdat deze beperkingen een weerspiegeling zijn van de beperkingen die inherent zijn aan het onderliggende octrooi, ongeacht of de schikking een waardeoverdracht van het initiërende farmaceutische bedrijf aan de fabrikanten van generieke geneesmiddelen omvat.

480 Een dergelijke voorwaarde is in overeenstemming met het beginsel dat octrooien worden vermoed geldig te zijn totdat zij uitdrukkelijk nietig worden verklaard. In het Windsurfingarrest, punt 119 supra (EU:C:1986:75), heeft het Hof erkend dat enig beding dat betrekking heeft op de onder een octrooi vallende producten, wordt gerechtvaardigd door de bescherming van een intellectueel-eigendomsrecht. De beschermingsomvang van het octrooi is dus relevant voor de beoordeling of sprake is van een inbreuk op artikel 101 VWEU.

481 Verzoeksters menen in de tweede plaats dat een schikking verband moet houden met een „bonafide" geschil tussen de partijen bij de overeenkomst over de geldigheid van of een inbreuk op een octrooi. Dergelijke regelingen zijn op zich geoorloofd en nuttig en zij kunnen alleen aan de „antitrustregels" worden getoetst indien het onderliggende geschil fictief is.

482 Bij schikkingen betreffende octrooien en generieke geneesmiddelen dient een geschil als echt te worden aangemerkt wanneer niet is aangetoond dat de octrooihouder wist of de vaste overtuiging had dat het octrooi ongeldig was en wanneer die octrooihouder over voldoende bewijs beschikte om te stellen dat de generieke geneesmiddelen inbreuk maakten op zijn octrooi. Wanneer de octrooihouder slechts twijfels heeft over de geldigheid van zijn octrooi, dan zijn die twijfels, die een uiting zijn van de onzekerheid die aan elke rechtszaak inherent is, niet voldoende om aan de echtheid van het geschil te raken en kunnen zij de schikkingsovereenkomst niet onrechtmatig maken. Verklaringen als die welke herhaaldelijk wordt aangehaald in het bestreden besluit, die meer dan anderhalf jaar na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten is afgelegd en die erop duidt dat een werknemer van Lundbeck de kans dat het octrooi inzake kristallisatie door de rechterlijke instanties van het Verenigd Koninkrijk nietig zou worden verklaard op 60 % schatte, kunnen in geen geval in aanmerking worden genomen als bewijs dat Lundbeck geloofde dat het octrooi inzake kristallisatie nietig was of dat zij geen kansen had om dit voor een rechterlijke instantie te handhaven.

483 Verzoeksters menen in de derde plaats dat het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi de enige geschikte maatstaf is. Om te beginnen kan met een dergelijk criterium een redelijk evenwicht worden gevonden tussen het mededingingsrecht en het octrooirecht. Bovendien komt dit tegemoet aan de zorgen die de Commissie ten aanzien van schikkingen op octrooigebied heeft, omdat een generieke onderneming die een dergelijke overeenkomst sluit tot de markt kan toetreden op een wijze die niet indruist tegen de materiële, temporele en geografische beschermingsomvang van het betrokken octrooi. Tot slot vertoont dit criterium niet de gebreken die kleven aan het criterium dat in het bestreden besluit is gehanteerd.

484 Verzoeksters betogen in de vierde plaats dat geen van de litigieuze overeenkomsten in strijd is met artikel 101 VWEU, omdat zij alle voldoen aan de voorwaarde van de handhaving van de beschermingsomvang van het octrooi, aangezien de contractuele beperkingen beperkt blijven tot de inbreukmakende geneesmiddelen en niet verder gaan dan de territoriale en temporele beschermingsomvang van de werkwijzeoctrooien van Lundbeck, en aan de voorwaarde dat het geschil

echt moet zijn, aangezien er geen bewijs is dat suggereert dat Lundbeck haar octrooien nietig achtte en zij bovendien beschikte over wetenschappelijke gegevens die aantoonden dat de generieke ondernemingen inbreuk maakte op haar werkwijzeoctrooien.

485 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

486 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat artikel 101, lid 1, VWEU volgens de rechtspraak geen onderscheid maakt tussen overeenkomsten die een geding beogen te beëindigen en overeenkomsten die een ander doel nastreven (arrest Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, punt 427 supra, EU:C:1988:448, punt 15). De in een wettelijke regeling van een lidstaat op het gebied van de industriële eigendom erkende rechten worden door artikel 101 VWEU weliswaar niet in hun bestaan geraakt, maar hun uitoefening kan niettemin onder de verboden van dit artikel vallen. Dat kan het geval zijn, telkens wanneer de uitoefening van zodanig recht te zien is als voorwerp, middel of gevolg van een mededingingsregeling (arrest Centrafarm en de Peijper, punt 117 supra, EU:C:1974:114, punten 39 en 40).

487 Hoewel het dus juist is dat de industriële eigendom met name tot specifiek voorwerp heeft de octrooihouder, ter beloning van de creatieve inspanning van de uitvinder, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten (arrest Centrafarm en de Peijper, punt 117 supra, EU:C:1974:115, punt 9), kan dit echter niet aldus worden uitgelegd dat het ook bescherming zou verlenen tegen acties tot betwisting van de geldigheid van een octrooi aangezien het algemene belang de opheffing vereist van alle belemmeringen van de economische activiteit die het gevolg kunnen zijn van een ten onrechte verleend octrooi (Windsurfingarrest, punt 119 supra, EU:C:1986:75, punt 92).

488 In dat verband moet worden opgemerkt dat de overwegingen in punt 92 van het Windsurfingarrest, punt 119 supra (EU:C:1986:75), anders dan verzoeksters stellen, niet alleen kunnen gelden voor bedingen die duidelijk buiten de beschermingsomvang van het octrooi vallen. In punt 46 van datzelfde arrest heeft het Hof immers geoordeeld dat, ook wanneer het Duitse octrooi de complete zeilplank zou betreffen en dus mede de zeilplankromp zou omvatten, wat zou hebben betekend dat het beding in kwestie onder de beschermingsomvang van het octrooi zou vallen, dit nog niet betekende dat een dergelijk beding verenigbaar was met artikel 101 VWEU.

489 Daarnaast volgt uit de rechtspraak dat de Commissie weliswaar niet lijdelijk mag toezien wanneer de omvang van een octrooi van belang is na te gaan of er een inbreuk op de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU is gepleegd, maar dat het niet aan haar is om de omvang van een octrooi te bepalen (Windsurfingarrest, punt 119 supra, EU:C:1986:75, punt 26).

490 Naar de maatstaven van die rechtspraak, evenals de doelstellingen die in artikel 101 VWEU besloten liggen, die onder meer vereisen dat elke marktdeelnemer zelfstandigheid bepaalt welk beleid hij op de markt wil volgen (zie in die zin BIDS-arrest, punt 341 supra, EU:C:2008:643, punten 33 en 34) teneinde de consument te beschermen tegen ongerechtvaardigde prijsverhogingen als gevolg van onderling afstemming tussen concurrenten (zie punt 386 hierboven), heeft de Commissie in casu terecht de toepassing van het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi voor de toetsing van de litigieuze overeenkomsten aan artikel 101, lid 1, VWEU van de hand gewezen.

491 Zoals de Commissie in overweging 698 van het bestreden besluit te kennen heeft gegeven, is dit criterium in meerdere opzichten problematisch vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt. Ten eerste leidt dit tot het vermoeden dat een generiek geneesmiddel inbreuk maakt op het octrooi van het initiërende farmaceutische bedrijf, zodat dit generieke geneesmiddel op die grondslag kan worden uitgesloten, terwijl nog open staat of het generieke geneesmiddel wel inbreuk maakt. Ten tweede berust dit op de veronderstelling dat elk octrooi dat in het kader van een minnelijke regeling wordt ingeroepen, in geval van betwisting van zijn geldigheid als geldig zal worden beschouwd, terwijl

daarvoor geen grondslag in het recht of in de praktijk te vinden is (punt 122 hierboven). Het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi berust dus op een subjectieve beoordeling door verzoeksters van de beschermingsomvang van hun octrooien en van de geldigheid daarvan, terwijl een nationale rechterlijke instanties of een bevoegde autoriteit daar een ander zicht op zou kunnen hebben.

492 De Supreme Court of the United States, die daarmee een heftig debat over dit onderwerp heeft beëindigd, heeft overigens dezelfde benadering gevolgd door in zijn Actavis-arrest, vermeld in punt 353 hierboven, het door de lagere rechters toegepaste criterium van de beschermingsomvang van het octrooi af te wijzen. Daartoe heeft die instantie overwogen dat het feit dat een overeenkomst onder de beschermingsomvang van een octrooi valt, die overeenkomst nog niet immuun maakte tegen een vordering op grond van de „antitrustregels".

493 De vraag of een beperking binnen de beschermingsomvang van een octrooi valt, is een conclusie die moet worden getrokken uit een onderzoek naar de omvang en de geldigheid daarvan. Dit kan niet het uitgangspunt van een dergelijk onderzoek vormen, zoals verzoeksters in overweging geven (zie punt 353 hierboven over het Actavis-arrest).

494 Wanneer verzoeksters trachten aan te voeren dat de producten die de generieke ondernemingen in de handel wilden brengen, inbreuk maakten op hun octrooien of binnen de materiële, temporele of geografische beschermingsomvang daarvan vielen, betreft het dus in werkelijkheid speculaties die op hun eigen subjectieve oordelen berusten, aangezien zij niet betwisten dat geen enkele nationale rechterlijke instantie of bevoegde autoriteit op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten had vastgesteld dat deze producten inbreuk maakten op het ene of het andere van hun werkwijzeoctrooien (punt 145 hierboven). Zoals de Commissie bovendien benadrukt, was het octrooi inzake kristallisatie nog niet eens verleend op het moment waarop het merendeel van de litigieuze overeenkomsten werd gesloten (punt 127 hierboven), zodat de beschermingsomvang van verzoeksters' octrooien niet vaststond, net zo min als de omvang van de beperkingen in die overeenkomsten.

495 Het feit dat bepaalde beperkingen in de litigieuze overeenkomsten door de Commissie zijn beschouwd als beperkingen die mogelijk binnen de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck vielen, betekent overigens alleen dat verzoeksters vergelijkbare beperkingen hadden kunnen verkrijgen door middel van rechterlijke beslissingen ter handhaving van hun octrooien, aangenomen dat zij voor de bevoegde nationale rechterlijke instanties in het gelijk zouden zijn gesteld. Ook wanneer de litigieuze overeenkomsten tevens beperkingen bevatten die mogelijk binnen de beschermingsomvang van verzoeksters' octrooien vielen, gingen die overeenkomsten in die zin verder dan het specifieke voorwerp van hun intellectuele-eigendomsrechten, die uiteraard het recht omvatten om zich tegen een inbreuk te verzetten, maar niet het recht om overeenkomsten te sluiten waarmee daadwerkelijke of potentiële concurrenten op de markt worden betaald om niet tot de markt toe te treden (zie punt 487 hierboven en overweging 698 van het bestreden besluit).

496 Verzoeksters geven niettemin te kennen dat er in casu echte octrooigeschillen tussen de partijen bij de litigieuze overeenkomsten waren, zodat daarvoor een minnelijke regeling kon worden getroffen zonder inbreuk te maken op artikel 101 VWEU.

497 Het is echter twijfelachtig of met de litigieuze overeenkomsten ook daadwerkelijk de onderliggende octrooigeschillen tussen verzoeksters en de generieke ondernemingen hadden kunnen worden beëindigd, aangezien die overeenkomsten er niet in voorzagen dat de generieken onmiddellijk na afloop daarvan tot de markt konden toetreden, en ook niet gepaard gingen met een verklaring van verzoeksters dat zij van hun aanspraken op octrooigebied afzagen (zie punt 354 hierboven en overweging 662 van het bestreden besluit).

498 Zelfs gesteld dat de litigieuze overeenkomsten een minnelijke regeling van een geschil tussen de partijen mogelijk zouden hebben gemaakt, volstaat het daarnaast eraan te herinneren dat artikel 101, lid 1, VWEU geen onderscheid maakt tussen overeenkomsten die een geding beogen te beëindigen en overeenkomsten die een ander doel nastreven (zie in die zin arrest Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, punt 427 supra, EU:C:1988:448, punt 15). Wanneer bij overeenkomsten die potentiële concurrenten tegen betaling van de markt uitsluiten genoegzaam vaststaat zij een mededingingsbeperkende strekking hebben, moet, gesteld dat zij de mededinging en de consument ook ten goede zijn gekomen, door verzoekster worden aangetoond dat zij dergelijke gevolgen hebben gehad en moeten die gevolgen vanuit de invalshoek van artikel 101, lid 3, VWEU worden onderzocht (zie het onderzoek van het zevende middel hieronder) en niet door de Commissie worden beoordeeld in het kader van lid 1 van dat artikel (zie in die zin arrest Brasserie nationale e.a./Commissie, punt 387 supra, EU:T:2005:298, punt 85).

499 Bijgevolg stellen verzoeksters ten onrechte dat voor de door de Commissie gehanteerde juridische maatstaf geen grondslag in de rechtspraak te vinden is of dat de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten alleen in uitzonderlijke omstandigheden onder het verbod in artikel 101, lid 1, VWEU kan vallen. De Commissie heeft het recht niet geschonden door het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi van de hand te wijzen als relevant criterium voor het onderzoek van de litigieuze overeenkomsten vanuit de invalshoek van artikel 101, lid 1, VWEU. Zoals de Commissie te kennen geeft, was het relevante criterium in de onderhavige zaak dat van het begrip beperking naar strekking, zoals uitgewerkt in de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie (punten 338-344 hierboven).

500 Bijgevolg mocht de Commissie zich in de onderhavige zaak baseren op een samenstel van factoren, als onderdeel van de context, zoals het bestaan van een betaling in omgekeerde richting, de omvang van die betaling en het feit dat die overeen leek te stemmen met de winst die de generieke ondernemingen met hun markttoetreding verwachtten te behalen, evenals het ontbreken van een beding op grond waarvan de generieken gemakkelijker tot de markt hadden kunnen toetreden na afloop van de litigieuze overeenkomsten en het voorhanden zijn van beperkingen die verder gingen dan de beschermingsomvang van verzoeksters' octrooien, om vast te stellen dat deze overeenkomsten de strekking hadden om de mededinging te beperken in de zin van artikel 101 VWEU (zie overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit).

501 Het eerste onderdeel moet derhalve worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel

502 Verzoeksters geven in de eerste plaats te kennen dat de motivering waarom het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi van de hand is gewezen, alleen in overweging 698 van het bestreden besluit voorkomt, die bovendien een onlogische redenering bevat, aangezien dit criterium de generieken er volgens hen niet toe aanzet om al hun inspanningen om tot de markt toe te treden te laten varen, maar alleen om de verkoop van inbreukmakende producten te staken.

503 Bovendien houdt het recht om zich tegen inbreuken te verzetten ook in dat de octrooihouder zich tegen inbreuken zou kunnen verzetten door een geschil minnelijk te regelen. Een dergelijk recht vloeit ook uit het specifieke voorwerp van een octrooi voort, anders dan in het bestreden besluit wordt geïnsinueerd. Het Windsurfingarrest, punt 119 supra (EU:C:1986:75), dat in het bestreden besluit wordt aangehaald, kan alleen worden aangevoerd om te betogen dat Lundbeck niet het recht had om een conflict te beslechten tussen de producten van twee derde fabrikanten, wat in de onderhavige zaak niet aan de orde is. Bovendien is het in het bestreden besluit aangevoerde argument dat schikkingen alleen zijn toegestaan wanneer zij gebaseerd zijn op de subjectieve beoordeling van de partijen van de kracht van het octrooi, in tegenspraak met de stelling dat de houders van een octrooi niet de mogelijkheid zouden mogen hebben om zelf te beoordelen of de generieke geneesmiddelen

inbreuk maken op hun octrooi. In het bestreden besluit is evenmin toegelicht waarom het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi, dat in het recht van de Verenigde Staten voorkomt, niet kan worden getransponeerd naar het recht van de Unie.

504 Verzoeksters menen in de tweede plaats dat de afwijzing van het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi door de Commissie, niet coherent is met de hoofdredenering in het bestreden besluit waarnaar de Commissie haar beoordeling van de litigieuze overeenkomsten heeft gericht. De Commissie heeft haar conclusie dat deze overeenkomsten de strekking hadden om de mededinging te beperken, immers gebaseerd op de stelling dat zij beperkingen bevatten die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, aangezien zij de toetreding van elk citalopram tot de markt verhinderden, los van de vraag of dit inbreuk maakte of niet. Elders in het bestreden in het besluit heeft de Commissie evenwel verklaard dat de betalingen in omgekeerde richting er als zodanig een aanwijzing van waren dat de litigieuze overeenkomsten tot doel hadden om de generieke ondernemingen te verplichten om gedurende de looptijd daarvan van de markt van generiek citalopram te blijven, ongeacht of de geneesmiddelen die deze ondernemingen hadden kunnen verkopen inbreuk maakten of niet.

505 Dit toont aan dat het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi een cruciale rol heeft gespeeld in de analyse van de Commissie, wat haaks staat op haar stelling dat de vraag of de litigieuze overeenkomsten binnen de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck zijn gebleven, de juridische analyse van deze beperkingen door de Commissie niet ten gronde zou hebben gewijzigd.

506 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

507 Ten eerste moet eraan worden herinnerd dat de door artikel 296 VWEU vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (zie arrest van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, Jurispr., EU:C:2011:620, punt 147 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

508 Zo heeft de verplichting tot motivering van individuele besluiten volgens de rechtspraak zowel tot doel om de rechter in staat te stellen de wettigheid ervan te toetsen, als om de betrokkene voldoende gegevens te verschaffen om na te gaan of het besluit een gebrek vertoont op grond waarvan de wettigheid ervan kan worden betwist. Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat de in artikel 296 VWEU neergelegde motiveringsplicht een wezenlijk vormvoorschrift is, dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke rechtmatigheid van de omstreden handeling betreft (arrest Elf Aquitaine/Commissie, punt 507 supra, EU:C:2011:620, punten 146 en 148 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

509 In de onderhavige zaak moet ten aanzien van de motivering van de afwijzing van het criterium van de omvang van het octrooi in het bestreden besluit wordt vastgesteld dat de Commissie in overweging 698 van dat besluit uitdrukkelijk heeft geantwoord op de argumenten die verzoeksters op dat punt hadden aangevoerd. De Commissie heeft daarin met name uitgelegd waarom met dit criterium niet tegemoet kon worden gekomen aan de zorgen die er vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt ten aanzien van de litigieuze overeenkomsten bestonden (zie punt 491 hierboven). Voorts blijkt uit de algehele opzet van het bestreden besluit dat de Commissie het begrip beperking naar strekking als vervat in artikel 101, lid 1, VWEU op de litigieuze overeenkomsten heeft toegepast, rekening houdend met de economische en juridische context waarbinnen zij gesloten waren en met een reeks daarmee verband houdende factoren (zie punt 354 hierboven), zodat zij daarmee noodzakelijkerwijs het criterium van de omvang van het octrooi heeft afgewezen als relevant criterium voor de toetsing van deze overeenkomsten aan artikel 101, lid 1, VWEU.

510 Verzoeksters kunnen de Commissie dus niet verwijten dat zij in het bestreden besluit ontoereikend heeft gemotiveerd waarom het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi is afgewezen. Datzelfde geldt voor de vraag of octrooihouders het recht hebben om zich tegen inbreuken te verzetten door hun geschillen minnelijk te regelen, waarbij deze kwestie onder het onderzoek van het bestreden besluit ten gronde valt, die in het kader van de analyse van het tweede en derde middel hierboven is verricht.

511 Verzoeksters geven ook tevergeefs te kennen dat de Commissie haar bestreden besluit had motiveren onder verwijzing naar de juridische criteria die binnen het recht van de Verenigde Staten van toepassing zijn. Er is namelijk al geoordeeld dat een in het recht van een derde land heersende rechtsopvatting niet kan prevaleren boven die in het Unierecht en dat een schending van dit recht geen gebrek is dat als zodanig tot de onrechtmatigheid van een op de grondslag van het Unierecht gegeven besluit kan leiden (zie in die zin arrest van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98 en T-212/98–T-214/98, Jurispr., EU:T:2003:245, punten 1406 en 1407 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

512 In elk geval volstaat de constatering dat in het arrest dat de meerderheidsopvatting van de Supreme Court of the United States bevat in de zaak die heeft geleid tot het Actavis-arrest, vermeld in punt 353 hierboven – en niet in de afwijkende mening van rechter Roberts – duidelijk is vastgesteld dat het feit dat een overeenkomst binnen de beschermingsomvang van een octrooi valt, die overeenkomst niet immuun maakt tegen een vordering op grond van de „antitrustregels", waarbij dus het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi is verworpen als relevante maatstaf voor het onderzoek of schikkingen op octrooigebied die betalingen in omgekeerde richting omvatten, het zogenoemde „pay for delay", zoals in casu de litigieuze overeenkomsten, mededingingsverstorend zijn.

513 Zoals verzoeksters ter terechtzitting te kennen hebben gegeven, is het juist dat het regelgevingskader in de Verenigde Staten anders is dan dat in de verschillende lidstaten van de Unie. De Commissie heeft verzoeksters' argumenten inzake de toepassing van het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi, dat door sommige lagere rechters in de Verenigde Staten is toegepast vóór het Actavis-arrest, punt 353 supra, dan ook met recht niet nader onderzocht met het oog op de toetsing van de litigieuze overeenkomsten aan artikel 101 VWEU.

514 Ten tweede betogen verzoeksters ten onrechte dat het bestreden besluit tegenstrijdig is doordat daarin enerzijds is aangegeven dat de litigieuze overeenkomsten mededingingsverstorend waren, ongeacht of zij beperkingen bevatten die verder gingen dan de beschermingsomvang van hun octrooien, en anderzijds dat die overeenkomsten beperkingen bevatten die verder gingen dan de beschermingsomvang van hun octrooien, omdat zij waren bedoeld om de verkoop van elk soort generiek citalopram door de generieke ondernemingen te verhinderen.

515 De Commissie heeft in de overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit namelijk toegelicht dat het feit dat Lundbeck niet dezelfde beperkingen ten aanzien van de markttoetreding van de generieken had kunnen verkrijgen door zich op haar werkwijzeoctrooien te beroepen, er, naast andere, een belangrijke aanwijzing voor was dat de litigieuze overeenkomsten in strijd waren met artikel 101, lid 1, VWEU. Anders gezegd, de vraag of de beperkingen in de litigieuze overeenkomsten buiten de beschermingsomvang van verzoeksters' octrooien vielen, werd als een relevante, maar niet doorslaggevende factor beschouwd voor de vaststelling of sprake was van een beperking naar strekking in de zin van die bepaling, hetgeen ook duidelijk blijkt uit overweging 641 van het bestreden besluit (punten 335, 336 en 354 hierboven). Er is dus geen tegenstrijdigheid in het bestreden besluit op dit punt.

516 Bijgevolg moet het vierde middel worden afgewezen.

F – *Vijfde middel: kennelijke onjuiste beoordeling van de feiten, niet-nakoming van de zorgvuldigheidsplicht en een motiveringsgebrek doordat het optreden van Lundbeck is gekwalificeerd als een globale strategie tegen de toetreding door de generieken en als relevant voor de toetsing van de litigieuze overeenkomsten aan artikel 101, lid 1, VWEU*

517 Volgens verzoeksters is het bestreden besluit ontoereikend gemotiveerd, zijn de feiten daarin kennelijk onjuist beoordeeld en is de Commissie daarin de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht niet nagekomen, omdat het volledig gericht is op enkele geselecteerde verklaringen en voorbij gaat aan essentiële feiten om tot de conclusie te komen dat zij een „globale strategie" tegen generieke versies van citalopram voerden en omdat het op die strategie gebaseerd is om de litigieuze overeenkomsten aan artikel 101, lid 1, VWEU te toetsen.

518 Verzoeksters geven in de eerste plaats te kennen dat hun globale strategie bestond in vele eenzijdige handelingen die geen enkel verband hielden met de litigieuze overeenkomsten en hoe dan ook niet ongeoorloofd waren. Zij menen dat de Commissie enkele ernstige fouten heeft begaan door in het bestreden besluit te stellen dat zij op meerdere vlakken een beleid hebben gevoerd dat te plaatsen was in de context van een vermeende globale strategie tegen de toetreding van de generieken tot de markt van citalopram, namelijk door ten eerste een voor de lancering van escitalopram gunstig tijdvenster te creëren, ten tweede voor de werkwijzen voor de vervaardiging van citalopram octrooien aan te vragen, ten derde in de VHB-procedures voor de generieke versies van citalopram te interveniëren, ten vierde de dreiging die uitging van de toekomstige fabrikanten van het WFB citalopram voor de concurrentie weg te nemen en ten vijfde de generieke ondernemingen ertoe aan te zetten hun inspanningen om tot de markt van citalopram toe te treden te staken.

519 In de tweede plaats voeren zij aan dat in het bestreden besluit niet is uitgelegd waarom hun optreden relevant zou zijn voor de vaststelling dat sprake is van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU. Volgens verzoeksters kan de intentie van de partijen een overigens geoorloofde overeenkomst niet onverenigbaar met het mededingingsrecht maken. De subjectieve intentie van die partijen is ondergeschikt aan de hoofdvraag, namelijk of uit objectieve doelstellingen die met deze overeenkomsten worden nagestreefd, in het licht van de context waarin die overeenkomsten moeten worden plaats, blijkt dat sprake is van een mededingingsbeperking. In het bestreden besluit gaat de focus ten onrechte uit naar het eenzijdige gedrag van Lundbeck. Daarin wordt niet toegelicht in welke zin de generieke ondernemingen de vermeende intentie van Lundbeck gedeeld hebben of dat zij van die intentie wisten. Bijgevolg kan de Commissie zich niet op dit gedrag beroepen om aan te tonen dat er wilsovereenstemming tussen Lundbeck en de generieke ondernemingen was, die ertoe strekte de concurrentie van de generieke versie van citalopram binnen de perken te houden.

520 Verzoeksters menen in de derde plaats dat de Commissie haar zorgvuldigheidsplicht niet is gekomen, die gebiedt dat zij zorgvuldig en onpartijdig de relevante aspecten van een zaak onderzoekt, aangezien zij heeft verzuimd rekening te houden met alle andere feiten die erop wezen dat hun optreden bedoeld was om geoorloofde doelstellingen te bereiken, zoals het beroep op een geldig octrooi om zich tegen inbreukmakende toetreding te verzetten, het lanceren van een innovatief product ten gunste van de consument, het informeren van de gezondheidsautoriteiten over potentiële veiligheidsrisico's of het verkrijgen van meer productiecapaciteit.

521 In de vierde plaats menen verzoeksters dat sommige van hun handelingen ten onrechte als onrechtmatig zijn gekwalificeerd in het bestreden besluit, zoals het feit dat zij hun commerciële inspanningen hebben verschoven naar een nieuw, efficiënter product, Cipralex, dat zij meerdere octrooiaanvragen voor werkwijzen voor de vervaardiging van citalopram hebben ingediend, dat zij in de procedures voor de verlening van VHB's hebben geïntervenieerd of dat zij met de producenten van het WFB zaken hebben gedaan. Voorts menen verzoeksters dat in het bestreden besluit ten onrechte is geïnsinueerd dat zij in de loop van het Lagap-geschil hebben erkend dat de generieke producten gebaseerd op de door Matrix gebruikte werkwijze geen inbreuk maakten, terwijl het VHB gebaseerd op de werkwijze Matrix II, waarbij in een additionele stap nog wordt gewassen, pas op 4 juni 2003 in

het Verenigd Koninkrijk is verleend. Lundbeck heeft overigens nooit aanvaard dat Matrix een werkwijze volgde die op industriële schaal werd gebruikt en die tegelijk commercieel haalbaar en niet-inbreukmakend was.

522 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

523 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat de Commissie alleszins het recht had om met de verzoeksters' intenties op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten rekening te houden, aangezien in de rechtspraak is erkend dat de intenties van de partijen een relevante factor kunnen zijn om aan te tonen dat sprake is van een beperking naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU (punt 344 hierboven).

524 Voor zover verzoeksters vervolgens te kennen geven dat hun strategie niet ongeoorloofd was, omdat die onder meer bestond in het ontwikkelen van een nieuw geoctrooieerd product, escitalopram, het registreren van werkwijzeoctrooien voor citalopram of het verdedigen van die werkwijzeoctrooien door te interveniëren in de procedures voor de verlening van de VHB's aan de generieke ondernemingen, moet worden geconstateerd dat in het bestreden besluit niet is vastgesteld dat dergelijke handelingen op zich onrechtmatig zijn. De Commissie heeft daar alleen rekening mee gehouden als relevante feitelijke aspecten, aan de hand waarvan de litigieuze overeenkomsten in hun ruimere context konden worden geplaatst en die aantoonden dat verzoeksters de markttoetreding van de generieken wilden vertragen om zo een voor de lancering van escitalopram gunstig tijdvenster te creëren (overwegingen 123 en volgende van het bestreden besluit), dit met alle mogelijke – legale en illegale – middelen. Deze argumenten zijn dus met zekerheid niet ter zake dienend.

525 Daar waar verzoeksters' argumenten echter ook zo zouden kunnen worden uitgelegd dat zij daarmee de feitelijke beoordelingen van de Commissie in het bestreden besluit willen bestrijden, door een verkeerde opvatting van het bewijs op dit punt aan te voeren, moet niettemin op het volgende worden gewezen.

526 Wat ten eerste verzoeksters' stellingen betreft dat hun werkwijzeoctrooien werden vermoed geldig te zijn en dat geen enkele rechterlijke instantie op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten had vastgesteld dat de generieke ondernemingen geen inbreuk maakten, moet eraan worden herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit geenszins heeft vastgesteld dat verzoeksters' werkwijzeoctrooien niet geldig waren of dat zij geen enkele kans hadden om zich tegen de markttoetreding van de generieken te verzetten indien zij met risico zouden zijn toegetreden, maar alleen dat er onzekerheid op dit punt was, welke onzekerheid door de litigieuze overeenkomsten aanzienlijk is beperkt of weggenomen (punten 336, 363 en 429 hierboven).

527 Voorts zijn de interne schattingen van Lundbeck van de kansen dat het octrooi inzake kristallisatie ongeldig zou worden verklaard, door de Commissie in het bestreden besluit gebruikt om aan tonen dat Lundbeck en de generieke ondernemingen potentiële concurrenten van elkaar waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten (zie punt 96 hierboven en overweging 627 van het bestreden besluit). Los van de context waarbinnen dit is verklaard of door wie dit is verklaard, volgt hier duidelijk uit, zoals ook de Commissie heeft vastgesteld in het bestreden besluit, dat er onzekerheid was ten aanzien van de vraag of met de octrooien van Lundbeck elke toetreding van de generieke ondernemingen tot de markt kon worden tegengehouden en of die ondernemingen daartoe over reële en concrete mogelijkheden beschikten op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten. Verzoeksters erkennen overigens dat de nietigheidsprocedures op nationaal niveau werden gekenmerkt door grote wisselvalligheid.

528 Ten tweede betogen verzoeksters ten onrechte dat het bestreden besluit niet op enig concreet document is gebaseerd voor het bewijs dat er een verband was tussen de litigieuze overeenkomsten en de lancering van escitalopram. Het bestreden besluit is wat dat punt betreft namelijk gebaseerd op een uittreksel uit het strategisch plan van Lundbeck voor het jaar 1993 (overweging 135), een document dat

is opgesteld ten behoeve van een vergadering van de raad van bestuur van Lundbeck van 24 april 1998 (overweging 136), een document van Lundbeck van 24 september 1999 (overweging 138), een strategisch activiteitenplan en de begroting van Lundbeck voor de jaren 1999 (overweging 137), 2001 (overweging 139) en 2002 (overweging 140), en aantekeningen die begin 2003 zijn gemaakt tijdens een strategievergadering van Lundbeck (overweging 141). Dat laatste document toont bijvoorbeeld aan dat Lundbeck het voornemen had om de generieken te bestrijden om een gunstig tijdvenster te creëren om op escitalopram over te stappen. In haar strategisch activiteitenplan en haar begroting voor 2003 was Lundbeck voorts tot de conclusie gekomen dat de markttoetreding van de generieken, oorspronkelijk voorzien voor de eerste vier maanden van 2002, doeltreffend was uitgesteld tot oktober 2002 en dat het duidelijk was dat het uitblijven van generieken een positief effect had gehad op de wijze waarop de verkopen van Cipralex (escitalopram) zich in 2003 ontwikkelden (overweging 206 van het bestreden besluit).

529 Ten derde voeren verzoeksters tevergeefs aan dat bepaalde aspecten van het Lagap-geding in het Verenigd Koninkrijk verdraaid zijn weergegeven in het bestreden besluit. Uit het door de Commissie aangevoerde bewijs, dat verzoeksters overigens niet hebben betwist, blijkt namelijk dat verzoeksters in het kader van dat geding inderdaad hebben betoogd dat het door Matrix geproduceerde citalopram inbreuk maakte op het octrooi inzake kristallisatie, maar dat betrof wederom hun eigen subjectieve beoordeling, aangezien die stelling nooit door de in die zaak aangezochte rechter is bevestigd. Verzoeksters hadden er immers de voorkeur aan gegeven om met Lagap te schikken om een nederlaag te voorkomen die, in hun eigen woorden, een „vernedering" zou zijn geweest en „tegen hen zou zijn gebruikt in ander jurisdicties" (overweging 160 van het bestreden besluit). Verzoeksters hebben niet aangetoond hoe het bewijs op dat punt verdraaid is weergegeven in het bestreden besluit.

530 Verzoeksters voeren niettemin aan dat de VHB inzake de additionele stap waarin wordt gewassen (dat wil zeggen de werkwijze Matrix II) pas op 3 december 2003 in het Verenigd Koninkrijk is verleend, zodat het generiek citalopram dat vóór die datum in het Verenigd Koninkrijk in de handel is gebracht, was gebaseerd op de werkwijze Matrix I, waarvan zij meenden dat die inbreuk maakte op hun octrooien omdat die was gebaseerd op vervalste gegevens. Dit is echter nooit vast komen te staan. Uit overweging 155 van het bestreden besluit blijkt namelijk dat de rechter van het Verenigd Koninkrijk waarbij het Lagap-geding aanhangig was, in een voorlopige uitspraak van 14 februari 2003 juist heeft verklaard dat „Lundbeck nu gedwongen was om toe te geven dat haar vaste en onwrikbare overtuiging dat het onmogelijk was dat Lagap en haar leveranciers een niet-inbreukmakende werkwijze gebruikten, ongegrond was". Verzoeksters kunnen dus geen verdraaiing van het bewijs op dit punt aanvoeren.

531 Wat ten vierde verzoeksters' stelling betreft dat de zaken die zij met de producenten van het WFB hebben gedaan, uitsluitend tot doel hadden om een oplossing te vinden voor de capaciteitsproblemen waarmee zij werden geconfronteerd, moet erop worden gewezen dat die uitleg weinig waarschijnlijk is, gezien het bewijs dat de Commissie in de overwegingen 172 en volgende van het bestreden besluit heeft aangevoerd. Meer bepaald is het moeilijk in te zien waarom het voor Lundbeck onontbeerlijk of zelfs dienstig was om de Italiaanse onderneming VIS Farmaceutici SpA (hierna: „VIS") over te nemen en de DMF van laatstgenoemde uit het bij de Nederlandse autoriteiten aanhangige verzoek om een VHB van Tiefenbacher terug te trekken (overweging 176 van het bestreden besluit), om die capaciteitsproblemen op te lossen.

532 Tot slot stellen verzoeksters ten onrechte dat in het bestreden besluit is geconstateerd dat hun vorderingen wegens inbreuken waren mislukt. Daarin is juist erkend dat verzoeksters aanvankelijk hebben getracht om in bepaalde jurisdicties rechterlijk bevelen of in bepaalde staten beslagnames te verkrijgen, maar dat die verzoeken waren ingetrokken of tot minnelijke regelingen hadden geleid nadat vele generieke ondernemingen op de werkwijze Matrix II waren overgestapt. In het bestreden besluit is enkel tot de slotsom gekomen dat geen enkele rechterlijke instantie binnen de EER op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten had vastgesteld dat het octrooi inzake kristallisatie geldig was en dat daar inbreuk op was gemaakt (overweging 185 van het bestreden besluit), hetgeen verzoeksters overigens ook niet betwisten (punt 145 hierboven).

533 Gelet op een en ander is het vijfde middel niet ter zake dienend of in elk geval ongegrond.

G – Zesde middel: kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten doordat in het bestreden besluit is vastgesteld dat de litigieuze overeenkomsten beperkingen omvatten die verder gingen dan de beperkingen die inherent zijn aan de uitoefening van de bij de octrooien van Lundbeck verleende rechten

534 Verzoeksters geven te kennen dat in het bestreden besluit een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt omdat daarin niet alle omstandigheden rond de litigieuze overeenkomsten zijn onderzocht en ten onrechte is beslist dat die beperkingen omvatten die verder gingen dan de beperkingen die inherent zijn aan de uitoefening van de hun bij hun octrooien verleende rechten. Elk van de litigieuze overeenkomsten is binnen het kader van de beschermingsomvang van hun octrooien gebleven en heeft alleen de verkoop van inbreukmakend citalopram verhinderd.

535 Verzoeksters menen in de eerste plaats dat in het bestreden besluit ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat de litigieuze overeenkomsten hebben verhinderd dat de generieke ondernemingen citalopram konden verkopen, met inbegrip van niet-inbreukmakend citalopram, en dus verder gingen dat de rechten die zij aan hun octrooien ontleenden.

536 Zij geven te kennen dat indien zij de verkoop van om het even welk type citalopram door de generieke ondernemingen hadden willen voorkomen, zij dan overeenkomsten hadden moeten sluiten met iedere potentiële toetreder, terwijl er destijds meer dan 300 generieke ondernemingen waren die antidepressiva in de EER verkochten. Lundbeck had geen plausibele reden om de verkoop van niet-inbreukmakende geneesmiddelen van slechts vier generieke ondernemingen uit te sluiten.

537 In de tweede plaats geven verzoeksters te kennen dat in het bestreden besluit bij geen van de litigieuze overeenkomsten rekening is gehouden met alle omstandigheden die deze omgaven of is onderzocht welke de getrouwe weergave van de intenties van de partijen was, die zowel uit de bedingen van een overeenkomst of het gedrag van de betrokken ondernemingen konden voortvloeien, om tot de conclusie te komen dat die overeenkomsten verder gingen dan de beschermingsomvang van hun octrooien.

538 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

539 Om te beginnen moet er met de Commissie op worden gewezen dat ook wanneer de litigieuze overeenkomsten niet verder gingen dan de beschermingsomvang van verzoeksters' octrooien, zij niettemin mededingingsbeperkingen naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormden. Zij hielden immers mededingingsregelingen in die tot doel hadden om de markttoetreding van de generieke ondernemingen te vertragen in ruil voor omvangrijke betalingen in omgekeerde richting (zie tweede, derde en vierde middel hierboven), die de onzekerheid ten aanzien van een dergelijke toetreding hebben omgevormd tot de zekerheid dat die tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet zou plaatsvinden (punt 363 hierboven).

540 Het onderhavige middel is dus niet ter zake dienend.

541 Niettemin moeten verzoeksters' argumenten in subsidiaire orde worden onderzocht, omdat de Commissie meent dat verzoeksters niet voldoen aan de door henzelf benoemde voorwaarden, aangezien de contractuele beperkingen in de litigieuze overeenkomsten niet beperkt bleven tot potentieel inbreukmakende producten en verder gingen dan de beschermingsomvang van de betrokken octrooien.

1. GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk

542 Volgens verzoeksters wordt er in het bestreden besluit ten onrechte van uitgegaan dat de verplichting voor Merck (GUK) om het uitsluitend op het WFB van Natco gebaseerde citalopram niet te lanceren, een verplichting was die los van de vraag of het WFB van Natco inbreuk maakte of niet gold, en dat de exclusieve aankoopverplichting in die overeenkomst het Merck (GUK) verhinderde om enige andere generieke versie van citalopram te verkopen.

543 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

544 In de eerste plaats menen verzoeksters dat in het bestreden besluit ten onrechte de conclusie is getrokken dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, los van de vraag of dat een inbreuk vormde, in de weg stond aan verkopen van het citalopram van Natco. Zij voeren aan dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk slechts op één product betrekking had, namelijk het citalopram van Natco, dat Lundbeck had getest en als inbreuk op haar octrooien had beschouwd.

545 Het bestreden besluit is ten onrechte gebaseerd op verklaringen in twee interne e-mails van Merck (GUK) waaruit is afgeleid dat de octrooien van Lundbeck, in dit geval het octrooi inzake kristallisatie, ongeldig waren en daarop geen inbreuk was gemaakt en dat geen van de gepubliceerde octrooiaanvragen een probleem opleverden. Bovendien is in het bestreden besluit geen rekening gehouden met andere documenten van Merck (GUK) van ten tijde van de feiten die aantonen dat zij zich ernstig zorgen maakte dat het WFB van Natco inbreuk maakte op de octrooien van Lundbeck, of met het feit dat Merck (GUK) in de loop van de administratieve procedure had toegegeven dat zij er niet zeker van was dat de werkwijze van Natco geen inbreuk maakte op de werkwijzeoctrooien van Lundbeck.

546 Voorts menen verzoeksters dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk in geen geval het citalopram dat volgens verschillende werkwijzen was geproduceerd en geen inbreuk maakte kon omvatten, aangezien Natco en Merck (GUK) tijdens de korte looptijd van die overeenkomst niet op een nieuw geneesmiddel hadden kunnen overschakelen.

547 In dat verband dient eraan te worden herinnerd dat uit punt C van de considerans van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk expliciet blijkt dat Merck (GUK) niet had aanvaard dat haar product inbreuk maakte, maar dat zij wel had erkend dat er een risico van octrooigeschillen voor de rechter was, waardoor vertragingen en ongemakken zouden kunnen ontstaan.

548 Daarnaast moet worden vastgesteld, zoals ook de Commissie in overweging 768 van het bestreden besluit heeft gedaan, dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk zelfs geen specificatie bevat van het octrooi van verzoeksters waarop inbreuk zou zijn gemaakt.

549 Verzoeksters trachten dus ten onrechte opnieuw aan te voeren dat de generieke producten van Merck (GUK) inbreuk maakten, waarbij die stelling alleen op hun eigen subjectieve perceptie berust (punt 221 hierboven). Het feit dat Merck (GUK) twijfels heeft kunnen hebben ten aanzien van het inbreukmakende karakter van haar producten, bevestigt alleen maar dat verzoeksters en de generieke ondernemingen in onzekerheid verkeerden op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten. Dit kan echter in geen geval aantonen dat het WFB van Natco inbreukmakend was. Bovendien toont het objectieve bewijs waarop de Commissie zich in het bestreden besluit heeft gebaseerd aan dat Merck (GUK) er vertrouwen in had dat zij in geval van een geding tegen Lundbeck in het gelijk zou worden gesteld (punt 125 hierboven).

550 Aangezien verzoeksters' overige argumenten reeds zijn verworpen in het kader van het onderzoek van het eerste middel inzake de potentiële mededinging, moet naar het onderzoek van dat middel worden verwezen, alsook naar de punten 207 tot en met 236 hierboven voor zover het in het bijzonder de positie van Merck (GUK) betreft.

551 Derhalve is er reden tot afwijzing van verzoeksters' argument dat de Commissie ten onrechte tot het besluit is gekomen dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk de verkopen van het citalopram van Natco, los van de vraag of dat inbreukmakend was, had beperkt.

552 Verzoeksters menen in de tweede plaats dat in het bestreden besluit ten onrechte is beslist dat het exclusiviteitsbeding in punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk het Merck (GUK) verhinderde om met een andere generieke versie van citalopram op de markt te komen, of dit nu in de vorm van een eindproduct of het WFB was. Volgens hen is in punt 3.2 aan Merck (GUK) alleen de verplichting opgelegd om doordrukstrips van 28 tabletten Cipramil van 20 mg uitsluitend van Lundbeck te kopen. Daarin is GUK niet in haar vrijheid beperkt om citalopram bevattende geneesmiddelen in hun eindvorm die niet van Lundbeck zijn te kopen, of citalopram in enige andere vorm, bijvoorbeeld het WFB citalopram, bij om het even welke derden.

553 Anders dan de Commissie heeft aangegeven in het bestreden besluit, is dat een zinnige uitleg, omdat Merck (GUK) het Cipramil van Lundbeck bij derden, zoals groothandelaren, had kunnen inkopen indien dat beding niet zou zijn opgenomen. Dan zou de doelstelling van Lundbeck om de totale afzet van dit geneesmiddel in het Verenigd Koninkrijk te vergroten, teniet zijn gedaan.

554 Bovendien is in het bestreden besluit erkend dat „indien de in die bepalingen gebruikte bewoordingen letterlijk worden uitgelegd, het inderdaad mogelijk is dat het Merck (GUK) in punt 3.2 niet werd verhinderd om het WFB citalopram bij derden in te kopen" (overweging 781). In het bestreden besluit is evenwel ten onrechte de conclusie getrokken dat het Merck (GUK) werd verhinderd om het WFB citalopram bij derden in te kopen, omdat zij geen prikkel had om dat te doen. Het stond Merck (GUK) namelijk vrij om citalopram te verkopen dat niet van Lundbeck afkomstig was, als eindproduct, maar niet het inbreukmakende citalopram van Natco. Wat voorts de omstandigheid betreft dat Merck (GUK), door het WFB citalopram bij derden in te kopen, inbreuk zou hebben gemaakt op artikel 1.3 van haar overeenkomst met Schweizerhall, waarin Merck (GUK) zich ertoe had verbonden om haar jaarlijkse vraag naar het WFB citalopram bij die onderneming te dekken (overweging 783), voeren verzoeksters aan dat Lundbeck niet wist van die bepaling en dus ook niet kon weten dat er voor Merck (GUK) beweerdelijk geen prikkel was om het WFB bij derden in te kopen. In elk geval volgt het ontbreken van een prikkel niet uit de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, zodat dit niet in aanmerking kan worden genomen voor de bepaling van de werkingssfeer van die overeenkomst.

555 De Commissie bestrijdt deze argumenten en herinnert eraan dat punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk erin voorziet dat „GUK [...] zich ertoe verbindt om de eindproducten voor wederverkoop door GUK en de met haar verbonden vennootschappen uitsluitend bij [Lundbeck] in te kopen". Deze bepaling houdt in de gewone betekenis in dat Merck (GUK) de eindproducten alleen bij Lundbeck mocht inkopen, met uitsluiting van andere leveranciers. Voor deze uitlegging kan steun worden gevonden in punt D van de considerans, waarin is opgenomen dat „de partijen voorts zijn overeengekomen dat GUK haar behoeften aan Eindproducten zal dekken door die bij [Lundbeck] in te kopen". Verzoeksters hebben tijdens de administratieve procedure zelfs toegegeven dat Merck (GUK) „was overeengekomen dat zij haar behoeften aan citalopram voor wederverkoop in het Verenigd Koninkrijk zou dekken door die uitsluitend bij Lundbeck in te kopen". Deze verbintenissen gaan duidelijk verder dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck.

556 De Commissie verwerpt de door verzoeksters bepleite uitlegging dat het woord „Eindproduct" uitsluitend verwijst naar het Cipramil van Lundbeck. Dit begrip is in artikel 1.1 van de overeenkomst namelijk gedefinieerd als „de producten die citalopram bevatten in de vorm van eindverpakkingen, die door [Lundbeck] aan GUK zullen worden geleverd overeenkomstig de onderhavige overeenkomst". In de door verzoeksters bepleite uitlegging zou het woord „uitsluitend" overtollig zijn, aangezien Merck (GUK) het Cipramil van Lundbeck uiteraard alleen bij Lundbeck had kunnen inkopen. Het woord „uitsluitend" betekent dus dat Merck (GUK) haar behoeften aan citalopram als eindproduct moest

dekken door deze bij Lundbeck in te kopen. Bovendien moet deze bepaling in het licht van verzoeksters' intenties worden uitgelegd, die wilden voorkomen dat generieke ondernemingen zelfstandig op de markt aanwezig zouden zijn.

557 Wat de inkoop van het WFB citalopram bij derden betreft, is in het bestreden besluit erkend dat het bij een letterlijke uitlegging van artikel 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk wellicht mogelijk was om het WFB bij derden in te kopen. In het bestreden besluit is evenwel de conclusie getrokken dat Merck (GUK), gezien de voorwaarden in de leveringsovereenkomst tussen Merck (GUK) en Schweizerhall van mei 2011, die nog bij die van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk kwamen, geen prikkel meer had om het WFB citalopram bij derden in te kopen. Zelfs indien Merck (GUK) WFB zou hebben gekocht dat niet van Natco afkomstig was om zelf een eindproduct te produceren en te verkopen, had zij het risico gelopen dat zij haar verplichting op grond van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk om haar „behoeften" aan citalopram in de vorm van eindproducten uitsluitend bij Lundbeck te dekken, niet zou hebben nageleefd.

558 In dat verband moet met verzoeksters worden geoordeeld dat de uitlegging van punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk waarvan de Commissie is uitgegaan in het bestreden besluit, namelijk dat Merck (GUK) zich ertoe zou hebben verbonden om uitsluitend het van Lundbeck afkomstige citalopram in de vorm van eindproducten te kopen om die in het Verenigd Koninkrijk in de handel te brengen, met uitsluiting van al het andere citalopram, niet kan worden aanvaard.

559 Uit de definitie van „Eindproduct" in punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk (punt 26 hierboven) blijkt immers duidelijk dat dit verwijst naar de eindproducten die van Lundbeck afkomstig zijn, namelijk Cipramil. Met dat beding heeft Merck (GUK) zich er dus uitsluitend toe verbonden om de tabletten Cipramil bij Lundbeck in te kopen met het oog op de wederverkoop ervan in het Verenigd Koninkrijk, op grond van een distributieovereenkomst. Het in die bepaling gebruikte woord „uitsluitend" betekent, anders dan de Commissie stelt, niet dat Merck (GUK) zich ertoe zou hebben verbonden om uitsluitend citalopram in de vorm van eindproducten dat van Lundbeck afkomstig is te kopen en verkopen, maar dat zij zich ertoe had verbonden om uitsluitend van Lundbeck Cipramil te kopen met het oog op de wederverkoop in het Verenigd Koninkrijk, met uitsluiting van andere leveranciers. Anders dan de Commissie te kennen geeft in overweging 779 van het bestreden besluit, is een dergelijke uitlegging niet onlogisch, aangezien het woord „uitsluitend" in punt 3.2 dus ook tot doel kon hebben om te voorkomen dat Merck (GUK) zich door groothandels of andere leveranciers met Cipramil zou kunnen laten beleveren, conform Lundbeck's doelstelling om de afzet van Cipramil te vergroten.

560 Voorts heeft de Commissie zich ten onrechte gebaseerd op punt D van de considerans van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, dat vrijwel gelijk is verwoord als punt 3.2 van de overeenkomst, om steun te vinden voor haar uitlegging, aangezien daarin ook worden verwezen naar „Eindproducten" met een hoofdletter, die duidelijk zijn gedefinieerd in punt 1.1 van die overeenkomst.

561 Zoals de Commissie bovendien ook zelf toegeeft in overweging 781 van het bestreden besluit, leidt een tekstuele uitlegging van punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk tot de conclusie dat deze bepaling het Merck (GUK) niet verhinderde om zich bij derden te bevoorraden met citalopram in de vorm van het WFB.

562 Er dient immers op te worden gewezen dat er in punt 2.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk alleen in is voorzien dat Merck (GUK) zich ertoe verbindt om aan Lundbeck al haar „Producten" te leveren, die in punt 1.1 van de overeenkomst zijn gedefinieerd als „producten van citalopram [...] in de vorm van basismateriaal, als bulk of in de vorm van tabletten, zoals gespecificeerd in de Bijlage, en die zijn vervaardigd volgens de productspecificatie die GUK heeft overgelegd op de datum van ondertekening, die is opgenomen als Bijlage 2". Deze bijlage verwijst ook daadwerkelijk naar het WFB van Natco. Dit betekent dat Merck (GUK) op grond van die bepaling alleen gehouden was om haar bestaande voorraad citalopram op het moment van ondertekening van de overeenkomst

te leveren, en niet enig ander type generiek citalopram dat van andere producenten dan Natco afkomstig was en dat zij nadien had kunnen inkopen. De Commissie erkent in overweging 763 van het bestreden besluit overigens dat deze verplichting enkel zag op het WFB van Natco.

563 In overweging 783 van het bestreden besluit was de Commissie niettemin van oordeel dat indien Merck (GUK) zich met citalopram in de vorm van het WFB bij derden had bevoorraad, zij in strijd zou hebben gehandeld met punt 1.3 van het bevoorradingscontract dat zij met Schweizerhall had gesloten, waarin was bepaald dat Merck (GUK) 100 % van haar jaarlijkse behoeften aan generiek citalopram bij Schweizerhall zou dekken (punt 210 hierboven). De Commissie heeft dan ook in voetnoot 1435 van het bestreden besluit geoordeeld dat het volgens de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk formeel dan misschien mogelijk was dat Merck (GUK) tot de markt kon toetreden met generiek citalopram dat uit andere bronnen dan Natco afkomstig was, maar dit wegens de Schweizerhall-overeenkomst niet kon. Volgens de Commissie versterkten die beide overeenkomsten elkaar, zodat zij tezamen moesten worden gelezen.

564 Met verzoeksters dient er echter op te worden gewezen dat, zelfs gesteld dat zij wisten dat Merck (GUK) op grond van het bevoorradingscontract met Schweizerhall verplicht was om zich uitsluitend bij Natco te bevoorraden met generiek citalopram, een dergelijke verplichting niet voortvloeit uit de bepalingen van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, maar uit de Schweizerhall-overeenkomst.

565 De Commissie kan zich echter niet baseren op de bepalingen van een andere overeenkomst waarbij niet dezelfde partijen betrokken zijn, om de inhoud van de bedingen in de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk te bepalen en meer bepaald om na te gaan of die bedingen al of niet beperkingen bevatten die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck. Bij een dergelijke uitlegging zou immers kunnen worden geoordeeld dat om het even welk soort overeenkomst dat met Merck (GUK) was gesloten en dat beperkingen ten aanzien van het WFB van Natco bevatte, dat door de partijen bij de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk niettemin was geïdentificeerd als potentieel inbreukmakend, verder ging dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, wegens de exclusieve bevoorradingsverplichting die uit de Schweizerhall-overeenkomst voortvloeide, die op een eerdere datum en door andere partijen was gesloten.

566 Dus zelfs wanneer Lundbeck van het bestaan van de Schweizerhall-overeenkomst wist, kon de Commissie zich niet op die omstandigheid baseren voor de conclusie dat punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk op zich bedoeld was om het Merck (GUK) te verhinderen om tot de markt toe te treden met om het even welk type citalopram, of dit nu wel of niet van Natco afkomstig was en of dit nu wel of niet door de partijen als potentieel inbreukmakend was aangemerkt.

567 Zoals de Commissie te kennen geeft, moeten de litigieuze overeenkomsten inderdaad worden uitgelegd aan de hand van niet alleen hun bewoordingen maar ook hun context en de daarmee nagestreefde doelstellingen. Een dergelijke uitleggingsmethode kan de Commissie er echter niet toe brengen dat zij de bepalingen van een overeenkomst negeert wanneer de bewoordingen daarvan voldoende duidelijk zijn.

568 Voor het overige dient er in dit verband op te worden gewezen dat de Commissie in overweging 635 en in voetnoot 1562 van het bestreden besluit, alsook in antwoord op een vraag van het Gerecht, zelf heeft gesteld dat de Schweizerhall-overeenkomst kon worden opgezegd in geval van een inbreuk op de octrooien van Lundbeck (zie punt 224 hierboven). Een dergelijke uitlegging van de Schweizerhall-overeenkomst is echter moeilijk te verzoenen met de uitlegging van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk die door de Commissie in het bestreden besluit is voorgesteld, die inhoudt dat de beperkingen verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck wegens de uit de Schweizerhall-overeenkomst voortvloeiende verplichting

voor Merck (GUK) om zich uitsluitend bij Schweizerhall te bevoorraden met generiek citalopram. Het feit dat Merck (GUK) mogelijkerwijs niet de intentie had om citalopram te kopen dat niet door Natco was geproduceerd, betekent namelijk nog niet dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk dergelijke beperkingen bevatte, die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck.

569 Derhalve moet worden vastgesteld dat de Commissie, op wie in dit verband de bewijslast rust (punten 105-112 hierboven), in het bestreden besluit rechtens niet genoegzaam heeft aangetoond dat de beperkingen in de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, dat wil zeggen dat dergelijke beperkingen niet door Lundbeck hadden kunnen worden verkregen voor een op octrooigebied bevoegde rechter indien de op het WFB van Natco gebaseerde generieke producten, die Merck (GUK) in de handel wilde brengen, inbreukmakend zou zijn bevonden en indien de octrooien stand hadden gehouden tegen eventuele reconventionele vorderingen waarmee hun geldigheid aan de orde werd gesteld.

570 Deze vaststelling kan echter geen gevolgen hebben in het kader van het onderzoek naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit, omdat de door verzoeksters aangevoerde grief om de navolgende redenen niet ter zake dienend is.

571 Ten eerste moet worden geconstateerd dat verzoeksters niet betwisten dat Merck (GUK) zich er in punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk toe had verbonden om niet met haar generieke producten gebaseerd op het WFB van Natco tot de markt toe te treden, dat zij zich er in de punten 2.2 en 2.3 van die overeenkomst toe had verbonden om de gehele voorraad citalopram die zij had aangelegd te leveren (overwegingen 771 en 772 van het bestreden besluit) en dat zij in ruil voor die verbintenis een bedrag van 3 miljoen GBP aan Merck (GUK) hebben overgemaakt (punt 26 hierboven). Zij betwisten evenmin dat Merck (GUK) zich er in punt 2.7 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk toe had verbonden om tijdens de looptijd van die overeenkomst geen afschriften van haar reeds in het Verenigd Koninkrijk verkregen VHB te verstrekken of onder licentie te verkopen.

572 Zoals de Commissie aangeeft, zijn dergelijke verbintenissen hoe dan ook mededingingsbeperkend naar hun strekking, ongeacht of zij verder gaan dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck of niet. In plaats van enig octrooigeschil tussen de partijen bij de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk te regelen, zijn zij namelijk als tegenprestatie voor de omvangrijke betalingen in omgekeerde richting verkregen en zijn zij bedoeld om het Merck (GUK) – of enige andere onderneming die gebruik zou willen maken van haar VHB – te verhinderen om tijdens de looptijd van de overeenkomst tot de markt toe te treden met haar generieke producten gebaseerd op het WFB van Natco, waarop zij tot dan toe haar gehele markttoetredingsstrategie had gebaseerd.

573 Zoals de Commissie heeft benadrukt in met name de overwegingen 641 en 820 van het bestreden besluit, is in dat verband van belang dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk de onzekerheid ten aanzien van de uitkomst van eventuele vorderingen wegens inbreuk heeft omgevormd tot de zekerheid dat Merck (GUK) tijdens de gehele looptijd van die overeenkomst niet tot de markt zou toetreden met haar generieke producten, terwijl dergelijke beperkingen van de commerciële autonomie van Merck (GUK) niet uitsluitend het resultaat zijn van de door de partijen bij de overeenkomst gemaakte analyse van de octrooien van Lundbeck, maar eerder van de omvang van de betaling in omgekeerde richting, die het in een dergelijk geval van die beoordeling wint en de generieke onderneming ertoe aanzet om haar inspanningen om tot de markt toe te treden niet voort te zetten.

574 Ten tweede moet ten overvloede worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 784 van het bestreden besluit terecht mede heeft vastgesteld dat er voor Merck (GUK) wegens de bepalingen van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, bezien in hun context, geen prikkel meer was

om citalopram in de vorm van het WFB bij derden in te kopen of om ander citalopram in de vorm van eindproducten te verkopen dan die van Lundbeck, ook als stond dit haar op grond van die overeenkomst in beginsel vrij.

575 Om te beginnen moet er namelijk op worden gewezen dat Merck (GUK) zich er in punt 3.2 van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk toe heeft verbonden om gedurende de looptijd van de overeenkomst Cipramil van Lundbeck in het Verenigd Koninkrijk te verkopen en dat in punt 6.2 van die overeenkomst als voorwaarde voor de betaling van een bedrag van 5 miljoen GBP, aangemerkt als „nettowinst", was gesteld dat een bepaald volume van die geneesmiddelen tijdens de looptijd van de overeenkomst in het Verenigd Koninkrijk moest worden verkocht. Er dient aan te worden herinnerd dat dit bedrag in meerdere schijven zou worden betaald, waarmee Lundbeck zich ervan kon verzekeren dat de overeenkomst naar behoren zou worden uitgevoerd.

576 Dus ook indien Merck (GUK) theoretisch gezien generiek citalopram in de vorm van het WFB bij derden kon inkopen en andere soorten eindproduct kon verkopen dan die van Lundbeck, had zij daar geen enkel belang bij, aangezien zij op grond van punt 6.2 van de GUK-overeenkomst zonder enig risico het bedrag van 5 miljoen GBP had kunnen verkrijgen als gegarandeerde winst voor de verkoop van Cipramil in het Verenigd Koninkrijk, terwijl enige poging om tot de markt toe te treden met andere generieke producten haar had kunnen blootstellen aan vorderingen wegens inbreuk en schadevergoeding van de zijde van Lundbeck. Zoals de Commissie te kennen heeft gegeven in overweging 784 van het bestreden besluit, is het moeilijk in te zien welk belang derden erbij zouden hebben gehad om generiek citalopram in de vorm van het WFB in te kopen via Merck (GUK), om dit in de vorm van eindproducten te verkopen in het Verenigd Koninkrijk, indien zij dit rechtstreeks bij de producent van het WFB of bij haar voorkeursleverancier konden kopen.

577 Derhalve is verzoeksters' argument dat de Commissie ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk de verkopen van ander citalopram dan dat geproduceerd op basis van het WFB van Natco had beperkt, niet ter zake dienend.

2. GUK-overeenkomst voor de EER

578 Wat de GUK-overeenkomst voor de EER betreft, menen verzoeksters dat in het bestreden besluit ten onrechte is beslist dat de werkingssfeer van die overeenkomst niet-inbreukmakend citalopram omvatte en bedoeld was om Natco als leverancier van het WFB uit te schakelen.

579 Verzoeksters betogen in de eerste plaats dat in het bestreden besluit ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat de GUK-overeenkomst voor de EER van toepassing was op om het even welk type citalopram. In het bestreden besluit wordt ten onrechte uitgegaan van een letterlijke uitlegging van punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER, waarin is bepaald dat GUK „de verkoop en levering van farmaceutische producten die Citalopram bevatten [zal] staken", terwijl de uitlegging van overeenkomsten naar Deens recht, het op de overeenkomst toepasselijke recht, gebaseerd moet zijn op de gemeenschappelijke intentie van de partijen. Zoals wordt bevestigd door de punten D, F en G van de considerans van de overeenkomst, was de intentie van de partijen dat de overeenkomst van toepassing zou zijn op citalopram gebaseerd op het WFB van Natco. Deze overeenkomst moet ook in onderlinge samenhang met en conform de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk worden uitgelegd, aangezien deze beide overeenkomsten in de ogen van de Commissie één enkele en voortgezette inbreuk vormen.

580 Bij de uitlegging die de Commissie aan punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER heeft gegeven, is geen rekening gehouden met het feit dat Merck dura, een Duitse dochteronderneming van Merck, vanaf 15 april 2002 en gedurende de gehele looptijd van de GUK-overeenkomst voor de EER citalopram van Tiefenbacher is blijven verkopen in Duitsland en dat Lundbeck tegen Merck dura een vordering wegens inbreuk heeft ingesteld, en niet de naleving van de overeenkomst heeft

afgedwongen. Op grond van punt 1.1 daarvan, dat voorziet in een verbod voor Merck (GUK) om producten die citalopram bevatten te verkopen of te leveren, was Merck dura een met Merck (GUK) „verbonden partij" in de zin van die bepaling, wat inhoudt dat de uitdrukking „producten die citalopram bevatten" alleen naar het citalopram van Natco kon verwijzen en niet naar om het even welk type citalopram.

581 Tot slot uiten verzoeksters kritiek op de conclusie van de Commissie in overweging 845 van het bestreden besluit dat uit het loutere feit dat Merck (GUK) een overeenkomst had gesloten op grond waarvan zij al haar behoeften diende te dekken door zich tot 2008 bij Natco te bevoorraden, niet logischerwijs voortvloeide dat haar verbintenis om zich tijdens de looptijd van de GUK-overeenkomst voor de EER van de verkoop van citalopram te onthouden, ook moest worden beperkt tot het citalopram van Natco. Die conclusie staat duidelijk haaks op de redenering ten aanzien van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk in het bestreden besluit, inhoudende dat de contractuele verbintenis van Merck (GUK) om al haar behoeften te dekken door zich bij Natco te bevoorraden, aantoonde dat Merck (GUK) geen prikkel had om het WFB van derden of daarop gebaseerde eindproducten te verkopen.

582 In de tweede plaats menen verzoeksters dat in het bestreden besluit ten onrechte tot de gevolgtrekking is gekomen dat de met Merck (GUK) gesloten overeenkomst betreffende de EER tot doel had om Natco als leverancier van het WFB uit te schakelen.

583 Zij betwisten dat punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER, waarin was opgenomen dat Merck (GUK) „alle redelijke inspanningen moe[s]t doen om ervoor te zorgen dat Natco de levering van Citalopram en Citalopram bevattende geneesmiddelen op het Grondgebied [zou] staken", bedacht was om Natco als leverancier van het WFB uit te schakelen. Deze bepaling was louter een instrument om ervoor te zorgen dat Merck (GUK) de overeenkomst niet kon omzeilen en het op het WFB van Natco gebaseerde inbreukmakende citalopram kon verkopen door bijvoorbeeld een onderscheiden vennootschap tussen te schakelen. Daaraan ligt de overweging ten grondslag dat Lundbeck op zijn minst tot in juni 2002 – ten onrechte – dacht dat Merck (GUK) de exclusieve distributeur van Natco was. Bovendien geldt dat wanneer de Commissie bij de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk aanvaardt dat de beperkingen ten aanzien van het WFB van Natco niet buiten de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck vielen, zij dat ook zou moeten doen bij de contractuele beperkingen in de GUK-overeenkomst voor de EER.

584 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

585 In dat verband moet erop worden gewezen dat de bewoordingen van de eerste volzin van punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER erin voorzien dat Merck (GUK) „zich ertoe verbindt om gedurende de looptijd van de overeenkomst de verkoop en levering van farmaceutische producten die citalopram bevatten op het grondgebied van de EER te staken (daaronder begrepen en zonder beperking de verkoop en de levering aan NM Pharma AB)", zonder enige precisering.

586 Het is juist dat in de punten D en E van de considerans van die overeenkomst wordt verwezen naar het feit dat Merck (GUK) de distributeur was van door Natco geproduceerde of geleverde producten die citalopram bevatten en naar het feit dat Merck (GUK) producten die citalopram bevatten in het Verenigd Koninkrijk had verkocht en geleverd zonder licentie van Lundbeck.

587 Daarin kan echter geen bevestiging worden gevonden voor de door verzoeksters gehanteerde uitlegging dat punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER uitsluitend zag op citalopram van Natco.

588 Indien de partijen bij de GUK-overeenkomst voor de EER hadden gewild dat punt 1.1 van de overeenkomst alleen op citalopram van Natco zag, dan zouden zij in dat punt uitdrukkelijk naar dat citalopram hebben verwezen, en ook in de considerans van de overeenkomst, en niet in het algemeen naar „farmaceutische producten die citalopram bevatten", zoals de Commissie terecht opmerkt. Ook

hadden zij het begrip „citalopram” zo kunnen definiëren dat daarmee werd verduidelijkt dat dit begrip alleen bepaalde types citalopram die volgens bepaalde methodes waren vervaardigd omvatte, zoals in het kader van de overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk (zie punt 562 hierboven).

589 De door verzoeksters bepleite uitlegging is bovendien weinig plausibel, wanneer zij naast de bewoordingen van punt 1.3 van de GUK-overeenkomst voor de EER wordt gehouden, waarin is bepaald dat Lundbeck zich ertoe verbindt om niet in rechte op te treden tegen Merck (GUK) zolang zij punt 1.1 van de overeenkomst nakomt. Indien verzoeksters' uitlegging werd aanvaard, dan zou dit namelijk betekenen dat Lundbeck zich ertoe had verbonden om geen enkele vordering wegens inbreuk tegen Merck (GUK) in te stellen, zolang zij maar afzag van de verkoop of levering van citalopram van Natco in de EER en zelfs wanneer zij een andere versie van citalopram die van een andere producent afkomstig was zou verkopen. Dit is moeilijk te verzoenen met de context waarbinnen de litigieuze overeenkomsten zijn gesloten, die er met name op wijst dat Lundbeck het vaste voornemen had om elke markttoetreding van de generieken te verhinderen.

590 Verzoeksters geven niettemin te kennen dat Merck dura, een Duitse dochteronderneming van Merck (GUK), tot de markt van citalopram in Duitsland is kunnen toetreden, terwijl zij een verbonden partij in de zin van punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER was. Dit zou betekenen dat de uitdrukking „producten die citalopram bevatten”, die in dat punt wordt gebruikt, alleen naar het citalopram van Natco kon verwijzen, en niet naar alle types citalopram.

591 Zoals ook de Commissie heeft gedaan, dient er evenwel op te worden gewezen dat punt 1.1 van de overeenkomst voor de EER alleen op Merck (GUK) van toepassing was, zoals ook de rest van de overeenkomst, op grond van de relatieve werking van die overeenkomst, zodat de verplichting voor Merck (GUK) om geen generiek citalopram aan verbonden vennootschappen te verkopen, niet betekent dat die verbonden vennootschappen, zoals Merck dura, zich niet uit andere bron konden bevoorraden en zelf generiek citalopram verkopen, zoals Merck dura in casu heeft gedaan door zich bij Tiefenbacher te bevoorraden. Bijgevolg kan uit het feit dat Merck dura tijdens de looptijd van de overeenkomst voor de EER tot de Duitse markt is toegetreden of uit het feit dat verzoeksters vorderingen wegens inbreuk tegen haar hebben ingesteld, niet worden afgeleid dat de woorden „producten die citalopram bevatten”, die in punt 1.1 van die overeenkomst zijn gebruikt, niet op elk type citalopram zagen, maar alleen op het citalopram van Natco.

592 Door te voorzien in een verplichting voor Merck (GUK) om tijdens de gehele looptijd van de GUK-overeenkomst voor de EER af te zien van de verkoop of levering van producten die citalopram bevatten aan de met haar verbonden vennootschappen of aan derden (waaronder NM Pharma, die met de verkoop van citalopram in Zweden was gestart), bevatte punt 1.1 van die overeenkomst beperkingen die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, aangezien een dergelijke verplichting niet was beperkt tot citalopram dat door de partijen bij de overeenkomst als potentieel inbreukmakend was beschouwd.

593 Voorts dient eraan te worden herinnerd dat punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER niet alleen voorzag in een verplichting voor Merck (GUK) om tijdens de looptijd van de overeenkomst af te zien van de verkoop of levering van producten die citalopram bevatten, maar ook dat zij alle redelijke inspanningen zou leveren om ervoor te zorgen dat Natco tijdens de looptijd van de overeenkomst de levering van citalopram en citalopram bevattende producten op het grondgebied van de EER zou staken.

594 Niets wijst erop dat een dergelijke verplichting een verbintenis van slechts ondergeschikt of zelfs geen belang was of dat zij was gebaseerd op de onjuiste overtuiging van verzoeksters dat Merck (GUK) de exclusieve distributeur van Natco was. Zoals de Commissie te kennen heeft gegeven, was dit beding voor de partijen bij de overeenkomst van voldoende belang om het als voorwaarde voor de betaling van een bedrag van 12 miljoen EUR te laten gelden. Bovendien is in punt 1.2 van de

GUK-overeenkomst voor de EER uitdrukkelijk bepaald dat Lundbeck die nog niet opeisbare betalingen niet zouden hoeven te verrichten indien Natco tijdens de looptijd van de overeenkomst citalopram of citalopram bevattende producten zou leveren binnen het grondgebied van de EER.

595 Ook indien Merck (GUK) Natco er niet van kon weerhouden om binnen het grondgebied van de EER citalopram te leveren, zoals verzoeksters te kennen geven, neemt dit dus niet weg dat punt 1.1 van de GUK-overeenkomst voor de EER voor Merck (GUK) een sterke prikkel vormde om daartoe de noodzakelijke stappen te ondernemen en „alle redelijke inspanningen" te leveren, omdat zij anders een substantieel deel van de door Lundbeck op grond van die overeenkomst beloofde betalingen zou mislopen.

596 Zoals de Commissie terecht heeft vastgesteld in overweging 848 van het bestreden besluit, toont dit aan dat het objectieve doel van de GUK-overeenkomst voor de EER niet alleen was om Merck (GUK) van de markten in de EER te verdrijven als verkoper van generieke producten gebaseerd op het citalopram van Natco, maar ook Natco als producent van generiek citalopram binnen dat grondgebied.

597 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat uit de inhoud van de GUK-overeenkomst voor de EER, gelezen binnen haar context, genoegzaam blijkt dat Merck (GUK) op grond van de bedingen in die overeenkomst elke mogelijkheid om haar generieke versie van citalopram te verkopen heeft laten varen, ongeacht of die al of niet van Natco afkomstig was of die al of niet potentieel inbreuk maakte op een octrooi van Lundbeck.

598 Derhalve heeft de Commissie zonder fouten te begaan in overweging 846 van het bestreden besluit geoordeeld dat de GUK-overeenkomst voor de EER, en met name punt 1.1 van die overeenkomst, zo moest worden uitgelegd dat Merck (GUK) verplicht was om gedurende de looptijd van de overeenkomst de verkoop of levering van elk type citalopram te staken op het gehele grondgebied van de EER, wat verder ging van de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck.

599 Hoe dan ook zijn de aan Merck (GUK) opgelegde beperkingen, ongeacht de uitlegging die aan deze overeenkomst wordt gegeven en ongeacht of die al of niet uit de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck voortvloeiden, ondanks alles naar hun strekking mededingingsverstorend, omdat niet vaststaat dat het door Natco geproduceerde citalopram inbreuk maakte op een van die octrooien, omdat Merck (GUK) expliciet heeft bestreden dat haar generieke producten inbreuk maakten (zie punt G van de considerans van de GUK-overeenkomst voor de EER) en omdat de oorzaak van de beperkingen van haar commerciële autonomie te vinden is in omvangrijke betalingen in omgekeerde richting, die daar de tegenprestatie voor zijn (zie punten 572 en 573 hierboven).

600 Zoals de Commissie voorts heeft vastgesteld in overweging 847 van het bestreden besluit bevatten de litigieuze overeenkomsten geen andere tegensprestatie voor de beperkingen in kwestie dan de door Lundbeck beloofde betalingen in omgekeerde richting, bijvoorbeeld de mogelijkheid voor Merck (GUK) om onmiddellijk na afloop van die overeenkomsten tot de markt toe te treden zonder te hoeven vrezen voor vorderingen wegens inbreuk van de zijde van Lundbeck, zodat daarmee niet werd beoogd om enig octrooigeschil te regelen.

601 Verzoeksters' grief dat de GUK-overeenkomst voor de EER geen beperking bevatte die verder ging dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck is derhalve niet ter zake dienend en in elk geval ongegrond.

3. Arrow-UK-overeenkomst

602 Verzoeksters betogen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door de Arrow-UK-overeenkomst in die zin uit te leggen dat die het Arrow verhinderde om tijdens de looptijd van die overeenkomst generiek citalopram in om het even welke vorm te verkopen, terwijl die alleen betrekking had op citalopram dat inbreuk maakte op hun octrooien. Dit wordt aangetoond door de bewoordingen van die overeenkomst en door de omstandigheden die de sluiting daarvan omgeven, waaronder met name het bestaan van een rechtszaak op octrooigebied tegen Arrow en het Lagap-geschil.

603 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

604 In de eerste plaats betwisten verzoeksters dat de uitdrukking „bedoeld citalopram", dat in de vierde overweging van de considerans van de Arrow-UK-overeenkomst is gedefinieerd en in punt 1.1 van die overeenkomst is gebruikt (zie punt 35, tweede en zesde streepje, hierboven), verwijst naar elk type citalopram dat Arrow bij Tiefenbacher had kunnen kopen. Volgens hen zag die uitdrukking alleen op het citalopram dat Arrow reeds bij Tiefenbacher had gekocht of besteld en inbreuk maakte op hun octrooien.

605 Voor de door verzoeksters bepleite uitlegging van die uitdrukking kan bevestiging worden gevonden in het in de zesde overweging van de considerans van de Arrow-UK-overeenkomst vermelde feit dat „bedoeld citalopram" aan laboratoriumtesten was onderworpen (zie punt 35, derde streepje, hierboven) en door het feit dat daaraan niet wordt afgedaan door de verwijzing in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst naar een verbod om onder meer „bedoeld citalopram" te importeren na de tweede leveringsdatum als gedefinieerd in punt 3.4 van de Arrow-UK-overeenkomst (zie punt 35, laatste streepje, hierboven) (hierna: „tweede leveringsdatum"). Die verwijzing slaat immers alleen op de uitdrukking „enig ander citalopram", die in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst wordt gebruikt. Hoe dan ook beschikte Arrow zelfs na de tweede leveringsdatum nog over bij Tiefenbacher bestelde tabletten citalopram, die zij niet aan verzoeksters had overhandigd.

606 Er dient aan te worden herinnerd dat punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst als volgt is verwoord:

„Arrow [UK] [verbindt] zich er in eigen naam en in naam van alle verwante en verbonden entiteiten toe om gedurende de [looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst] en op het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk geen (1) [,]bedoeld Citalopram[’] of (2) enig ander citalopram dat volgens Lundbeck inbreuk maakt op haar [intellectuele-]eigendomsrechten te vervaardigen, te vervreemden of ter vervreemding aan te bieden, te gebruiken of na de tweede leveringsdatum te importeren of op te slaan met het oog op de vervreemding ervan of voor enig ander doel, en gedurende de [looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst] voldoende stalen voor analyse te leveren om Lundbeck in staat te stellen om na te gaan of al of niet sprake is van een inbreuk, zulks telkens ten minste een maand vóór elke vervaardiging, import, verkoop of offerte die Arrow [UK] dreigde te doen in afwachting van een eindbeslissing waartegen geen beroep meer openstaat in [het kader van de vordering wegens inbreuk op Arrow] [...]".

607 Om de betekenis van de uitdrukking „bedoeld citalopram" te achterhalen, die in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst voorkomt, moet eraan worden herinnerd dat:

— deze uitdrukking een verkorte aanduiding is die is opgenomen in de vierde overweging van de Arrow-UK-considerans, die als volgt luidt: „Arrow [UK] heeft van een derde partij een licentie verkregen voor de import in het Verenigd Koninkrijk van citalopram dat niet door of met toestemming van Lundbeck is geproduceerd (‚bedoeld Citalopram'; om elke onduidelijkheid te voorkomen, omvat deze definitie alleen Citalopram dat bedoeld is voor de marketing en de verkoop in het Verenigd Koninkrijk, met uitsluiting van dat bedoeld voor de marketing en de verkoop in andere landen)";

— uit punt 3.4 van de Arrow-UK-overeenkomst blijkt dat de „tweede leveringsdatum” die in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst is vermeld, de datum is waarop Arrow UK de tweede schijf van haar voorraad van „bedoeld Citalopram” aan Lundbeck moest leveren en dat die levering uiterlijk op 15 februari 2002 diende plaats te vinden.

608 In de overwegingen 905, 910 tot en met 913 en 916 van het bestreden besluit heeft de Commissie geoordeeld dat de uitdrukking „bedoeld citalopram” in die zin moest worden uitgelegd dat daarmee niet alleen werd gedoeld op het citalopram dat Arrow reeds bij Tiefenbacher had gekocht, maar ook het citalopram dat zij daarna bij die onderneming zou kunnen kopen, ook wanneer het gebruikte WFB reeds volgens de werkwijzen Cipla II of Matrix II zou worden geproduceerd. De Commissie heeft zich daarvoor gebaseerd op de verwijzing in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst naar de periode na de „tweede leveringsdatum”, zoals die uit punt 3.4 van de Arrow-UK-overeenkomst volgde, die er volgens haar aan in de weg stond dat met de uitdrukking „bedoeld Citalopram” alleen zou worden gedoeld op het citalopram dat Arrow reeds in voorraad had, en op de bewoordingen van de vierde overweging van de Arrow-UK-considerans, waaruit zou blijken dat „bedoeld citalopram” al het door Tiefenbacher geproduceerd en onder haar VHB vallend citalopram is.

609 Gelet op hetgeen zojuist in herinnering is gebracht, moet worden opgemerkt dat één van de verplichtingen in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst inhield dat het Arrow werd verboden om „bedoeld citalopram” na de leveringsdatum genoemd in punt 3.4 van die overeenkomst te importeren of op te slaan. Die verplichting zou alleen zin en nut hebben indien die uitdrukking ook zag op het citalopram dat, uiteraard, van Tiefenbacher afkomstig was, maar dat Arrow na die levering zou bestellen. Ten aanzien van dit punt moet worden opgemerkt uit niets in de bewoordingen van dit beding kan worden opgemaakt dat bovengenoemde verplichting geen betrekking had op „bedoeld citalopram”, maar alleen „enig ander citalopram dat volgens Lundbeck inbreuk maakt op haar [intellectuele-]eigendomsrechten”.

610 Ook de definitie die voor de uitdrukking „bedoeld Citalopram” is opgenomen in de vierde overweging van de Arrow-UK- considerans is geformuleerd in bewoordingen die niet in die zin kunnen worden uitgelegd dat daarmee alleen wordt gedoeld op het citalopram dat Arrow reeds bij Tiefenbacher had gekocht. Die overweging houdt namelijk in dat al het door de VHB gedekte citalopram waarover Tiefenbacher beschikte, onder de definitie van „bedoeld Citalopram” viel. Deze VHB gold voor citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla I en Matrix I was geproduceerd, los van het feit dat de tabletten die Arrow in voorraad had, uitsluitend volgens de werkwijze Cipla I waren geproduceerd.

611 Hoewel het juist is dat de aanvrager of houder van een VHB aan de bestuursinstantie die deze moet verlenen of heeft verleend, om wijzigingen kan vragen zodat zij zich ook tot andere werkwijzen uitstrekt, kunnen verzoeksters niettemin met recht stellen dat niets in die overweging is opgenomen dat kan aantonen dat de partijen bij de Arrow-UK-overeenkomst bij het definiëren van „bedoeld citalopram” ook gedoeld hebben op het WFB citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla II en Matrix II werd geproduceerd, dat niet onder de in die overweging bedoelde „licentie” viel. Deze werkwijzen konden namelijk alleen na een wijziging van de VHB van Tiefenbacher worden gedekt.

612 Tot slot wordt aan deze uitlegging niet afgedaan door het door de Commissie aangevoerde feit dat de uitdrukking „bedoeld citalopram” in de Arrow-consent order (punt 36 hierboven) is vervangen door de uitdrukking „Citalopram dat niet door of met toestemming van Lundbeck is geproduceerd”. De consent order, die na sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst is vastgesteld, is immers een juridisch instrument dat van die overeenkomst moet worden onderscheiden.

613 Bijgevolg moet onder „bedoeld citalopram” worden verstaan elk generiek citalopram dat door Tiefenbacher is geproduceerd volgens de werkwijzen die door Cipla of Matrix worden gebruikt, dat Arrow op de datum van ondertekening van de Arrow-UK-overeenkomst had gekocht of dat zij daarna had kunnen kopen en dat door de VHB van Tiefenbacher was gedekt.

614 In de tweede plaats menen verzoeksters dat de uitdrukking „enig ander citalopram dat volgens Lundbeck inbreuk maakt op haar [intellectuele-]eigendomsrechten", die in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst is gebruikt, hun geen vetorecht verleende, aangezien zij niet hadden kunnen volstaan met het inroepen van het inbreukmakende karakter van het citalopram dat Arrow had kunnen trachten te gebruiken, maar ook het bewijs van de inbreuk op hun octrooien hadden moeten leveren met behulp van het mechanisme van de stalen waarin dat punt voorziet, hetgeen in overeenstemming is met de lering die kan worden getrokken uit het hierboven in punt 240 vermelde Paroxetine-arrest. Verzoeksters benadrukken in dat verband dat de Arrow-UK-overeenkomst het Arrow niet verhinderde om voor de bevoegde rechterlijke instanties verweer te voeren tegen eventuele stellingen van hun zijde dat het citalopram dat Arrow had kunnen trachten te gebruiken, inbreuk maakte op hun octrooien.

615 Er dient aan te worden herinnerd dat de Commissie er in met name de overwegingen 917 en 922 tot en met 924 van het bestreden besluit vanuit is gegaan dat Lundbeck op basis van bedoelde uitdrukking een veto kon uitoefenen ten aanzien de invoer of de verkoop door Arrow van citalopram dat volgens om het even welke werkwijze was geproduceerd, aangezien Lundbeck kon volstaan met een verklaring dat zij geloofde dat een bepaalde werkwijze inbreuk maakte op haar intellectuele-eigendomsrechten. Ook heeft de Commissie erop gewezen dat het mechanisme van de stalen in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst nooit is gebruikt, aangezien Arrow er geen enkel belang bij had om in het geweer te komen tegen de stellingen van Lundbeck over het resultaat van eventuele testen, of om aan haar WFB's voor te leggen voor tests, zolang Lundbeck de voorziene betalingen verrichtte.

616 In dat verband moet worden benadrukt dat Arrow, zoals de Commissie terecht opmerkt, in antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie van 18 december 2008 dat verzoeksters zelf hebben overlegd als bijlage bij het verzoekschrift en dat voorwerp van debat is geweest tijdens de terechtzitting, het volgende heeft erkend:

„De [in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst] voorziene test is een subjectieve test die betrekking heeft op een gestelde inbreuk, en niet op een inbreuk die vast is komen te staan. Bijgevolg hadden producten die citalopram bevatten ten aanzien waarvan geen enkele rechterlijke instanties had vastgesteld dat die geen inbreuk maakten [op de intellectuele-eigendomsrechten van Lundbeck], en in werkelijkheid ook geen inbreuk [op die rechten] maakten, binnen de werkingssfeer [van dat punt] kunnen vallen, maar dat is heel gebruikelijk in overeenkomsten van die aard."

617 Deze verklaring bevestigt de opvatting van de Commissie dat Lundbeck in wezen over een vetorecht beschikte. Anders dan verzoeksters beweren, kan een dergelijk recht niet worden geacht het equivalent te zijn van de situatie die beweerdelijk door het hierboven in punt 240 vermelde Paroxetine-arrest in het leven is geroepen. Naast de overwegingen in de punten 258 tot en met 263 hierboven, moet immers worden opgemerkt dat het mechanisme in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst geen inmenging van een rechter inhoudt, terwijl dat duidelijk wel het geval is in de situatie waarop dat arrest betrekking heeft, waarbij wordt aangetekend dat het niet voorstelbaar is dat een rechter voorlopige maatregelen treft op basis van louter stellingen van de houder van een octrooi waarop vermeend inbreuk is gemaakt.

618 Bovendien moet worden opgemerkt dat het bestaan van dit vetorecht het deel van punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst over „bedoeld citalopram" niet overtollig maakt, aangezien Lundbeck daarvoor zelfs niet haar vetorecht had hoeven uitoefenen. De aan Arrow opgelegde verboden met betrekking tot dit citalopram waren immers van toepassing zonder dat Lundbeck iets hoefde te ondernemen, behalve dan de voorziene betalingen verrichten.

619 Dat de test in punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst er door zijn subjectieve aard op neerkwam dat aan Lundbeck een vetorecht werd toegekend, waarvan Arrow zich bewust was, wordt bevestigd door het feit dat deze op geen enkel moment tijdens de looptijd van die overeenkomst is gebruikt. Hoewel Arrow tijdens de looptijd van die overeenkomst is blijven zoeken naar nieuwe bronnen voor het WFB, heeft zij immers nooit aan Lundbeck stalen voor onderzoek voorgelegd.

620 Ten aanzien van dit punt moet er ten eerste op worden gewezen dat het onderzoek dat Arrow daartoe heeft verricht, verklaard kan worden door de wil om tot andere markten dan die van het Verenigd Koninkrijk toe te treden. Tot het moment van sluiting van de Deense Arrow-overeenkomst, zijnde enkele maanden na de Arrow-UK-overeenkomst, bereidde Arrow immers haar toetreding tot de Deense markt voor. Daarnaast was Arrow ook geïnteresseerd in de Zweedse markt, zoals de Commissie heeft aangegeven in overweging 931 van het bestreden besluit. Ten tweede had Arrow nood aan een alternatief voor Tiefenbacher, wilde zijn haar plan kunnen uitvoeren om op termijn zelf haar tabletten generiek citalopram te produceren door het WFB rechtstreeks bij de producenten in te kopen, zonder te hoeven werken met een intermediair als Tiefenbacher, die dit WFB omvormde tot tabletten (zie voetnoot 1935 van het bestreden besluit).

621 Dergelijk onderzoek kon daarnaast vallen onder de stappen ter voorbereiding van de periode na afloop van de Arrow-UK-overeenkomst, die aanvankelijk voor een periode van minder dan een jaar was gesloten en daarna tweemaal is verlengd. Die overwegingen gaan ook op voor het feit dat Arrow tijdens de looptijd van de Arrow-UK-overeenkomst heeft verzocht om wijziging van de VHB die betrekking had op de WFB's van Cipla en Matrix zodat die ook de werkwijzen Cipla II en Matrix II zou dekken.

622 Op basis van die overwegingen kan verzoeksters' argument worden verworpen dat het feit dat Arrow zelfs na de sluiting van de Arrow-UK-overeenkomst is blijven zoeken naar leveranciers die haar konden beleveren met een WFB dat geen inbreuk maakte op de octrooien van Lundbeck, bevestigt dat die overeenkomst alleen zag op citalopram dat inbreuk op die octrooien maakte.

623 In de derde plaats herinneren verzoeksters eraan dat de Arrow-UK-overeenkomst naar Engels recht, dat op die overeenkomst van toepassing is, moet worden uitgelegd aan de hand van onder meer de commerciële doelstelling ervan, namelijk om als alternatief te dienen voor een voorlopig rechterlijk bevel van een nationale rechter. Een dergelijk bevel had alleen betrekking kunnen hebben op generiek citalopram dat inbreuk maakte op de octrooien van Lundbeck.

624 Opgemerkt moet evenwel worden dat verzoeksters' verwijzing naar de beginselen voor de uitlegging van overeenkomsten in het Engelse recht, niet afdoet aan de uitlegging waarvan de Commissie is uitgegaan.

625 Het is juist dat reeds is geoordeeld dat een vraag naar de uitlegging van het nationale recht van een lidstaat een feitelijk kwestie is die het Gerecht in beginsel vol moet toetsen (punt 258 hierboven).

626 De commerciële doelstelling van Lundbeck was echter, en Arrow kon hiervan niet onkundig zijn, om te verhinderen dat laatstgenoemde tot de markt zou toetreden met generiek citalopram. Om die reden heeft Lundbeck aan Arrow bedragen betaald die verband hielden met de winst die zij met haar markttoetreding verwachtte te behalen. In die omstandigheden is het dan ook niet verrassend dat de partijen bij de Arrow-UK-overeenkomst hebben aanvaard dat aan Lundbeck een vetorecht zou worden toegekend, dat ook kon worden ingezet tegen het citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla II en Matrix II werd geproduceerd.

627 In werkelijkheid is een dergelijke betaling er moeilijk mee te verenigen dat Arrow de vrijheid zou hebben behouden om ander citalopram dan „bedoeld citalopram", zijnde het citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla I of Matrix I werd geproduceerd, te gaan verkopen. Als dit inderdaad het geval zou zijn geweest, dan had Arrow niet alleen kunnen profiteren van de betalingen door Lundbeck,

maar ook van de winst in verband met de markttoetreding, bijvoorbeeld met citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla II of Matrix II werd geproduceerd, terwijl Lundbeck dan niet alleen de betalingen voor haar rekening had moeten nemen, maar ook de verliezen als gevolg van die toetreding.

628 In de vierde plaats geven verzoeksters te kennen dat de Commissie voor de bepaling van de strekking van de Arrow-UK-overeenkomst geen gevolgen mocht verbinden aan punt 3 van het tweede addendum daarbij. Daarin was opgenomen dat indien in het kader van het Lagap-geschil zou worden aangetoond dat het octrooi inzake kristallisatie ongeldig was, zij aan Arrow het bedrag van 750 000 GBP hadden moeten betalen voor de levering van de tabletten die zij nog in voorraad had. Deze betaling werd namelijk gerechtvaardigd door het feit dat de betrokken tabletten nog maar tot oktober 2003 houdbaar waren, zodat Arrow die niet op de markt had kunnen verkopen. Bovendien voeren verzoeksters aan dat deze grief van de Commissie niet-ontvankelijk is, omdat die noch in het bestreden besluit noch in de mededeling van punten van bezwaar voorkomt.

629 In dat verband moet worden opgemerkt dat dit argument niet ter zake dienend is, aangezien de uitleg die in het bestreden besluit aan de strekking van de Arrow-UK-overeenkomst is gegeven, geenszins is gebaseerd op punt 3 van het tweede addendum daarbij. De Commissie heeft zich immers pas voor het Gerecht beroepen op dit punt, dat zij in overweging 441 van het bestreden besluit slechts had aangehaald, zonder daar gevolgen uit te trekken.

630 Uit een en ander volgt dat de Commissie geen fouten heeft begaan door punt 1.1 van de Arrow-UK-overeenkomst in die zin uit te leggen dat dit het Arrow verhinderde om tijdens de looptijd van die overeenkomst tot de markt van het Verenigd Koninkrijk toe te treden, niet alleen met het generieke citalopram dat zij reeds bij Tiefenbacher had besteld of gekocht, maar ook met elk ander generiek citalopram dat zij daarna had kunnen inkopen, waaronder het citalopram dat volgens de werkwijzen Cipla II en Matrix II werd geproduceerd.

631 Deze grief moet derhalve worden afgewezen.

4. Deense Arrow-overeenkomst

632 Verzoeksters geven te kennen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door de Deense Arrow-overeenkomst in die zin uit te leggen dat die het Arrow verhinderde om tijdens de looptijd van die overeenkomst generiek citalopram in om het even welke vorm te verkopen, aangezien die overeenkomst alleen betrekking had op citalopram dat inbreuk op hun octrooien maakte.

633 Ten eerste zag punt 1.1 van de Deense Arrow-overeenkomst (zie punt 39, tweede streepje, hierboven), gelezen in het licht van de considerans en de algemene context van die overeenkomst, alleen op het citalopram dat Arrow reeds had geïmporteerd en dat verzoeksters aan laboratoriumtesten had onderworpen. Het betreft dus het van Tiefenbacher afkomstige citalopram, dat inbreuk maakte op hun octrooien.

634 Ten tweede voeren verzoeksters aan dat naar Deens recht, dat deze overeenkomst beheerst, bijzonder belang moet worden gehecht aan de gemeenschappelijke intentie van de partijen, die erin was gelegen om de octrooien van verzoeksters te doen eerbiedigen. De te ruime uitleg die de Commissie heeft gehanteerd, is dus in strijd met het Deense recht.

635 Ten derde voeren verzoeksters vergelijkbare argumenten aan als die ten aanzien van de Arrow-UK-overeenkomst, die hierboven zijn vermeld, met name wat betreft het feit dat Arrow naar andere bronnen voor het WFB is blijven zoeken en dat zij de mogelijkheid had gehad om zich tot een nationale rechter te wenden voor een uitspraak dat eventueel geen inbreuk op hun octrooien werd gemaakt.

636 Ten vierde geven verzoeksters te kennen dat wanneer de Deense Arrow-overeenkomst en de Arrow-UK-overeenkomst één enkele en voortgezette inbreuk vormen zoals in het bestreden besluit is beweerd, het dan moeilijk voorstelbaar is dat de eerste tevens betrekking heeft op niet-inbreukmakend citalopram, terwijl de tweede dat niet heeft.

637 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

638 Er dient aan te worden herinnerd dat punt 1.1 van de Deense Arrow-overeenkomst als volgt is verwoord:

„Arrow [Group] verbindt zich er voor de duur [van de Deense Arrow-overeenkomst] toe om op het [Deense] grondgebied alle import, vervaardiging, productie, verkoop of andere commercialisering van producten die citalopram bevatten en die volgens Lundbeck inbreuk maken op haar intellectuele-eigendomsrechten, te annuleren en te staken."

639 Verzoeksters betogen dat op basis van de considerans van de Deense Arrow-overeenkomst kan worden begrepen dat dit punt in die zin moet worden uitgelegd dat dit alleen ziet op het citalopram dat Arrow reeds van Tiefenbacher kocht.

640 Opgemerkt moet worden dat in de derde en vijfde overweging van de considerans van de Deense Arrow-overeenkomst, gelezen in het licht van de nadere toelichting daarbij in overweging 986 van het bestreden besluit, die verzoeksters niet betwisten, inderdaad wordt verwezen naar het feit dat Arrow op het punt stond om een VHB te kopen waarmee zij in Denemarken generiek citalopram had kunnen verkopen dat op basis van het WFB van Cipla of Matrix was geproduceerd en dat dit voorwerp was geweest van laboratoriumtesten van de zijde van Lundbeck. In de vierde overweging van deze considerans is ook het voornemen van Arrow vermeld om van Tiefenbacher afkomstig citalopram in bulkvorm van Duitsland naar Denemarken te exporteren.

641 Hoewel deze verwijzingen verklaren binnen welke context de Deense Arrow-overeenkomst tot stand is gekomen, volstaan zij echter niet om af te doen aan het feit dat punt 1.1 duidelijk is verwoord en dat de strekking daarvan niet kan worden beperkt in de door verzoeksters bepleite zin.

642 Indien de partijen bij die overeenkomst de strekking van de daarin opgenomen verplichtingen hadden willen beperken tot het citalopram dat Arrow in voorraad had, dan hadden zij daaraan aangepaste bewoordingen kunnen kiezen, in plaats van zeer ruime bewoordingen waarvan de strekking beperkt moet worden door een uitlegging in het licht van de overwegingen van de considerans, die op hun beurt ook niet zodanig zijn geformuleerd dat daaruit duidelijk de wil om beperkingen aan te brengen blijkt.

643 Wat meer bepaald de verwijzing van verzoeksters naar het belang van de gemeenschappelijke intentie van de partijen naar Deens recht betreft, zijnde het recht dat de overeenkomst beheerst, moet erop worden gewezen dat verzoeksters geen bewijs hebben geleverd van het feit dat die intentie anders zou zijn dan de intentie die duidelijk uit de tekst van de overeenkomst blijkt en waaraan niet wordt afgedaan door de overwegingen van de considerans daarvan.

644 Ook verzoeksters' argument dat de Deense Arrow-overeenkomst, omdat die tezamen met de andere overeenkomst die met Arrow is gesloten één enkele inbreuk vormt, dezelfde strekking moet worden toegekend om coherent te blijven met de Arrow-UK-overeenkomst, kan niet slagen. Die laatste overeenkomst heeft immers niet de beperkte strekking die verzoeksters daaraan toekennen, zoals blijkt uit het onderzoek in de punten 604 tot en met 629 hierboven.

645 Bijgevolg moet de conclusie luiden dat de Commissie geen fouten heeft begaan door te oordelen dat punt 1.1 van de Deense Arrow-overeenkomst in die zin moest worden uitgelegd dat Arrow tijdens de looptijd daarvan niet tot de Deense markt zou toetreden, en dit met om het even welk generiek citalopram.

646 Gelet op een en ander moet het vierde onderdeel worden afgewezen.

5. Alpharma-overeenkomst

647 Verzoeksters geven te kennen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door te oordelen dat de Alpharma-overeenkomst voor die onderneming een verbod omvatte om tijdens de looptijd van die overeenkomst enige vorm van generiek citalopram te verkopen. Deze overeenkomst betrof enkel generiek citalopram dat in strijd met de octrooien van Lundbeck werd geproduceerd, waaronder dat in bijlage A.

648 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

649 Er dient op te worden gewezen dat de Commissie punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst in met name de overwegingen 1042, 1059 en 1061 van het bestreden besluit in die zin heeft uitgelegd dat Alpharma zich er daarin had verbonden om tijdens de relevante periode geen citalopram te verkopen, althans dat zij beperkingen had aanvaard ten aanzien van haar mogelijkheden om citalopram te verkopen in hoeveelheden die veel omvangrijker waren dan hetgeen Lundbeck had kunnen bewerkstelligen in een rechtszaak op basis van haar nieuwe octrooien.

650 Verzoeksters geven in de eerste plaats te kennen dat punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst moet worden uitgelegd in het licht van de context en het beschikbare bewijs. Die staan de conclusie toe dat het begrip „Citalopram” dat daarin voorkomt, slechts zag op het citalopram dat inbreuk maakte op hun octrooien. Die uitlegging vloeit voort uit lezing van de considerans van de Alpharma-overeenkomst en bijlage A, waaruit blijkt dat dit de intentie van de partijen bij die overeenkomst was.

651 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat in punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst is bepaald dat Alpharma, met inbegrip van haar „[d]ochterondernemingen”, „gedurende de [relevante periode] elke import, [...] productie [...] of verkoop van farmaceutische producten die Citalopram bevatten op het Grondgebied annuleren en staken en dat zij daarvan afzien [...]” en dat Lundbeck haar vorderingen wegens inbreuk op Alpharma intrekt. Ook is daarin gepreciseerd dat dit punt niet van toepassing is op „enig product dat escitalopram bevat”.

652 Geconstateerd moet worden dat in de Alpharma-overeenkomst, met inbegrip van punt 1.1, steeds het woord „Citalopram” met een hoofdletter „c” wordt gebruikt. Ook voor het overige worden in deze overeenkomst woorden met een hoofdletter geschreven wanneer het om een verkorte aanduiding gaat, bijvoorbeeld bij „Grondgebied” in de tweede overweging van de considerans en „Dochterondernemingen” in genoemd punt 1.1. Deze verkorte aanduidingen worden evenwel nadrukkelijk gebruikt, met steeds een nauwkeurige definitie van hun betekenis bij de eerste vermelding ervan. Zo is duidelijk dat „Grondgebied” een begrip is dat gebruikt wordt ter aanduiding van alle lidstaten van de Unie, Noorwegen en Zwitserland tezamen, terwijl het begrip „Dochterondernemingen” verwijst naar enige vennootschap waarover Alpharma ApS direct of indirect zeggenschap of gezamenlijke zeggenschap uitoefent of die direct of indirect zeggenschap over Alpharma ApS uitoefent.

653 De Alpharma-overeenkomst bevat daarentegen geen definitie van het begrip „Citalopram” die het mogelijk zou maken om daaraan een beperktere betekenis toe te kennen dat de gewone internationale benaming citalopram, als WFB, die door de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) is erkend, zoals de Commissie te kennen geeft.

654 Zoals de Commissie bovendien terecht heeft opgemerkt in overweging 1050 van het bestreden besluit, bevestigt de omstandigheid dat punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst er aan het slot in voorziet dat zij niet op escitalopram van toepassing is, dat de partijen bij die overeenkomst expliciet waren wanneer zij de strekking van de daarin vervatte beperkingen wilden beperken.

655 Het door verzoeksters benadrukte ontbreken van een hoofdletter „e" voor het woord „escitalopram" mag dan wijzen op een incoherentie in de schrijfwijze van de woorden die in de Alpharma-overeenkomst zijn gebruikt om naar het WFB te verwijzen, opgemerkt moet niettemin worden dat die omstandigheid niet volstaat voor het oordeel dat de partijen bij die overeenkomst de strekking van het woord „Citalopram" hebben willen beperken.

656 Wat vervolgens de considerans van de Alpharma-overeenkomst betreft, moet erop worden gewezen dat in die considerans is opgenomen dat „Lundbeck houder is van intellectuele-eigendomsrechten die in het bijzonder de octrooien voor de productie [...] van het WFB van Citalopram omvatten, waaronder de octrooien die zijn weergegeven in bijlage A".

657 Uit de zevende overweging van de considerans van de Alpharma-overeenkomst volgt dat Lundbeck een vordering tegen Alpharma heeft ingesteld „ter verkrijging van een voorlopige maatregel tegen de verkopen door [de groep] Alpharma van producten die Citalopram bevatten wegens inbreuk op de intellectuele-eigendomsrechten van Lundbeck".

658 Tot slot volgt uit de achtste overweging van de considerans dat Alpharma heeft erkend dat de door Lundbeck gedane vaststellingen ten aanzien van de inbreuk op haar octrooien juist zijn en dat zij zich ertoe verbond om „dergelijke producten" niet op de markt te brengen.

659 In dat verband moet worden opgemerkt, zoals ook de Commissie in essentie in overweging 1047 van het bestreden besluit heeft gedaan, dat uit de loutere verwijzing in de eerste overweging van de considerans naar het feit dat Lundbeck de houder was van octrooien betreffende „Citalopram" die in bijlage A zijn opgesomd, niet kan worden opgemaakt dat de partijen bij de Alpharma-overeenkomst daarin een definitie van het woord „Citalopram" wilden opnemen, ook niet impliciet, die niet overeenstemde met de gebruikelijke betekenis die aan citalopram, zonder hoofdletter „c", wordt toegekend, dat wil zeggen het WFB citalopram, ongeacht de werkwijze die voor de productie daarvan wordt gebruikt.

660 Zoals de Commissie voorts heeft opgemerkt in de overwegingen 1047 tot en met 1049 van het bestreden besluit, is het juist dat in de zevende en achtste overweging van de considerans wordt herinnerd aan de context waarbinnen de Alpharma-overeenkomst tot stand is gekomen, maar dat is geen doorslaggevende factor om aan het woord „Citalopram" een enge betekenis toe te kennen. Zo is de zevende overweging niet dusdanig geformuleerd dat dit woord daarin wordt gedefinieerd. Daarin wordt verwezen naar het verzoek om een rechterlijk bevel met het oog op een verbod op de verkoop van producten die „Citalopram" bevatten wegens schending van octrooien waarvan Lundbeck de houder is. Zelfs gesteld dat de uitdrukking „dergelijke producten" in de achtste overweging is gebruikt ter aanduiding van de producten die citalopram bevatten dat synthetisch is geproduceerd volgens de werkwijze waarop in dat verzoek wordt gedoeld, waarvan Alpharma heeft aanvaard dat die inbreuk maken, dan nog laat dat niet de conclusie toe dat het woord „Citalopram" in de gehele Alpharma-overeenkomst, met inbegrip van punt 1.1, slechts die producten omvatte.

661 Bij gebreke van duidelijke beperkingen ten aanzien van de betekenis van het begrip „Citalopram" in de considerans kan niet worden overwogen dat de partijen bij de Alpharma-overeenkomst door loutere verwijzingen naar de geschiedenis die daaraan vooraf gaat, de strekking van de daarin door Alpharma aangegane verplichtingen hebben willen beperken tot alleen het citalopram ten aanzien waarvan was erkend dat dit in strijd met de nieuwe octrooien van Lundbeck was geproduceerd.

662 In de tweede plaats voeren verzoeksters het feit aan dat genoemde overeenkomst bedoeld was om een oplossing te vinden voor een conflict tussen henzelf en Alpharma dat juist betrekking had op de inbreuk die laatstgenoemde op hun octrooien maakte. Zij vermelden ook het belang van het Lagap-geschil.

663 In dat verband moet ten eerste worden opgemerkt dat het aan de context ontleende feit dat de Alpharma-overeenkomst tot stand is gekomen nadat verzoeksters de vordering wegens inbreuk tegen Alpharma hadden ingesteld, die specifiek betrekking had op de tabletten die deze onderneming reeds had ontvangen of besteld, niet betekent dat de in punt 1.1 van die overeenkomst opgenomen verplichtingen, ondanks de ruime bewoordingen ervan, aldus moeten worden uitgelegd dat zij beperkt waren tot hetgeen verzoeksters met die vordering hadden kunnen verkrijgen. Ten tweede is met de Alpharma-overeenkomst geen einde aan die rechtszaak gekomen, die slechts tijdens de looptijd van de Alpharma-overeenkomst is aangehouden, zonder enige waarborg dat die na afloop daarvan zou worden ingetrokken. De Alpharma-overeenkomst voorzag er namelijk geenszins in dat Lundbeck daarna zou afzien van gerechtelijke acties tegen de groep Alpharma wegens inbreuk op haar octrooien. Bovendien volgt uit de verklaring van Lundbeck die in overweging 80 van het bestreden besluit is overgenomen dat zij niet van mening was dat met de litigieuze overeenkomsten, waaronder de Alpharma-overeenkomst, een geding kon worden beëindigd. Ten derde kan het Lagap-geschil, dat in oktober 2002 voor de rechter is gebracht zoals blijkt uit overweging 63 van het bestreden besluit, geen gevolgen hebben voor de strekking van de verplichtingen die uit punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst voortvloeien.

664 In de derde plaats roepen verzoeksters een verklaring in die op 28 februari 2002 aan de pers is afgelegd door de algemeen directeur van Alpharma die met het relevante dossier was belast (hierna: „verklaring van 28 februari 2002”). Daarin is vermeld dat de lancering van het generieke citalopram was uitgesteld, maar dat niet kon worden uitgesloten dat die aan het einde van de zomervakantie zou plaatsvinden indien de aan de nieuwe octrooien van Lundbeck gerelateerde problemen in de tussentijd zouden zijn opgelost. Rekening houdend met de duur van de Alpharma-overeenkomst bevestigt die verklaring dat punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst niet op elk type citalopram zag.

665 Opgemerkt moet worden dat Alpharma met de verklaring van 28 februari 2002 in wezen aan de pers had verkondigd dat zij de verkoop van citalopram op zijn minst tot het einde van de periode van de zomervakanties uitstelde en dat zij de geplande verkopen zo nodig zelfs zou afzeggen omdat er bij haar voorraad problemen waren met de octrooien van Lundbeck. Zij heeft daaraan toegevoegd dat zij een andere producent van het WFB moest zoeken en de noodzakelijke vergunningen moest verkrijgen.

666 In dat verband moet erop worden gewezen, zoals ook de Commissie heeft gedaan in overweging 1055 van het bestreden besluit, dat deze verklaring, die dateert van na de sluiting van de Alpharma-overeenkomst, doet uitschijnen dat de wijziging van Alpharma’s plannen een eenzijdige beslissing van haar kant was, los van de betalingen waarin de Alpharma-overeenkomst voorzag. Gelet op de overwegingen die hierboven in de punten 138 en 139 zijn uiteengezet, kan aan een dergelijke verklaring niet al te veel bewijskracht worden toegekend, temeer daar Alpharma, die in het geheim de uit de Alpharma-overeenkomst voortvloeiende beperkingen ten aanzien van haar commerciële autonomie had aanvaard in ruil voor de daarbij voorziene betalingen, moest rechtvaardigen, al was het maar bij haar potentiële klanten, waarom de eerder aangekondigde plannen waren gewijzigd. Hieruit volgt dat de verklaring van 28 februari 2002 geen belangrijk onderdeel van de context is voor de uitlegging van de strekking van de Alpharma-overeenkomst.

667 Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat Alpharma weliswaar heeft vermeld dat zij mogelijk na de zomer tot de markt zou toetreden, maar dat zij ook de mogelijkheid heeft geopperd dat zij van de plannen zou afzien, hetgeen strookt met de uitlegging van de Alpharma-overeenkomst waarvan de Commissie is uitgegaan.

668 In die omstandigheden laat die verklaring niet de conclusie toe dat punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst alleen betrekking had op citalopram dat was geproduceerd volgens werkwijzen waarvan was erkend dat die inbreuk maakten.

669 In de vierde plaats verwijzen verzoeksters naar de Alpharma-consent order (zie punt 45 hierboven), waarvan de inhoud relevant zou zijn voor de uitlegging van punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst, omdat die beschikking zou zijn vastgesteld om een einde te maken aan de vordering wegens inbreuk tegen Alpharma. Verzoeksters benadrukken wat dat betreft dat in deze beschikking is gepreciseerd dat de strekking van de op Alpharma rustende verplichtingen beperkt was tot citalopram dat inbreuk maakte op hun octrooien. Verzoeksters bestrijden voorts de stelling in het bestreden besluit dat de Alpharma-consent order minder eng was geformuleerd dan punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst omdat het anders lastiger zou zijn geweest om een rechter ervan te overtuigen om daaraan zijn goedkeuring te hechten. Zij merken op dat het ook lastig zou zijn geweest om een rechter de naleving van dat punt te laten afdwingen indien het zo zou zijn uitgelegd als de Commissie heeft gedaan.

670 In dat verband is het juist dat de Alpharma-consent order van 2 mei 2002 zo is verwoord als verzoeksters in herinnering hebben gebracht (punt 45 hierboven), die duidelijk minder vergaande beperkingen ten aanzien van het gedrag van Alpharma omvatte dan voortvloeit uit punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst, zoals door de Commissie uitgelegd in het bestreden besluit.

671 Ook is het juist dat er een verband is tussen die beschikking en de Alpharma-overeenkomst. Die is namelijk vastgesteld om de behandeling van de vordering wegens inbreuk tegen Alpharma op te schorten, juist omdat die overeenkomst tot stand was gekomen.

672 Die factoren volstaan echter niet om uit te gaan van een uitlegging van punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst die samenvalt met de strekking van de Alpharma-consent order.

673 Zoals de Commissie er namelijk op heeft gewezen in overweging 1054 van het bestreden besluit, betreft het twee afzonderlijke rechtsinstrumenten. Om de Alpharma-overeenkomst als bestaansreden voor de Alpharma-consent order van 2 mei 2002 te kunnen beschouwen, is van doorslaggevend belang of de verplichtingen die Alpharma op grond van de Alpharma-overeenkomst heeft aanvaard, zodanig waren dat Lundbeck er tijdens de looptijd daarvan geen belang meer bij had om de vordering wegens inbreuk tegen Alpharma door te zetten, welke vordering beperkt was tot de vraag of Alpharma toen reeds inbreuk aan het maken was op de nieuwe octrooien van Lundbeck. Aan die voorwaarde is voldaan, zelfs wanneer de strekking van de Alpharma-overeenkomst ruimer was dan die van die beschikking.

674 Omdat het niet nodig was om de juiste strekking van de Alpharma-overeenkomst te openbaren aan de nationale rechter die de Alpharma-consent order heeft vastgesteld, is het voorts alleszins redelijk dat de partijen bij die overeenkomst in de tekst van de beschikking die zij aan die rechter hebben voorgelegd, slechts de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen hebben overgenomen die relevant waren voor de procedure inzake de vordering wegens inbreuk tegen Alpharma. Voor het overige kan voor het ontbreken van directe overeenstemming tussen de Alpharma-overeenkomst en die beschikking bevestiging worden gevonden in het feit dat die beschikking geen vermelding bevat van het feit dat die overeenkomst voorzag in een betaling in omgekeerde richting ten gunste van Alpharma, terwijl dat een essentiële factor voor de sluiting daarvan is geweest.

675 Hieruit volgt dat punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst niet aan de hand van de Alpharma-consent order kan worden uitgelegd in de door verzoeksters bepleite zin.

676 In de vijfde plaats verwijzen verzoeksters naar de e-mail van 12 maart 2002 van een van hun leidinggevenden die bij het dossier betrokken was (hierna: „e-mail van 12 maart 2002”), waarin die heeft aangegeven dat hij ondanks de vele onzekerheden niet dacht dat Alpharma in de voorzienbare

toekomst tot de markt van het Verenigd Koninkrijk zou toetreden. Volgens verzoeksters zou er geen onzekerheid zijn geweest indien punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst de strekking zou hebben gehad die de Commissie daaraan toekent.

677 In dat verband moet erop worden gewezen dat deze e-mail een antwoord is op een andere e-mail waarin melding worden gemaakt van een prijslijst van Alpharma voor citalopram en waarin aan de geadresseerde van deze e-mail wordt gevraagd om bij haar na te gaan wat die te betekenen had. Omdat de auteur van de e-mail van 12 maart 2002 in antwoord op die vraag heeft aangegeven dat het waarschijnlijk een oude prijslijst betrof en duidelijk heeft gemaakt dat hij daarover geen contact had opgenomen met Alpharma, heeft de Commissie daaruit afgeleid dat niets in deze e-mail kan afdoen aan de uitlegging van de strekking van de Alpharma-overeenkomst die in het bestreden besluit is aangehouden.

678 Indien de strekking van de Alpharma-overeenkomst beperkt zou zijn geweest tot het volgens de werkwijze Cipla I geproduceerde citalopram dat Alpharma reeds had ontvangen of besteld, zoals verzoeksters aanvoeren, dan hadden zij zich over die prijslijst zorgen moeten maken, zelfs in die mate dat de auteur van de e-mail van 12 maart 2002 waarschijnlijk het initiatief zou hebben genomen om na te gaan of Alpharma reeds citalopram had kunnen inkopen dat volgens andere werkwijzen was geproduceerd, dat in die uitlegging dus niet onder de uit de Alpharma-overeenkomst voortvloeiende verplichtingen viel. Het feit dat de auteur van die e-mail niet is ingegaan op de vraag die een collega hem had gesteld en daarbij heeft aangegeven dat hij niet dacht dat Alpharma in de voorzienbare toekomst tot de markt zou toetreden, leidt dus tot het oordeel dat hij van mening was dat de Alpharma-overeenkomst niet alleen betrekking had op citalopram dat volgens de werkwijze Cipla I was geproduceerd.

679 Aangezien dit echter slechts veronderstellingen zijn, moet erop worden gewezen dat uit de e-mail van 12 maart 2002 geen echte conclusies ten aanzien van de strekking van de Alpharma-overeenkomst kunnen worden getrokken. In dat verband moet worden opgemerkt dat de Commissie zich niet op die e-mail heeft gebaseerd om haar uitlegging van de Alpharma-overeenkomst te onderbouwen, maar deze in het bestreden besluit alleen heeft vermeld om een argument van verzoeksters ter ondersteuning van hun uitlegging van genoemde overeenkomst te verwerpen.

680 Gelet op een en ander moet worden beslist dat de Commissie rechtens genoegzaam heeft bewezen dat op basis van een letterlijke, contextuele en teleologische uitlegging van de Alpharma-overeenkomst kan worden geconcludeerd dat de verplichtingen die Alpharma krachtens punt 1.1 van die overeenkomst op zich heeft genomen, niet beperkt bleven tot citalopram dat was geproduceerd volgens de werkwijzen ten aanzien waarvan Alpharma en Lundbeck hadden onderkend dat die inbreuk maakten op de nieuwe octrooien van laatstgenoemde. Deze verplichtingen hadden namelijk niet alleen betrekking op het citalopram dat Alpharma reeds in voorraad had, dat volgens de werkwijze Cipla I was geproduceerd, maar ook het citalopram dat zij bij Tiefenbacher had of zou hebben besteld, ongeacht de werkwijze die is gebruikt door de producent van het WFB die laatstgenoemde beleverde.

681 Op basis van die uitlegging van punt 1.1 van de Alpharma-overeenkomst kan worden geoordeeld dat de verplichtingen die Alpharma daarin op zich heeft genomen, verder gingen dan hetgeen Lundbeck had kunnen verkrijgen op grond van haar nieuwe octrooien.

682 Bijgevolg zijn verzoeksters er niet in geslaagd om de factoren te weerleggen op basis waarvan de Commissie heeft kunnen aantonen dat de Alpharma-overeenkomst voor die onderneming beperkingen inhield die verder gingen dan hetgeen zij hadden kunnen verkrijgen met een beroep op hun nieuwe octrooien indien zij in een rechtszaak daarover in het gelijk zouden zijn gesteld. Het onderhavige onderdeel moet dus worden afgewezen.

6. Ranbaxy-overeenkomst

683 Verzoeksters geven te kennen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door te oordelen dat de Ranbaxy-overeenkomst voor die onderneming een verbod bevatte om niet alleen het citalopram dat volgens de door haar gebruikte werkwijze was geproduceerd te verkopen, maar ook citalopram dat was geproduceerd volgens de werkwijzen die zij tijdens de looptijd van die overeenkomst had kunnen ontwikkelen.

684 De Commissie betwist die uitlegging.

685 Verzoeksters betogen in dat verband in de eerste plaats dat in punt 1.1 van de Ranbaxy-overeenkomst (zie punt 48, eerste streepje, hierboven), met de vermelding „enige productiemethode die door Ranbaxy [...] wordt gebruikt" niet wordt verwezen naar niet-inbreukmakende methodes die laatstgenoemde na de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst had kunnen ontwikkelen, wat overigens niet mogelijk zou zijn geweest. Volgens hen is de door de Commissie aangehangen uitlegging onverenigbaar met de overwegingen van de considerans van de Ranbaxy-overeenkomst en met de omstandigheden rond de sluiting van die overeenkomst.

686 Er dient aan te worden herinnerd dat de verplichtingen die Ranbaxy op grond van de Ranbaxy-overeenkomst op zich heeft genomen, die in punt 1.1 van die overeenkomst zijn, dat als volgt is verwoord:

„Onder voorbehoud van de voorwaarden en betalingen zijdens Lundbeck die in [deze overeenkomst] zijn opgenomen, zal Ranbaxy Laboratories voor de duur van deze overeenkomst geen aanspraak maken op rechten betreffende de [o]ctrooiaanvraag [bedoeld in de considerans daarvan] of op enige productiemethode die door Ranbaxy Laboratories wordt gebruikt en zal zij de vervaardiging of verkoop van daarop gebaseerde farmaceutische producten annuleren en staken, alsook daarvan afzien [onder meer in de EER] [...]"

687 Opgemerkt moet worden dat de Commissie in met name de overwegingen 1131 tot en met 1137 van het bestreden besluit tot de conclusie is gekomen dat de uitdrukking „enige productiemethode die door Ranbaxy Laboratories wordt gebruikt" niet alleen de werkwijze omvatte die Ranbaxy ten tijde van de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst reeds gebruikte, maar ook de werkwijzen die zij daarna tijdens de looptijd van die overeenkomst had kunnen ontwikkelen.

688 Verzoeksters betwisten deze uitlegging en geven te kennen dat genoemde uitdrukking alleen ziet op de werkwijzen waarover Ranbaxy ten tijde van de sluiting van de Ranbaxy-overeenkomst reeds beschikte.

689 Ten aanzien van de bewoordingen van bedoeld punt moet worden opgemerkt dat alleen al op basis van het gebruik van de uitdrukking „enige methode" kan worden geoordeeld dat het niet alleen ging om de methodes die Ranbaxy reeds gebruikte toen de overeenkomst werd ondertekend en dat de ook de methodes die zij daarna had kunnen ontwikkelen bedoeld waren, zoals de Commissie heeft aangenomen in het bestreden besluit.

690 Niettemin moet worden nagegaan of andere factoren die kunnen worden ontleend aan de Ranbaxy-overeenkomst zelf of aan de context waarin die tot stand is gekomen, die uitlegging kunnen ontkrachten.

691 Wat dat aangaat, merken verzoeksters ten eerste op dat in de vijfde en zesde overweging van de Ranbaxy-considerans de octrooiaanvragen zijn vermeld die Ranbaxy in India had ingediend (derde overweging), die in hun ogen betrekking hadden op werkwijzen die inbreuk maakten op hun octrooien inzake amide en jodium, zoals uit laboratoriumtesten was gebleken.

692 Dit zijn echter factoren die kunnen verklaren binnen welke context de Ranbaxy-overeenkomst tot stand is gekomen. Zij volstaan echter niet om af te doen aan het feit dat punt 1.1 van de Ranbaxy-overeenkomst, gezien de duidelijke bewoordingen ervan, geen beperkingen bevat ten aanzien van de werkwijzen waarop de door Ranbaxy aanvaarde verplichtingen zagen. Indien de partijen bij deze overeenkomst de strekking daarvan hadden willen beperken tot de werkwijzen die voorwerp van de octrooiaanvragen van Ranbaxy waren, hadden zij daaraan aangepaste bewoordingen kunnen kiezen, in plaats van zeer ruime bewoordingen waarvan de strekking beperkt moet worden door een constructieve uitlegging in het licht van de considerans van die overeenkomst.

693 Ten tweede bevestigt de context waarbinnen de Ranbaxy-overeenkomst is gesloten de uitlegging van punt 1.1 van genoemde overeenkomst die in punt 689 hierboven is aangehouden. Zoals de Commissie er in essentie op heeft gewezen in met name de overwegingen 130 tot en met 132, 140, 204 en 206 van het bestreden besluit, wilde Lundbeck het op de markt komen van generiek citalopram vertragen om de best mogelijke voorwaarden te creëren voor de lancering van haar nieuwe geneesmiddel Cipralex, dat door een octrooi was beschermd (zie punt 22 hierboven).

694 Gezien die doelstelling is het niet voorstelbaar dat verzoeksters zouden hebben aanvaard om aan Ranbaxy de in de Ranbaxy-overeenkomst voorziene bedragen te betalen, indien deze overeenkomst het haar zou hebben toegestaan om generiek citalopram te produceren en te verkopen met behulp van andere werkwijzen dan die waarop de door haar in India ingediende octrooiaanvragen zagen. In werkelijkheid is het weinig waarschijnlijk dat Lundbeck een overeenkomst die zoveel geld kostte zou hebben gesloten indien die niet de zekerheid met zich bracht dat Ranbaxy tijdens de looptijd van die overeenkomst van de markt zou blijven met haar generiek citalopram, zijnde de periode waarin Lundbeck Cipralex in de handel wilde gaan brengen.

695 Hoewel het juist is dat Ranbaxy niet dezelfde doelstelling had als verzoeksters met Cipralex, neemt dit niet weg dat zij daar niet onkundig van kon zijn en er vooral ook belang bij had om zekere bedragen te verkrijgen in plaats van de risico's te lopen die met haar markttoetreding samenhingen.

696 Op basis van die overwegingen kan ook verzoeksters argument worden verworpen dat de Commissie op grond van het Zweedse recht, dat de Ranbaxy-overeenkomst beheerst, meer rekening had moeten houden met de gemeenschappelijke intentie van de partijen bij die overeenkomst.

697 Uit een en ander volgt dat de Commissie geen fouten heeft begaan door in met name de overwegingen 1137 en 1172 van het bestreden besluit te oordelen dat de verplichtingen die Ranbaxy volgens punt 1.1 van de Ranbaxy-overeenkomst had aanvaard, bezien in hun context, niet beperkt waren tot het citalopram dat was geproduceerd volgens de werkwijzen die zij gebruikte op het moment van ondertekening van die overeenkomst, zodat deze verplichtingen verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck.

698 In de tweede plaats geven verzoeksters te kennen dat de uitlegging van de Commissie niet te verenigen is met het feit dat zij heeft erkend dat het Ranbaxy vrijstond om citalopram te verkopen dat inbreuk maakte op hun octrooien, vooropgesteld dat het WFB dat voor de productie daarvan werd gebruikt, van een derde afkomstig was.

699 Zoals de Commissie terecht opmerkt, is het wat dat aangaat van weinig belang dat zij in overweging 694 van het bestreden besluit heeft erkend dat de Ranbaxy-overeenkomst deze onderneming er niet van weerhield om farmaceutische producten te verkopen die citalopram bevatten, vooropgesteld dat het daarvoor gebruikte WFB van een derde afkomstig was. In de door de Commissie aangehangen uitlegging van punt 1.1 van de Ranbaxy-overeenkomst hielden de door Ranbaxy aanvaarde beperkingen, die betrekking hadden op de verkoop van het door deze onderneming zelf geproduceerde citalopram, geen verband met de zuiver theoretische mogelijkheid dat Ranbaxy citalopram bevattende producten zou verkopen die van andere producenten van het WFB afkomstig

waren. In dat verband moet erop worden gewezen dat Ranbaxy aanvankelijk een producent van het WFB was, zodat zij er geen belang bij had om het WFB voor de productie van tabletten citalopram als eindproduct bij anderen in te kopen.

700 In de derde plaats betogen verzoeksters dat punt 1.4 van de Ranbaxy-overeenkomst (zie punt 48, laatste streepje, hierboven) niet belette dat deze onderneming de geldigheid van hun octrooien kon bestrijden. Een vordering in rechte waarmee werd getracht om een octrooi ongeldig te laten verklaren, was niet daarop „gebaseerd", terwijl in dat punt de verbintenis is vermeld om geen vorderingen „gebaseerd" op de in de Ranbaxy-overeenkomst genoemde octrooien in te stellen. Het enige daarin voor Ranbaxy opgenomen verbod had betrekking op een vordering in rechte tegen verzoeksters wegens schending van de octrooien die zij in India hadden aangevraagd.

701 In dat verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat deze argumenten niet ter zake dienend zijn omdat de kwalificatie van de litigieuze overeenkomsten als beperkingen naar strekking niet berust op het feit dat deze overeenkomsten bedingen bevatten op grond waarvan de geldigheid van de relevante octrooien niet mocht worden aangevochten, zoals volgt uit de punten 398 en 399 hierboven. Bovendien blijkt duidelijk uit overweging 1174 van het bestreden besluit dat de Commissie het feit dat de Ranbaxy-overeenkomst een dergelijk beding bevatte, niet heeft genoemd als een van de relevante factoren voor de conclusie dat sprake was van een inbreuk naar strekking.

702 Hoe dan ook moet erop worden gewezen dat de uitdrukking „verbinden zich ertoe om geen vorderingen in rechte tegen elkaar in te stellen, gebaseerd op om het even welk octrooi dat hierboven is vermeld" in punt 1.4 van de Ranbaxy-overeenkomst, genoeg ruimte biedt om daar vorderingen onder te laten vallen waarmee de geldigheid van de octrooien in kwestie wordt aangevochten. Daarnaast moet worden opgemerkt dat Ranbaxy de geldigheid daarvan tijdens de looptijd van de Ranbaxy-overeenkomst niet heeft bestreden.

703 In de vierde plaats stellen verzoeksters dat de grief betreffende punt 1.4 van de Ranbaxy-overeenkomst alleen in de „letter of facts" is genoemd, en niet reeds in de mededeling van punten van bezwaar, waardoor hun rechten van de verdediging zijn geschonden.

704 Wat dat aangaat, hoeft er slechts op te worden gewezen dat verzoeksters erkennen dat dit beding en de uitlegging die de Commissie daaraan in het bestreden besluit heeft gegeven, voorkwamen in de „letter of facts", waarop zij hebben gereageerd, ook op dit punt. Daaruit volgt dat zij hun standpunt wat dit punt aangaat kenbaar hebben kunnen maken, zodat hun rechten van de verdediging niet zijn geschonden (zie in die zin arrest van 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie, T-23/99, Jurispr., EU:T:2002:75, punt 190 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

705 Het onderhavige onderdeel moet dus worden afgewezen, en daarmee ook het zesde middel in zijn geheel.

III – *Zevende middel: kennelijke beoordelingsfout doordat de efficiencywinst als gevolg van de litigieuze overeenkomsten onjuist is gemeten*

706 Verzoeksters herinneren eraan dat zij in het kader van hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hadden aangevoerd dat de litigieuze overeenkomsten mededingingsbevorderend waren, omdat schikkingsovereenkomsten de prikkel om te innoveren in stand laten en het voor de generieken gemakkelijker kunnen maken om vroeg tot de markt toe te treden. De Commissie heeft verzuimd om die argumenten in de vereiste mate te onderzoeken. Daarnaast zijn de achteraf in haar verweerschrift gegeven toelichtingen niet-ontvankelijk.

707 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

708 Er dient op te worden gewezen dat de Commissie in de overwegingen 1212 en volgende van het bestreden besluit heeft onderzocht of artikel 101, lid 3, VWEU mogelijk op de litigieuze overeenkomsten van toepassing was.

709 Zo heeft zij er terecht aan herinnerd dat ondernemingen zich op grond van artikel 101, lid 3, VWEU tegen het bestaan van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU kunnen verweren door aan te tonen dat aan vier voorwaarden is voldaan:

— ten eerste moet de betrokken overeenkomst bijdragen tot verbetering van de productie of de distributie van producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;

— ten tweede mogen bij de betrokken overeenkomst geen beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;

— ten derde moet een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komen;

— ten vierde mag zij de ondernemingen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

710 In artikel 2 van verordening nr. 1/2003 en in de rechtspraak (zie in die zin arrest van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr., EU:C:2009:610, punt 82) is bepaald dat de partij die zich op artikel 101, lid 3, VWEU beroept, met overtuigende argumenten en bewijsmateriaal moet aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden om voor vrijstelling in aanmerking te komen.

711 De bewijslast rust bijgevolg op de onderneming die verzoekt om voor de vrijstelling in artikel 101, lid 3, VWEU in aanmerking te komen. De door die onderneming aangevoerde feiten kunnen echter van dien aard zijn dat de andere partij verplicht wordt een verklaring of rechtvaardiging te geven, bij ontbreken waarvan mag worden geconcludeerd dat aan de bewijsplicht is voldaan (zie in die zin arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., punt 710 supra, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

712 Anders dan verzoeksters stellen, heeft de Commissie in het bestreden besluit in de vereiste mate de verschillende argumenten onderzocht die door de generieke ondernemingen en verzoeksters in de loop van de administratieve procedure waren aangevoerd.

713 Wat ten eerste het argument betreft dat de litigieuze overeenkomsten verzoeksters' prikkel om te innoveren hebben aangewakkerd, is het juist dat dit argument niet specifiek door de Commissie is onderzocht in het onderdeel van het besluit over de toepasbaarheid van artikel 101, lid 3, VWEU. Er dient evenwel met de Commissie op te worden gewezen dat verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar slechts in algemene bewoordingen hadden gesteld dat minnelijke regelingen op octrooigebied de prikkel om te innoveren in stand laten, waarbij zij zich op een economische studie hebben gebaseerd, zonder uit te leggen hoe de litigieuze overeenkomsten in de onderhavige zaak hebben bijgedragen tot het ontstaan van een dergelijke prikkel, die verder ging dan de prikkel als gevolg van de wettelijke bescherming die voor octrooien geldt, of in welke zin in casu aan de vier voorwaarden voor toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU was voldaan. De door verzoeksters overgelegde studie stelt eerder de toepasbaarheid van artikel 101, lid 1, VWEU ter discussie, aangezien daarin wordt bestreden dat schikkingsovereenkomsten op octrooigebied, zoals de litigieuze overeenkomsten, negatieve gevolgen kunnen hebben voor de consument. Aangezien de Commissie dit argument reeds had verworpen in het kader van het onderzoek of sprake was van een beperking naar strekking (overwegingen 710-713 van het bestreden besluit), was zij bij ontbreken van meer onderbouwde argumenten op dit punt dus niet gehouden om dit opnieuw te onderzoeken vanuit de invalshoek van artikel 101, lid 3, VWEU.

714 In de onderhavige zaak is het hoe dan ook duidelijk dat de litigieuze overeenkomsten, die door middel van betalingen in omgekeerde richting voorzagen in het vertragen van de markttoetreding van de generieken, niet onmisbaar waren om verzoeksters' prikkel om te innoveren in stand te laten. Bovendien is moeilijk in te zien welke voordelen voor de consument zouden zijn voortgevloeid uit dergelijke overeenkomsten. Tot slot is in de onderhavige zaak evenmin voldaan aan de voorwaarde dat niet elke mededinging mag worden uitgeschakeld, aangezien de generieke ondernemingen wel degelijk potentiële concurrenten waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten en zij zich er tegen betaling toe hadden verbonden om gedurende de looptijd van die overeenkomsten niet tot de markt toe te treden.

715 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Commissie geen fout heeft begaan door verzoeksters' argument inzake de prikkel om te innoveren die van de litigieuze overeenkomsten uitging, in het bestreden besluit niet nader te onderzoeken vanuit de invalshoek van artikel 101, lid 3, VWEU.

716 Ten tweede heeft de Commissie in de overwegingen 1228 tot en met 1230 van het bestreden besluit terecht de stelling verworpen dat er met de litigieuze overeenkomsten voor kon worden gezorgd dat de generieken sneller tot de markt zouden toetreden. Daaraan heeft zij het oordeel ten grondslag gelegd dat daarvoor geen steun kon worden gevonden in de feiten, aangezien de litigieuze overeenkomsten niet voorzagen in enige verbintenis voor Lundbeck om na afloop van die overeenkomsten te bewilligen in de toetreding van de generieken tot de markt en zij in werkelijkheid een potentiële onmiddellijke markttoetreding door hen hebben verhinderd.

717 Uit de stukken, en met name de inhoud van de litigieuze overeenkomsten, blijkt namelijk dat zij niet voorzagen in een precieze datum waarop de generieke ondernemingen vóór het verstrijken van de octrooien van Lundbeck tot de markt hadden kunnen toetreden. Zoals de Commissie heeft vastgesteld in overweging 662 van het bestreden besluit, bevatten de litigieuze overeenkomsten geen enkele verbintenis voor Lundbeck om geen vorderingen wegens inbreuk in te stellen voor het geval dat de generieken na afloop van die overeenkomsten tot de markt zouden toetreden. Met de litigieuze overeenkomsten is dus niet werkelijk een octrooigeschil opgelost en daarmee konden de generieken ook niet sneller tot de markt toetreden, zoals verzoeksters beweren. Daarmee heeft Lundbeck gewoonweg tijd kunnen winnen door de markttoetreding van de generieken te vertragen door hen grote geldbedragen te betalen.

718 Ten derde kan ook voor de stelling dat met de litigieuze overeenkomsten aanzienlijke bedragen aan kosten voor procedures of van uiteenlopende rechterlijke beslissingen konden worden vermeden, geen steun worden gevonden in de feiten. Met deze overeenkomsten kon immers geen onderliggend octrooigeschil tussen partijen bij die overeenkomsten worden beëindigd, aangezien daarin niet was uitgesloten dat Lundbeck na afloop van die overeenkomsten vorderingen in rechte tegen de generieke ondernemingen zou kunnen instellen, dus ook voor verschillende rechterlijke instanties in verschillende EER-staten. De door verzoeksters aangevoerde cijfers, waarbij een bedrag van meerdere miljoenen EUR aan vermeden kosten voor procedures in de gehele EER wordt genoemd, zijn dus irrelevant. Het is namelijk niet gebleken dat die kosten hadden moeten worden gedragen indien de litigieuze overeenkomsten er niet waren geweest. Hoewel het tot slot juist is dat Lundbeck na afloop van die overeenkomsten geen rechtszaken heeft aangespannen, is dat toch hoofdzakelijk te wijten aan het feit dat Lundbeck geen belang had bij die rechtszaken omdat op dat moment inmiddels andere generieke ondernemingen, zoals Lagap in het Verenigd Koninkrijk, tot de markt waren toegetreden.

719 Zelfs gesteld dat met de litigieuze overeenkomsten bepaalde kosten voor mogelijke procedures voor de verschillende rechterlijke instanties konden worden vermeden, dan nog hebben verzoeksters in elk geval niet aangetoond waarom de mededingingsbeperkingen die uit die overeenkomsten voortvloeiden, voor het bereiken van die doelstelling onmisbaar waren. Er hadden namelijk ook andersoortige minnelijke regelingen kunnen worden getroffen, die geenszins mededingingsbeperkend waren (zie

punten 350 en 529 hierboven). Zij hebben evenmin toegelicht hoe met deze overeenkomsten een billijk aandeel uit de vermeend daaruit voortvloeiende voordelen aan de consument ten goede is gekomen.

720 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Commissie zonder fouten te begaan of de regels inzake de bewijslast te schenden tot de conclusie is gekomen dat in de onderhavige zaak niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU.

721 Derhalve moet het zevende middel worden afgewezen.

IV – *Achtste middel: schending van de rechten van de verdediging*

722 Verzoeksters geven te kennen dat het bestreden besluit hun rechten van de verdediging schendt omdat de Commissie de bestanddelen van de vermeende inbreuk zoals die in de mededeling van punten van bezwaar waren opgenomen, heeft gewijzigd zonder hen vooraf te horen. Zij hebben niet de stellingen van de Commissie kunnen weerleggen dat de generieke ondernemingen hun potentiële concurrenten waren ondanks de eventuele of waarschijnlijke inbreuk op hun octrooien, alsook de zienswijze van de Commissie dat de betalingen in omgekeerde richting op zich al volstonden voor het bewijs dat de litigieuze overeenkomsten inbreuken naar strekking vormden. De Commissie had verzoeksters ook de gelegenheid moeten bieden om de correspondentie met de KFST in te zien, aangezien die correspondentie ontlastend bewijs kon bevatten.

A – *Eerste onderdeel*

723 Verzoeksters menen dat hun recht om te worden gehoord is geschonden doordat de Commissie haar theorie volledig heeft omgegooid. Zij brengen de rechtspraak in herinnering dat ook wanneer alle feiten waarop de Commissie zich in het bestreden besluit heeft gebaseerd, reeds in de mededeling van punten van bezwaar zijn vermeld, de rechten van de verdediging niet worden geëerbiedigd wanneer deze feiten over verschillende punten van die mededeling van punten van bezwaar waren verspreid, zonder dat daartussen een verband werd gelegd of dat de Commissie er een of andere kwalificatie aan gaf.

724 Verzoeksters geven in de eerste plaats te kennen dat in het bestreden besluit een substantieel gewijzigd standpunt ten opzichte van dat in de mededeling van punten van bezwaar wordt ingenomen ten aanzien van de kwestie van de potentiële mededinging, wat een essentieel bestanddeel van de vermeende inbreuk is. De Commissie heeft haar standpunt in het bestreden besluit substantieel gewijzigd door ten eerste te verklaren dat zelfs de generieke ondernemingen die geen toegang tot niet-inbreukmakend citalopram hadden, moesten worden verondersteld potentiële concurrenten van Lundbeck te zijn; ten tweede een onderscheid te maken tussen twee fasen waarin de potentiële mededinging speelde en ten derde toe te voegen dat de potentiële mededinging ook tot uitdrukking kwam in de bestrijding van de geldigheid van de octrooien, de pogingen om te innoveren met de werkwijzeoctrooien als uitgangspunt of de verzoeken in rechte om verklaringen van geen inbreuk, en zelfs de toetreding „met risico”, wat de essentie van de mededinging in de farmaceutische sector was.

725 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

726 Er dient aan te worden herinnerd dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging in het Unierecht een grondrecht is, dat is neergelegd in artikel 41, lid 2, onder a), van het Handvest van de grondrechten, hetwelk vereist dat die rechten in elke procedure in acht worden genomen.

727 De eerbiediging van de rechten van de verdediging verlangt dan ook dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het Verdrag heeft

gestaafd (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 111 supra, EU:C:2004:6, punt 66; zie in die zin ook arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr., EU:C:1979:36, punt 9).

728 In die zin voorziet artikel 27, lid 1, van verordening nr. 1/2003 erin dat de Commissie ondernemingen en ondernemersverenigingen die het voorwerp van haar procedure uitmaken in de gelegenheid stelt hun standpunt ten aanzien van de door haar in aanmerking genomen bezwaren kenbaar te maken en dat de Commissie haar besluiten slechts doet steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken.

729 Dit vereiste moet worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak dat de mededeling van punten van bezwaar duidelijk de belangrijkste feiten moet vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert. Dit kan evenwel beknopt geschieden en het besluit behoeft niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, daar deze mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens (zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 111 supra, EU:C:2004:6, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

730 Wat in de eerste plaats het argument betreft dat de Commissie in het bestreden besluit haar standpunt ten aanzien van de kwestie van de potentiële mededinging substantieel heeft gewijzigd ten opzichte van dat in de mededeling van punten van bezwaar, moet ten eerste worden vastgesteld dat zij, anders dan verzoeksters te kennen geven, niet heeft geoordeeld dat alleen de generieke ondernemingen die toegang hadden tot niet-inbreukmakend citalopram als potentiële concurrenten van Lundbeck konden worden beschouwd. Uit met name de overwegingen 468 en 469 van de mededeling van punten van bezwaar blijkt dat de Commissie van mening was dat de generieke ondernemingen en het initiërende farmaceutische bedrijf los van de vraag of de generieke producten die deze ondernemingen in de handel wilden brengen inbreuk hebben kunnen maken op een werkwijzeoctrooi, als potentiële concurrenten konden worden beschouwd. Daarnaast blijkt uit de overwegingen 519, 550, 586, 612, 645 en 683 van de mededeling van punten van bezwaar dat de Commissie zich op een samenstel van factoren heeft gebaseerd, waaronder de omstandigheid dat de generieke ondernemingen reeds belangrijke inspanningen hadden geleverd om hun markttoetreding voor te bereiden en in sommige gevallen reeds de noodzakelijke VHB's hadden verkregen of daarvoor een aanzienlijk voorraad generiek citalopram hadden aangelegd, voor haar conclusie dat op zijn minst sprake was van potentiële mededinging tussen hen en Lundbeck.

731 Voor zover de Commissie ten tweede in het bestreden besluit een onderscheid heeft gemaakt tussen twee fasen voor de potentiële mededinging in de farmaceutische sector (punt 91 hierboven), moet erop worden gewezen dat in de onderhavige zaak vaststaat dat de oorspronkelijke octrooien van Lundbeck in vrijwel alle landen van de EER waren verstreken op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten, zodat de generieke ondernemingen reeds ver gevorderd waren met hun voorbereidingen op de markttoetreding. Het feit dat de Commissie in overweging 616 van het bestreden besluit heeft geoordeeld dat de potentiële mededinging reeds jaren vóór het verstrijken van het octrooi op het WFB kon aanvangen, is niet doorslaggevend of zelfs maar relevant voor de situatie voor zover het de potentiële mededinging tussen verzoeksters en de generieke ondernemingen in de onderhavige zaak betrof. Een dergelijke beoordeling kan dus a fortiori geen gevolgen hebben gehad voor verzoeksters' rechten van de verdediging op dat punt.

732 Ten derde blijkt tevens uit de mededeling van punten van bezwaar dat de toetreding „met risico" door de generieke ondernemingen werd beschouwd als onderdeel van het concurrentieproces tussen hen en Lundbeck (zie met name overwegingen 29, 488, 528, 562, 594, 621 en 656 van de mededeling van punten van bezwaar). Hoewel het juist is dat dit punt in het bestreden besluit verder is uitgewerkt, moet eraan worden herinnerd dat dit besluit niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend hoeft te zijn met de mededeling van punten van bezwaar (punt 729 hierboven) en dat de Commissie rekening moet kunnen houden met de antwoorden van de ondernemingen op de mededeling van punten van bezwaar,

daaronder begrepen door de argumenten ter ondersteuning van de door haar gehandhaafde bezwaren aan te vullen, nader uit te werken of anders te formuleren (zie in die zin arresten van 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie, C-328/05 P, Jurispr., EU:C:2007:277, punt 62, en van 15 maart 2006, BASF/Commissie, T-15/02, Jurispr., EU:T:2006:74, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

733 Ten vierde beweren verzoeksters ten onrechte dat de Commissie in het bestreden besluit heeft vastgesteld dat de mogelijkheid van rechtszaken op octrooigebied reeds volstond voor het bewijs dat er potentiële mededinging tussen hen en de generieke ondernemingen was. Het bestreden besluit is op dat punt namelijk, zoals de mededeling van punten van bezwaar, gebaseerd op een samenstel van factoren, waaronder het feit dat de generieke ondernemingen belangrijke stappen hadden ondernomen om hun markttoetreding voor te bereiden (punten 96 en 730 hierboven). Daarnaast is in de mededeling van punten van bezwaar eveneens verwezen naar het feit dat rechtszaken op octrooigebied deel uitmaakten van het concurrentieproces in de farmaceutische sector (zie met name overweging 27 van de mededeling van punten van bezwaar).

734 Verzoeksters beweren dus ten onrechte dat de Commissie haar standpunten ten aanzien van de potentiële mededinging aanzienlijk zou hebben gewijzigd tussen de mededeling van punten van bezwaar en het bestreden besluit.

735 In de tweede plaats menen verzoeksters dat in de mededeling van punten van bezwaar geen duidelijke en coherente juridische maatstaf wordt genoemd aan de hand waarvan betalingen in omgekeerde richting in schikkingsovereenkomsten op octrooigebied aan het mededingingsrecht van de Unie kunnen worden getoetst.

736 Ook is in de mededeling van punten van bezwaar geen aanwijzing te vinden van het drempelbedrag vanaf wanneer een geldbedrag als „omvangrijk” moet worden aangemerkt. Het enige referentiepunt dat wordt genoemd is dat aan de generieke ondernemingen „meer geld is aangeboden dan zij op de markt hadden kunnen verdienen met de verkoop van generieke versies van citalopram”, hetgeen voor hen „een prikkel was om ervan af te zien om met Lundbeck te rivaliseren” (overweging 710 van de mededeling van punten van bezwaar).

737 Door het ontbreken van duidelijke toetsingsmaatstaven hebben verzoeksters niet op dienstige wijze hun standpunt kenbaar kunnen maken, hetgeen een bijzonder ernstig juridisch gebrek is omdat in de onderhavige zaak complexe en nieuwe rechtsvragen rijzen en er geen andere richtsnoeren uit de eerdere rechtspraak konden worden afgeleid dan het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi, dat bij het besluit is afgewezen.

738 Anders dan verzoeksters stellen, moet worden vastgesteld dat in overweging 480 van de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk is aangegeven dat het feit dat sprake was van betalingen in omgekeerde richting doorslaggevend was voor de juridische beoordeling van de litigieuze overeenkomsten, in bewoordingen die identiek zijn aan die in overweging 660 van het bestreden besluit. Voorts is het bestreden besluit, zoals de mededeling van punten van bezwaar, tevens gebaseerd op de overweging dat het feit dat in de litigieuze overeenkomsten sprake is van betalingen in omgekeerde richting, een relevante factor is voor de vaststelling dat sprake is van een beperking naar strekking (zie overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit). Bovendien is in de mededeling van punten van bezwaar aangegeven, zoals dat ook het geval is in het bestreden besluit, dat de omvang van de betalingen in omgekeerde richting problematisch was omdat daarbij rekening werd gehouden met de winst of de omzet die de generieke ondernemingen hadden kunnen behalen indien zij tot de markt waren toegetreden, hetgeen voor de generieke ondernemingen de prikkel verminderde om met hun inspanningen om tot de markt toe te treden door te gaan (zie met name overwegingen 469, 496, 543, 588, 638 en 687 van de mededeling van punten van bezwaar en punt 354 hierboven).

739 Verzoeksters’ tweede grief moet dus ook worden afgewezen.

740 In de derde plaats geven verzoeksters te kennen dat het bestreden besluit en de „letter of facts" meerdere gegevens bevatten die niet in de mededeling van punten van bezwaar voorkwamen, zoals de marktaandelen van Lundbeck op de markt van antidepressiva in de EER (overweging 215 van het bestreden besluit en punt 17 van de „letter of facts"). Over de door de Commissie gehanteerde methode om die marktaandelen te berekenen en een nauwkeurige afbakening van de markt blijft echter onduidelijkheid bestaan en daarbij is evenmin een toelichting gegeven, ook niet in de „letter of facts".

741 Ten aanzien van verzoeksters marktaandelen zoals die door de Commissie zijn gepresenteerd in de „letter of facts" van 12 april 2013 ter ondersteuning van haar conclusie ten aanzien van de concurrentieverstoringen die door de litigieuze overeenkomsten teweeg zijn gebracht, moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt (arrest van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, Jurispr., EU:C:2012:795, punt 37). De Commissie was dus niet gehouden om gedetailleerd vast te stellen dat sprake was van een merkbare beperking van de mededinging, of dit nu in de mededeling van punten van bezwaar of in het bestreden besluit was, aangezien zij genoegzaam had aangetoond dat de litigieuze overeenkomsten een mededingingsverstorende strekking hadden en de handel tussen de lidstaten ongunstig konden beïnvloeden (zie met name overwegingen 196, 197, 209-213, 724 en 726 van het bestreden besluit). Hoe dan ook hebben verzoeksters na de mededeling van de „letter of facts" hun standpunt kenbaar kunnen maken, zodat zij op dat punt geen schending van hun rechten van de verdediging kunnen inroepen (zie punt 704 hierboven).

742 Derhalve moet het eerste onderdeel in zijn geheel worden afgewezen.

B – *Tweede onderdeel*

743 Verzoeksters menen dat de Commissie ten onrechte heeft geweigerd om hun toegang te verlenen tot haar communicatie met de KFST. Hoewel het juist is dat de mededeling van de Commissie betreffende de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie overeenkomstig de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU], de artikelen 53, 54 en 57 van de EER-Overeenkomst en verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad (PB 2005, C 325, blz. 7), de correspondentie tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van de toegang tot het dossier uitsluit, volgt niettemin uit vaste rechtspraak dat interne documenten van de Commissie ter kennis van de partijen kunnen worden gebracht wanneer de uitzonderlijke omstandigheden van de zaak dat vereisen. Het volstaat dat zij aantonen dat er een kans is, hoe gering ook, dat de documenten die tijdens de administratieve procedure niet toegankelijk zijn gemaakt, dienstig hadden kunnen zijn voor hun verweer. Dit is in de onderhavige zaak het geval, omdat de correspondentie met de KFST mogelijk ontlastend bewijs bevatte, waarmee vanuit feitelijke hoek en anders dan de Commissie stelt, kon worden aangetoond dat er op de datum waarop verzoeksters de litigieuze overeenkomsten hebben gesloten, onzekerheid heerste over hoe het mededingingsrecht moest worden toegepast op schikkingen die een betaling in omgekeerde richting bevatten. In elk geval blijkt uit de latere openbaarmaking van die stukken door de Commissie dat zij geen vertrouwelijke informatie bevatten, zodat de Commissie daar onmiddellijk toegang toe had moeten verschaffen. Dit volstaat voor de nietigverklaring van het bestreden besluit.

744 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

745 Indien de Commissie in de administratieve procedure een vraag van een verzoeker om toegang tot documenten die zich niet in het onderzoeksdossier bevinden heeft afgewezen, kan volgens de rechtspraak slechts schending van de rechten van de verdediging worden vastgesteld indien vaststaat dat de administratieve procedure een andere afloop had kunnen hebben indien de verzoeker in die procedure toegang tot de betrokken documenten had gehad (zie arrest van 16 juni 2011, Solvay/Commissie, T-186/06, Jurispr., EU:T:2011:276, punt 227 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

746 Ook dient eraan te worden herinnerd dat schending van de rechten van de verdediging hoe dan ook niet het gehele besluit ongeldig kan maken, aangezien dat niet enkel op de betrokken gegevens is gebaseerd. Wel dient het Gerecht in een dergelijk geval de inhoud van deze documenten bij het onderzoek van de rechtmatigheid van het besluit buiten beschouwing te laten (zie in die zin arresten van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, Jurispr., EU:C:1983:158, punt 30, en van 14 mei 1998, Mo och Domsjö/Commissie, T-352/94, Jurispr., EU:T:1998:103, punt 74).

747 Wat in de onderhavige zaak de beide documenten betreft waarin de correspondentie tussen de Commissie en de KFST is weergegeven, moet eraan worden herinnerd dat de Commissie die spontaan heeft overgelegd als bijlage bij haar verweerschrift, in antwoord op verzoeksters' vraag. Het betreft een verslag van de KFST van 7 oktober 2003 over het door die autoriteit gevoerde onderzoek naar de activiteiten van Lundbeck en de door haar gesloten overeenkomsten op de markt van farmaceutische antidepressiva en een memorandum van de KFST van 10 juni 2005 met daarin, in samengevatte vorm, de conclusies van die autoriteit ten aanzien van de toetsing van die overeenkomsten aan de Verdragsbepalingen over de vrije mededinging.

748 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat het geen documenten betreft die rechtstreeks van de Commissie of van haar diensten afkomstig zijn, maar documenten die haar door een nationale mededingingsautoriteit zijn toegezonden. Volgens de rechtspraak kunnen de nationale mededingingsautoriteiten bij ondernemingen geen gewettigd vertrouwen wekken dat hun gedrag geen inbreuk maakt op artikel 101 VWEU, aangezien zij niet bevoegd zijn tot vaststelling van een negatief besluit, dat wil zeggen een besluit waarbij wordt geoordeeld dat die bepaling niet geschonden is (zie in die zin arrest van 18 juni 2013, Schenker & Co. e.a., C-681/11, Jurispr., EU:C:2013:404, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dus zelfs gesteld dat in die documenten zou zijn vastgesteld dat geen sprake was van een inbreuk of dat daarin de theorie die de Commissie in het bestreden besluit heeft gevolgd in twijfel zou zijn getrokken, kunnen zij niet op dienstige wijze door verzoeksters worden ingeroepen als ontlastend bewijs. Zelfs wanneer die documenten in de loop daarvan aan verzoeksters zouden zijn meegedeeld, had de administratieve procedure immers geen andere afloop kunnen hebben.

749 Hoe dan ook wordt de door de Commissie verrichte beoordeling van de litigieuze overeenkomsten in het bestreden besluit hoegenaamd niet in twijfel getrokken in die documenten, maar juist bevestigd, aangezien de litigieuze overeenkomsten in de ogen van de KFST de mededinging konden beïnvloeden omdat Lundbeck concurrenten heeft betaald om van de markt te blijven en dat het gevolg daarvan onmiskenbaar hogere prijzen is geweest, zoals blijkt uit zijn verslag van 7 oktober 2003. Hij was dan ook van oordeel dat deze overeenkomsten zeer ernstige inbreuken op artikel 101 VWEU vormden.

750 Hoewel het juist is dat uit het memorandum van de KFST van 10 juni 2005 ook blijkt dat er in de ogen van de Commissie twijfel bestond over de vraag of dergelijke overeenkomsten mededingingsverstorend waren of niet, met name gelet op de omvang van de betaling van Lundbeck aan de generieke ondernemingen, moet eraan worden herinnerd dat dit slechts een voorlopige beoordeling van de Commissie is en dat zij na deze inlichtingen heeft beslist om een ruimer onderzoek te starten naar dit soort overeenkomsten op farmaceutisch gebied om zich een betere mening te vormen over het functioneren van deze sector en over de verenigbaarheid van dergelijke overeenkomsten met de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU. Na dit onderzoek heeft de Commissie een procedure op grond van artikel 101, lid 1, VWEU tegen Lundbeck en de generieke ondernemingen ingeleid.

751 Daarnaast blijkt uit dit memorandum van de KFST ook dat de Commissie cruciaal belang hechtte aan het feit dat een omvangrijke betaling in omgekeerde richting erop kon wijzen dat het initiërende farmaceutische bedrijf de generieke ondernemingen had betaald om van de markt te blijven. Uit dit memorandum blijkt namelijk dat „de vraag of een overeenkomst gerechtvaardigd kan worden, onder meer afhangt van de omvang van de betaling", dat „indien die alleen de kosten dekt die kunnen worden geraamd voor het geval dat het geschil voor de rechter wordt gebracht, die overeenkomst dan

buiten de werkingssfeer van artikel [101 VWEU] of [102 VWEU] kan vallen" en dat „indien de betaling daarentegen omvangrijker is, dit kan worden gezien als een manier om haar concurrenten te betalen om van de markt te blijven, hetgeen in strijd is met artikel [101 VWEU] of [102 VWEU]". Uit het bestreden besluit blijkt ook duidelijk dat het feit dat de betalingen in omgekeerde richting in de litigieuze overeenkomsten in de onderhavige zaak omvangrijk waren en min of meer overeenstemden met de winst die de generieke ondernemingen in geval van een markttoetreding verwachtten te behalen en niet met de kosten van eventuele rechtszaken die konden worden vermeden, een doorslaggevende factor was voor de conclusie dat sprake was van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU (punten 354, 414 en 415 hierboven).

752 Verzoeksters geven dus ten onrechte te kennen dat die documenten dienstig hadden kunnen zijn voor hun verweer indien zij onmiddellijk waren meegedeeld tijdens de administratieve procedure, aangezien daarmee eventueel alleen kon worden betoogd dat er destijds twijfel was over de vraag of de litigieuze overeenkomsten meteen al, zonder diepgaand onderzoek, als mededingingsbeperkingen naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU konden worden gekwalificeerd. Volgens de rechtspraak is evenwel niet vereist dat een overeenkomst prima facie of zonder twijfel als voldoende nadelig voor de mededinging moet worden aangemerkt, om die zonder diepgaand onderzoek naar haar inhoud, doelstelling en economische en juridische context als mededingingsbeperking naar strekking in de zin van die bepaling te kunnen kwalificeren (punten 338-344 en 438 hierboven).

753 De conclusie moet dus luiden dat verzoeksters' rechten van de verdediging in de onderhavige zaak niet zijn geschonden, aangezien niet is gebleken dat de administratieve procedure een andere afloop had kunnen hebben indien zij in de loop van die procedure toegang tot de documenten in kwestie zouden hebben gehad (punt 745 hierboven).

754 Het tweede onderdeel moet derhalve worden afgewezen, en daarmee het achtste middel in zijn geheel.

V – *Negende middel: subsidiair, de oplegging van geldboeten aan Lundbeck is in strijd met het recht*

755 Verzoeksters wijzen er ten eerste op dat er geen eerdere zaken zijn waarin schikkingsovereenkomsten op octrooigebied zijn beoordeeld en ten tweede dat het arrest van 1 juli 2010, AstraZeneca/Commissie (T-321/05, Jurispr., EU:T:2010:266), niet van toepassing is op schikkingsovereenkomsten op octrooigebied, zodat er voor de oplegging van de geldboeten aan hen geen rechtsgrondslag is en dit in de onderhavige zaak in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel.

756 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

A – *Eerste onderdeel*

757 Verzoeksters geven om te beginnen te kennen dat er, gesteld dat de Commissie tot de conclusie mocht komen dat de litigieuze overeenkomsten in strijd waren met artikel 101 VWEU, geen geldige reden is waarom zij in de onderhavige zaak geldboeten zou mogen opleggen, gelet op de omstandigheid dat de daarin gerezen feitelijke en rechtsvragen nieuw en complex zijn, hetgeen de Commissie overigens ook erkent. Indien in een dergelijk geval geldboeten zouden worden opgelegd, zou dat in strijd komen met het rechtszekerheidsbeginsel en het nulla poena-beginsel. In het verweerschrift is bovendien erkend dat dit het eerste besluit van de Commissie is waarin een inbreuk wordt vastgesteld met betrekking tot zogenoemde „pay for delay"-overeenkomsten (overeenkomsten die bedoeld zijn om de markttoetreding van de generieken tegen betaling te vertragen).

758 In de bestaande rechtspraak, met name het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), waren geen aanwijzingen te vinden op grond waarvan kon worden voorzien dat de in de litigieuze overeenkomsten opgenomen betalingen in omgekeerde richting voor de Commissie als doorslaggevende factor zouden dienen voor de vaststelling dat die in strijd met artikel 101, lid 1,

VWEU waren. De Commissie heeft namelijk verklaard dat die overeenkomsten, indien zij niet in betalingen in omgekeerde richting zouden hebben voorzien, in beginsel geoorloofde instrumenten zouden zijn geweest waarmee de eerbiediging van de octrooien van Lundbeck kon worden afgedwongen. Verzoeksters geven daarnaast te kennen dat het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), nog niet was gewezen toen de litigieuze overeenkomsten werden gesloten.

759 Bovendien heeft de KFST begin 2004 bepalende aanwijzingen gegeven ten aanzien van de rechtsonzekerheid die er heerste rond overeenkomsten op octrooigebied waarin betalingen in omgekeerde richting waren opgenomen. Meer bepaald toont het perscommuniqué van de KFST van 28 januari 2004 aan dat de Commissie destijds van oordeel was dat de bedragen die met de door Lundbeck verrichte betalingen waren gemoeid, niet zodanig waren dat daarmee op plausibele wijze kon worden aangetoond dat zij dienden als compensatie voor het feit dat een concurrent van de markt was gehouden. Dat de Commissie meer dan een decennium nodig had om zich een beeld te vormen van de juridische kwalificatie van overeenkomsten waarin een betaling in omgekeerde richting was opgenomen, getuigt voorts van de extreme complexiteit en grote noviteit van de onderliggende vragen.

760 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

761 Er dient aan te worden herinnerd dat het rechtszekerheidsbeginsel eist dat een regeling van de Unie de belanghebbenden in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen, en dat deze laatsten ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen (zie arrest van 29 maart 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commissie en Commissie/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P en C-216/09 P, Jurispr., EU:C:2011:190, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

762 Wat echter de vraag betreft of een inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan en als zodanig overeenkomstig artikel 23, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 1/2003 met een geldboete kan worden bestraft, volgt uit de rechtspraak dat aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de onderneming niet onkundig kan zijn van het mededingingsverstorende karakter van haar gedrag, ongeacht of zij zich ervan bewust is, de mededingingsregels van het Verdrag te schenden (zie arrest Schenker & Co. e.a., punt 748 supra, EU:C:2013:404, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

763 Vervolgens moet eraan worden herinnerd dat het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de legaliteit van straffen, die zijn opgenomen in artikel 7 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in artikel 49 van het Handvest van de grondrechten, niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij een geleidelijke verduidelijking van de regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid verbieden, maar dat deze beginselen zich niettemin kunnen verzetten tegen de toepassing met terugwerkende kracht van een nieuwe uitlegging van een norm die een overtreding vastlegt (zie in die zin arrest Telefónica en Telefónica de España/Commissie, punt 113 supra, EU:C:2014:2062, punt 148[147] en aldaar aangehaalde rechtspraak).

764 Anders dan verzoeksters stellen, was het in de onderhavige zaak niet onvoorzienbaar dat de overeenkomsten waarmee het initiërende farmaceutische bedrijf gedurende een bepaalde periode potentiële concurrenten van de markt heeft kunnen houden door middel van omvangrijke betalingen in omgekeerde richting, in strijd zouden kunnen zijn met artikel 101, lid 1, VWEU, ongeacht of die al of niet verder gingen dan de beschermingsomvang van zijn octrooien (zie punten 486-490 hierboven).

765 Zoals de Commissie terecht heeft vastgesteld in de overwegingen 1312 en 1313 van het bestreden besluit kan bij een letterlijke lezing van artikel 101, lid 1, VWEU worden begrepen dat overeenkomsten tussen concurrenten die bedoeld zijn om sommige van hen van de markt uit te

sluiten, ongeoorloofd zijn. De overeenkomsten tot verdeling of uitsluiting van markten komen immers voor tussen de ernstigste beperkingen van de mededinging die uitdrukkelijk in artikel 101, lid 1, VWEU zijn genoemd (punt 338 hierboven).

766 Uit de omstandigheid dat de litigieuze overeenkomsten in casu zijn gesloten in de vorm van schikkingen die intellectuele-eigendomsrechten betreffen, kunnen verzoeksters niet afleiden dat de mededingingsrechtelijke ongeoorloofdheid daarvan een novum of onvoorzienbaar was.

767 De strekking van het begrip voorzienbaarheid is grotendeels afhankelijk van de inhoud van de betrokken bepaling, de door die bepaling bestreken materie en het aantal en de hoedanigheid van de adressaten ervan. De voorzienbaarheid van de wet belet niet dat de betrokkene deskundig advies moet inwinnen om in een mate die in de gegeven omstandigheden redelijk is, de mogelijke gevolgen van een bepaalde handeling te kunnen beoordelen. Dit is vooral het geval voor beroepsbeoefenaren, die gewoon zijn bij de uitoefening van hun beroep grote voorzichtigheid aan de dag te leggen. Van hen mag dus worden verwacht dat zij grote zorg besteden aan de beoordeling van het daaraan verbonden risico (zie in die zin arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr., EU:C:2005:408, punt 219 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

768 Geen van de door verzoeksters aangevoerde argumenten kan aan die conclusie afdoen.

769 Ten eerste is het weliswaar juist dat het BIDS-arrest, punt 341 supra (EU:C:2008:643), dat door de Commissie is ingeroepen in het bestreden besluit, na de sluiting van de litigieuze overeenkomsten is gewezen, maar in de eerdere rechtspraak is niettemin verduidelijkt dat een overeenkomst niet als gevolg van het loutere feit dat zij betrekking heeft op een octrooi of bedoeld is om octrooigeschil minnelijk te regelen, immuun tegen het mededingingsrecht is (zie in die zin arrest Bayer en Maschinenfabrik Hennecke, punt 427 supra, EU:C:1988:448, punt 15) en dat het feit dat het discretionaire oordeel van een van de partijen in de plaats wordt gesteld van de beslissingen van nationale rechterlijke instanties om een inbreuk op een octrooi vast te stellen, duidelijk buiten het specifieke voorwerp van het octrooi viel en een beperking van de mededingingsvrijheid vormde (zie in die zin Windsurfingarrest, punt 119 supra, EU:C:1986:75, punten 52 en 92).

770 In het arrest Centrafarm en de Peijper, punt 117 supra (EU:C:1974:114, punten 39 en 40), is eveneens verduidelijkt dat de omstandigheden waarin een intellectueel-eigendomsrecht wordt uitgeoefend onder de verboden van artikel 101 VWEU kunnen vallen en dat dit het geval kan zijn, telkens wanneer de uitoefening van zodanig recht te zien is als voorwerp, middel of gevolg van een mededingingsregeling.

771 Ten tweede moet er ten aanzien van de van de KFST afkomstige documenten, en meer in het bijzonder het perscommuniqué van 28 januari 2004, aan worden herinnerd dat het om te beginnen niet gaat om een document dat van de Commissie afkomstig is, zodat dit als zodanig geen gerechtvaardigde verwachtingen kon wekken bij verzoeksters. Bovendien moet eraan worden herinnerd dat de nationale mededingingsautoriteiten niet bevoegd zijn om een negatief besluit vast te stellen, dat wil zeggen een besluit waarbij wordt geoordeeld dat artikel 101 VWEU niet geschonden is (punt 748 hierboven).

772 Bovendien volgt duidelijk uit het communiqué van de KFST dat overeenkomsten die tot doel hebben om marktexclusiviteit van een concurrent te kopen, mededingingsverstorend zijn. Na afloop van haar diepgaand onderzoek van de farmaceutische sector heeft de Commissie haar benadering kunnen verfijnen en ten volle de mededingingsverstorende aard van bepaalde overeenkomsten kunnen bevatten, met name wanneer die een omvangrijke betaling in omgekeerde richting inhouden, zoals in casu (punten 349-403 hierboven).

773 Voor zover verzoeksters zich ten derde op de eerdere praktijk van de Commissie beroepen om aan te voeren dat de in casu geconstateerde inbreuk nog nooit was voorgekomen en dat daarvoor slechts een symbolische boete zou mogen worden opgelegd, moet worden herinnerd aan de rechtspraak dat de Commissie bij de vaststelling van de boetebedragen over een beoordelingsmarge beschikt om het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven. Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, kan haar niet verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 1/2003 gestelde grenzen te verhogen, indien dit noodzakelijk is ter verzekering van de uitvoering van het mededingingsbeleid van de Unie. Voor een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels van de Unie moet de Commissie het niveau van de geldboeten juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen (zie arrest van 25 oktober 2011, Aragonesas Industrias y Energía/Commissie, T-348/08, Jurispr., EU:T:2011:621, punt 293 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

774 Daarnaast kan het feit dat Commissie in het verleden niet heeft geoordeeld dat een bepaald soort overeenkomst naar haar aard de mededinging beperkte, er niet aan in de weg staan dat zij dat in de toekomst doet, na een individueel en omstandig onderzoek van de litigieuze maatregelen aan de hand van de inhoud, het doel en de context ervan. Bijgevolg hoeft de Commissie niet reeds eerder een bepaald soort overeenkomsten te hebben veroordeeld, om die als mededingingsbeperking naar strekking te kunnen aanmerken (punt 438 hierboven).

775 Volgens de rechtspraak is evenmin vereist dat een overeenkomst prima facie of zonder twijfel als voldoende nadelig voor de mededinging wordt aangemerkt, om die zonder diepgaand onderzoek naar haar inhoud, doelstelling en economische en juridische context als mededingingsbeperking naar strekking in de zin van die bepaling te kunnen kwalificeren (punt 752 hierboven).

776 Tot slot blijkt uit het bestreden besluit dat sommige van de generieke ondernemingen wel degelijk hadden beseft dat overeenkomsten die vergelijkbaar waren met de litigieuze overeenkomsten een inbreuk vormden en juist om die reden hadden geweigerd om dergelijke overeenkomsten aan te gaan (zie overweging 190 van het bestreden besluit). Ook heeft een werknemer van Lundbeck gereageerd op bepaalde e-mails die waren uitgewisseld waarin de prijzen en de volumes werden vastgesteld van het citalopram dat Merck (GUK) op grond van de litigieuze overeenkomsten van Lundbeck kocht. Daarbij heeft hij aangegeven dat hij „het erg oneens [was] met de inhoud van die e-mail" en dat „zij geen afspraken over de [weder]verkoopprijzen [mochten] of [zouden] maken" omdat „dat [...] illegaal [was]" (overweging 265 van het bestreden besluit). Bij de Ranbaxy-overeenkomst heeft Lundbeck er in de loop van de onderhandelingen over die overeenkomst ook op gewezen dat het moeilijk was, met name gezien de hoge kosten en het mededingingsrecht (zie overweging 188 van het bestreden besluit).

777 Dit toont aan dat de mededingingsbeperkingen in de litigieuze overeenkomsten door de partijen bij die overeenkomsten redelijkerwijs als in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU hadden kunnen worden beschouwd, zodat dit destijds hoegenaamd niet onvoorzienbaar was.

778 Bijgevolg stellen verzoeksters ten onrechte dat de Commissie in de onderhavige zaak het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de legaliteit van straffen heeft geschonden.

779 Het eerste onderdeel moet dus worden afgewezen.

B – *Tweede onderdeel*

780 Volgens verzoeksters volgt uit het arrest AstraZeneca/Commissie, punt 755 supra (EU:T:2010:266), dat het, wanneer een zaak nog niet is voorgekomen, ongerechtvaardigd is om geldboeten op te leggen indien er geen eerdere rechtspraak is die op het gedrag in kwestie betrekking heeft en dit gedrag niet sterk mededingingsverstorend is, zodat de betrokken onderneming niet kon verwachten dat dit ongeoorloofd zou zijn. Volgens hen is in overweging 1300 van het bestreden besluit erkend dat in de

onderhavige zaak aan de eerste voorwaarde is voldaan, terwijl de litigieuze overeenkomsten wat de tweede voorwaarde betreft geen misbruik zijn, zoals aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest AstraZeneca/Commissie, punt 755 supra (EU:T:2010:266). Bovendien komt aan ondernemingen die zich niet in een machtspositie bevinden, zoals Lundbeck, geen bijzondere verantwoordelijkheid toe. De Commissie kan dus in het kader van een onderzoek op grond van artikel 101, lid 1, VWEU geen criteria hergebruiken die geformuleerd zijn in een zaak over misbruik van een machtspositie.

781 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

782 In dat verband moet erop worden gewezen dat het Hof, zoals de Commissie in herinnering heeft gebracht in overweging 1300 van het bestreden besluit, in zijn arrest AstraZeneca/Commissie, punt 162 supra (EU:C:2012:770), in antwoord op een vergelijkbaar argument van de verzoekster in die zaak, heeft vastgesteld dat „[AstraZeneca] zich ervan bewust was dat haar gedrag sterk mededingingsverstorend was en had moeten verwachten dat het onverenigbaar zou worden verklaard met de mededingingsregels van de Unie, ook al hadden de Commissie en de rechterlijke instanties van de Unie zich nog niet specifiek kunnen uitspreken over een gedraging zoals die welke dit misbruik vormde”. Verzoeksters leiden dus ten onrechte uit dit arrest af dat de Commissie geen geldboete kan opleggen wanneer er geen vergelijkbare precedenten zijn die door de rechterlijke instanties van de Unie zijn bevestigd (punten 438 en 774 hierboven).

783 Zoals in de zaak die heeft geleid tot het arrest AstraZeneca, punt 755 supra (EU:T:2010:266), maakten de gedragingen van verzoeksters in de onderhavige zaak duidelijk geen onderdeel uit van de normale marktwerking, aangezien zij tot doel hadden om potentiële concurrenten van de markt uit te sluiten door middel van omvangrijke betalingen in omgekeerde richting. Het feit dat bepaalde schikkingen op octrooigebied overigens ook geoorloofd kunnen zijn en geen inbreuk maken op de Verdragsbepalingen inzake de vrije mededinging, doet geenszins af aan het feit dat de litigieuze overeenkomsten die verzoeksters in de onderhavige zaak hebben gesloten, om de door de Commissie in het bestreden besluit uiteengezette redenen mededingingsverstorend waren (zie punt 354 hierboven en overwegingen 661 en 662 van het bestreden besluit).

784 Hoewel het tot slot juist is dat ondernemingen met een machtspositie op grond van artikel 102 VWEU de bijzondere verantwoordelijkheid hebben om zich te onthouden van bepaalde soorten eenzijdige gedragingen die afbreuk aan de mededinging kunnen doen, zoals de gedragingen die aan de orde waren in het arrest AstraZeneca, punt 755 supra (EU:T:2010:266), neemt dit niet weg dat alle ondernemingen, ongeacht of die zich in een machtspositie bevinden, ook aan artikel 101 VWEU zijn onderworpen wanneer aan de voorwaarden voor toepassing van dat artikel is voldaan en dat hun op grond daarvan geldboeten kunnen worden opgelegd. Het is laatstgenoemde bepaling, en niet artikel 102 VWEU, die de Commissie in casu heeft toegepast.

785 Het tweede onderdeel moet derhalve worden afgewezen, en daarmee het negende middel in zijn geheel.

VI – *Tiende middel: uiterst subsidiair, schending van het recht en de feiten bij de berekening van het bedrag van de geldboeten*

786 Verzoeksters menen dat de Commissie in elk geval voor de berekening van het bedrag van de geldboete in het bestreden besluit ten eerste gebruik had moeten maken van een lagere factor voor de ernst, ten tweede rekening had moeten houden met het feit dat de vermeende inbreuken maar kort hadden geduurd, ten derde had moeten afzien van het opleggen van enig extra bedrag en ten vierde verzachtende omstandigheden in aanmerking had moeten nemen.

787 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

788 Vooraf moet eraan worden herinnerd dat de Commissie wat verzoeksters betreft de algemene methode in de richtsnoeren van 2006 heeft gevolgd, gebaseerd op de waarde van de op de desbetreffende geografische markt in de EER verkochte goederen die rechtstreeks of indirect verband houden met de inbreuk (punten 13 en 19 van genoemde richtsnoeren). Daarbij is uitgegaan van factoren van 10 of 11 %, afhankelijk van de geografische reikwijdte van de litigieuze overeenkomsten (zie punten 68-75 hierboven en overwegingen 1316-1358 van het bestreden besluit).

789 Ook moet eraan wordt herinnerd dat voor de vaststelling van de hoogte van de geldboeten voor inbreuken op de mededingingsregels, volgens vaste rechtspraak rekening moet worden gehouden met de duur van de inbreuken en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de ernst ervan, zoals het gedrag van elk van de ondernemingen, de rol die elk van hen heeft gespeeld om te komen tot de onderling afgestemde feitelijke gedragingen, de winst die zij uit deze gedragingen hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren (zie arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie, C-272/09 P, Jurispr., EU:C:2011:810, punt 96 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

790 Verder heeft het Hof aangegeven dat rekening moest worden gehouden met objectieve factoren zoals de inhoud en de duur van de mededingingsverstorende gedragingen, het aantal en de intensiteit daarvan, de omvang van de betrokken markt en de schade die de economische openbare orde heeft geleden (zie arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 789 supra, EU:C:2011:810, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

791 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat de motiveringsplicht van bijzonder belang is. Het staat aan de Commissie haar beslissing te motiveren en met name uiteen te zetten hoe zij de in aanmerking genomen factoren heeft gewogen en beoordeeld. De rechter moet ambtshalve nagaan of een motivering is gegeven (zie in die zin arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 789 supra, EU:C:2011:810, punt 101 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

792 Bovendien staat het aan de Unierechter het hem toevertrouwde wettigheidstoezicht uit te oefenen op basis van de gegevens die de verzoeker ter onderbouwing van de aangevoerde middelen voorlegt. Bij dat toezicht kan de rechter zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze factoren, om af te zien van een grondige toetsing in rechte en in feite (arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 789 supra, EU:C:2011:810, punt 102).

793 Het wettigheidstoezicht wordt aangevuld door de toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht die de Unierechter bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003 werd verleend overeenkomstig artikel 261 VWEU. Deze bevoegdheid gaat verder dan het eenvoudige wettigheidstoezicht op de sanctie en biedt de rechter de mogelijkheid om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en derhalve de opgelegde geldboete of dwangsom in te trekken, te verlagen of te verhogen (zie in die zin arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 789 supra, EU:C:2011:810, punt 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

794 Benadrukt moet echter worden dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op ambtshalve toezicht. Voorts zij eraan herinnerd dat de procedure voor de Unierechters op tegenspraak wordt gevoerd. Met uitzondering van de middelen van openbare orde die de rechter ambtshalve moet opwerpen, zoals de omstandigheid dat de betrokken beslissing niet is gemotiveerd, staat het aan de verzoeker middelen tegen deze beslissing aan te voeren en bewijs te leveren ter onderbouwing van deze middelen (arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 789 supra, EU:C:2011:810, punt 104).

795 Aan de hand van deze overwegingen moeten verzoeksters' argumenten worden getoetst.

A – *Eerste onderdeel*

796 Verzoeksters geven te kennen dat de factoren voor de ernst, die zijn vastgesteld op 11 % van de waarde van de verkopen voor de overeenkomsten die met Merck (GUK), Alpharma en Ranbaxy zijn gesloten en 10 % voor de overeenkomsten die met Arrow zijn gesloten, te hoog zijn. In het bestreden besluit is in de eerste plaats immers geen rekening gehouden met de beperkte strekking van de beperkingen die in de litigieuze overeenkomsten zijn opgenomen. Deze vallen namelijk op zijn minst ten dele binnen de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck. Het marktaandeel van Lundbeck was lager dan 19 % in het merendeel van de landen van de EER en de geografische reikwijdte van de overeenkomsten had moeten worden beperkt tot de landen van de EER waarin de generieke ondernemingen een realistisch perspectief op markttoetreding hadden.

797 In de tweede plaats is in het besluit geen rekening gehouden met het feit dat de litigieuze overeenkomsten niet geheim waren en dat zij geen bedingen bevatten die klassiek zijn voor dit soort overeenkomsten, hetgeen volgens de beslissingspraktijk van de Commissie reden is voor een lagere factor voor de ernst. In de derde plaats waren de litigieuze overeenkomsten niet van het type kartel, hetgeen in het bestreden besluit overigens ook is erkend. In het verleden heeft de Commissie ofwel geen ofwel zeer lage geldboeten opgelegd, dan wel de factor voor de ernst vastgesteld op het laagste niveau binnen de bandbreedte voor dit soort beperkende overeenkomsten die niet van het type kartel zijn. In het besluit is dus ten onrechte vastgesteld dat de litigieuze overeenkomsten ernstige inbreuken op artikel 101 VWEU vormen. Het evenredigheidsbeginsel gebiedt juist dat de factor voor de ernst in de onderhavige zaak op het laagste niveau binnen de bandbreedte wordt vastgesteld.

798 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

799 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het deel van de waarde van de verkopen dat in aanmerking wordt genomen, volgens punt 21 van de richtsnoeren van 2006 maximaal 30 % bedraagt. In punt 22 van die richtsnoeren is verduidelijkt dat de Commissie met een aantal factoren rekening zal houden om de precieze hoogte binnen deze bandbreedte te bepalen, zoals de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd.

800 Ten eerste moet erop worden gewezen dat de Commissie de inbreuken die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, met recht heeft gekwalificeerd als „ernstig”, aangezien het mededingingsbeperkingen naar strekking betreft waarvan de schadelijkheid voor de mededinging genoegzaam is bewezen, namelijk het betalen van concurrenten om zich gedurende een bepaalde periode van de markt te houden (overweging 1331 van het bestreden besluit).

801 De omstandigheid dat bepaalde beperkingen in de litigieuze overeenkomsten zich binnen de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck (zoals gedefinieerd in de punten 335 en 569 hierboven) hebben kunnen bevinden, is niet van dien aard dat daarmee aan deze conclusie wordt afgedaan. Dit is namelijk slechts één van de factoren die de Commissie in aanmerking heeft genomen om in casu aan te tonen dat sprake was van een beperking naar strekking (punt 354 hierboven). Het is dus van weinig belang dat die mogelijkerwijs beperkingen bevatten die binnen de beschermingsomvang van die octrooien vielen. Zoals de Commissie in het bestreden besluit heeft vastgesteld, is namelijk doorslaggevend dat er op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten onzekerheid was over de vraag of de producten die de generieke ondernemingen in de handel wilden brengen, al of niet inbreuk maakten op het ene of het andere octrooi van Lundbeck, dat tegen de geldigheid daarvan ook had kunnen worden opgekomen voor de rechter en dat verzoeksters door middel van een omvangrijke betaling in omgekeerde richting de zekerheid hebben kunnen verkrijgen dat de generieke ondernemingen tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet tot de markt zouden toetreden (punten 363 en 429 hierboven). Hoe dan ook

heeft de Commissie terecht geoordeeld dat de litigieuze overeenkomsten in het overgrote deel van de gevallen beperkingen bevatten die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck (zie het zesde middel hierboven).

802 Ten tweede heeft de Commissie geen fouten begaan met haar oordeel dat Lundbeck voor het product waarop de inbreuken betrekking hadden, een zeer groot marktaandeel had in de geografische markten die door de litigieuze overeenkomsten zijn beïnvloed. Uit het bestreden besluit volgt op zijn minst impliciet dat Lundbeck op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten een monopolie had voor zover het citalopram betrof, aangezien haar oorspronkelijke octrooien inzake het WFB citalopram nog maar net waren verstreken en nog geen onderneming die generieke geneesmiddelen in de handel brengt, tot de markt was toegetreden. Daarbij komt dat de Commissie, zelfs gesteld dat de relevante markt ruimer was en alle antidepressiva in geneesmiddelvorm omvatte, in overweging 215 van het bestreden besluit terecht heeft opgemerkt dat Lundbeck in het merendeel van de landen van de EER een aanzienlijk marktaandeel op die markt had.

803 Ten derde heeft de Commissie zich terecht op het standpunt gesteld dat de betrokken inbreuken een ruime geografische reikwijdte hadden, aangezien zij, met uitzondering van de inbreuk die tezamen met Arrow is gepleegd, alle de gehele EER dekten.

804 Anders dan verzoeksters op dat punt te kennen geven, was de Commissie niet verplicht om het basisbedrag van de geldboete zodanig te verlagen dat slechts rekening werd gehouden met de waarde van de verkopen in de landen waarin de generieke ondernemingen het verste waren gevorderd met hun voorbereidingen op de markttoetreding. Omdat inbreuken naar strekking aan de orde waren en omdat de inbreuken die met de litigieuze overeenkomsten zijn begaan (met uitzondering van de met Arrow gesloten overeenkomsten) een geografische reikwijdte hadden die zich tot de gehele EER uitstrekte, mocht de Commissie zich op die geografische reikwijdte baseren, zonder daarbij diepgaand te hoeven onderzoeken welke concrete perspectieven de generieke ondernemingen in elk van de staten van de EER hadden om tot de markt toe te treden. Het zijn namelijk de partijen bij de litigieuze overeenkomsten die de geografische reikwijdte daarvan hebben gedefinieerd, en dus die van de inbreuken die in casu aan de orde zijn, door te beslissen dat zij zich zouden uitstrekken tot het gehele grondgebied van de EER (met uitzondering van de met Arrow gepleegde inbreuk).

805 Ten vierde heeft de Commissie evenmin fouten begaan door rekening te houden met het feit dat elk van de litigieuze overeenkomsten is geïmplementeerd, hetgeen verzoeksters ook niet betwisten, aangezien de generieke ondernemingen tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet tot de markt zijn toegetreden, met uitzondering dan van Merck (GUK) vóór de tweede verlenging van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk (punten 28, 131 en 399 hierboven).

806 Gelet op al deze omstandigheden moet dus worden vastgesteld dat de Commissie het recht niet heeft geschonden door het aandeel van de waarde van de verkopen voor de vaststelling van het basisbedrag van de aan Lundbeck op te leggen geldboete vast te stellen op 11 % respectievelijk 10 %, ervan afhankelijk of de geografische reikwijdte van de overeenkomsten waarop de inbreuk zag, de gehele EER was of niet. Gezien het bovenstaande kunnen dergelijke factoren voor de ernst, die zich onderin in de bandbreedte bevinden waarin punt 21 van de richtsnoeren van 2006 voorziet, niet als onevenredig worden beschouwd.

807 Verzoeksters voeren ook tevergeefs aan dat er voor de Commissie reden had moet zijn om de factor voor de ernst ten behoeve van de vaststelling van het bedrag van de aan hen op te leggen geldboete lager vast te stellen omdat de overeenkomsten niet geheim waren.

808 In punt 23 van de richtsnoeren van 2006 is namelijk opgenomen dat „[h]orizontale overeenkomsten inzake prijzen, de verdeling van markten en de beperking van de productie, die meestal geheim zijn, [...] naar hun aard [behoren] tot de ernstigste mededingingsbeperkingen”, dat zij

„in het kader van het mededingingsbeleid streng [moeten] worden bestraft" en dat „[h]et aandeel van de verkopen dat voor dergelijke inbreuken in aanmerking wordt genomen [...] derhalve doorgaans hoog [zal] zijn".

809 Het volstaat vast te stellen dat de Commissie zich, ook wanneer de litigieuze overeenkomsten geenszins geheim waren, niet aan het uiterste einde van de bandbreedte in punt 21 van de richtsnoeren van 2006 bevond, dus 30 % van de waarde van de verkopen, toen zij het in aanmerking te nemen deel van de verkopen heeft vastgesteld op 10 % respectievelijk 11 %.

810 Hoewel de Commissie het voorts in sommige zaken om verschillende redenen niet nodig heeft kunnen vinden om een geldboete op te leggen of een aandeel van de waarde van de verkopen in aanmerking heeft genomen dat zich onderin de bandbreedte voor de ernst bevindt, moet niettemin worden herinnerd aan de vaste rechtspraak dat de beslissingspraktijk van de Commissie op zichzelf niet geldt als rechtskader voor de oplegging van geldboeten in mededingingszaken, aangezien dit kader uitsluitend in verordening nr. 1/2003 en in de richtsnoeren is vastgelegd. Besluiten betreffende eerdere zaken hebben dus slechts een indicatieve waarde wat het eventuele bestaan van discriminatie betreft, omdat het niet erg waarschijnlijk is dat de omstandigheden van die zaken, zoals de markten, de producten, de ondernemingen en de betrokken tijdvakken, identiek zullen zijn (zie in die zin arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punten 260-262 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In de onderhavige zaak waren de omstandigheden in de zaken waarop de door verzoeksters aangevoerde besluiten betrekking hadden, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en periodes, niet vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak, zodat die besluiten overeenkomstig de reeds aangehaalde rechtspraak niet relevant zijn voor de toetsing of het beginsel van gelijke behandeling is nageleefd.

811 Tot slot voeren verzoeksters ten onrechte aan dat in de onderhavige zaak het evenredigheidsbeginsel is geschonden. Dit beginsel houdt in deze context namelijk enkel in dat de Commissie de geldboete moet vaststellen in verhouding tot de elementen die in aanmerking zijn genomen om de ernst van de inbreuk te beoordelen en dat zij die elementen dienaangaande op samenhangende en objectief gerechtvaardigde wijze moet toepassen (zie arrest van 27 september 2006, Jungbunzlauer/Commissie, T-43/02, Jurispr., EU:T:2006:270, punt 228 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Uit de overwegingen 1330 tot en met 1333 van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie de beginselen die in punt 22 van de richtsnoeren van 2006 zijn vastgelegd, in casu op samenhangende en objectief gerechtvaardigde wijze heeft toegepast.

812 Het eerste onderdeel moet dus worden afgewezen.

B – *Tweede onderdeel*

813 Verzoeksters geven te kennen dat in overweging 1335 van het bestreden besluit ten onrechte is geweigerd om voor de vermeende inbreuken van een kortere duur uit te gaan. Die duur moet worden beperkt tot de periode waarin de generieke ondernemingen ook daadwerkelijk bereid waren om tot de markt toe te treden, waarvoor op zijn minst was vereist dat zij in de relevante landen over een VHB beschikten. Zo is het octrooi op het WFB in Oostenrijk pas in april 2003 verstreken, zodat de inbreuken die met GUK, Alpharma en Ranbaxy zijn begaan, de mededinging in Oostenrijk niet vóór die datum hebben kunnen beperken. Deze benadering loopt gelijk aan het standpunt dat de Commissie heeft ingenomen in beschikking C(2009) 5355 definitief van 8 juli 2009 inzake een procedure op grond van artikel [101 VWEU] (zaak COMP/39.401 – E.ON/GDF) (samengevat in PB C 248, blz. 5; hierna: „E.ON/GDF-beschikking"), waarin alleen de periode na 1998 in aanmerking is genomen voor de boeteberekening.

814 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

815 In dat verband moet er met de Commissie op worden gewezen dat met een dergelijk argument wordt miskend dat er een onderscheid is tussen daadwerkelijke mededinging en potentiële mededinging, en dat artikel 101 VWEU net zo goed die laatste beschermt (punt 99 hierboven). De Commissie heeft voor alle betrokken generieke ondernemingen genoegzaam aangetoond dat zij over reële en concrete mogelijkheden beschikten om tot de markt toe te treden en dat zij op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten dus potentiële concurrenten van Lundbeck waren (zie het eerste middel hierboven).

816 De zaak die heeft geleid tot het arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra (EU:T:2012:332), kan verzoeksters niet helpen, aangezien er in die zaak, naar zij zelf ook toegeven, gedurende een deel van de inbreukperiode zelfs zonder de mededingingsverstorende overeenkomst geen enkele mededinging mogelijk was, aangezien de markt op geoorloofde wijze op grond van de destijds toepasselijke nationale wetgeving aan elke mededinging was onttrokken, waardoor er feitelijk een monopolie was ontstaan. Het is overigens om die reden dat de beschikking van de Commissie in die zaak gedeeltelijk door het Gerecht nietig is verklaard, omdat niet genoegzaam was aangetoond dat er in die periode sprake was van een beperking van de mededinging op de Duitse gasmarkt (arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, punt 98 supra, EU:T:2012:332, punten 105 en 155). In de onderhavige zaak heeft de Commissie in het bestreden besluit juist rechtens genoegzaam bewezen dat de mededinging als gevolg van de litigieuze overeenkomsten tijdens de gehele looptijd derhalve was beperkt. Verzoeksters hebben niet aangetoond dat zonder de litigieuze overeenkomsten – zelfs potentiële – mededinging tussen hen en de generieke ondernemingen onmogelijk of onbestaand zou zijn geweest of dat die overeenkomsten de mededinging geenszins hebben beperkt.

817 Bijgevolg moet het tweede onderdeel worden afgewezen.

C – *Derde onderdeel*

818 Verzoeksters menen dat hun geen extra bedrag had mogen worden opgelegd, ook niet voor de overeenkomsten die met Arrow zijn gesloten (zie punt 73 hierboven), aangezien de vermeende inbreuken met geen van de gevallen in de richtsnoeren van 2006 overeenstemmen waarvoor wordt aanbevolen een extra bedrag toe te passen (die gevallen zijn „horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking") en aangezien er geen noodzaak is voor bijkomende afschrikkende werking bij inbreuken waarvan de begindatum meer dan tien jaar terug ligt en die niet zijn herhaald.

819 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

820 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat punt 25 van de richtsnoeren van 2006, dat voorziet in de opname van leergeld in het basisbedrag van de geldboete, het volgende bepaalt:

„Onafhankelijk van de duur van de deelname van een onderneming aan de inbreuk voegt de Commissie bovendien aan het basisbedrag een bedrag van tussen 15 % en 25 % van de waarde van de verkopen [...] toe om ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking. De Commissie kan ook bij andere inbreuken een dergelijk extra bedrag toevoegen. Voor het bepalen van het aandeel van de waarde van de verkopen dat in een bepaald geval in aanmerking moet worden genomen houdt de Commissie rekening met een aantal factoren, met name die welke in punt 22 worden genoemd [namelijk de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk, en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd]."

821 Verzoeksters stellen in wezen dat de Commissie geen dergelijk leergeld als afschrikking in de aan hen opgelegde geldboete mocht opnemen omdat de vermeende inbreuken niet overeenstemden met de gevallen ten aanzien waarvan in de richtsnoeren van 2006 wordt aanbevolen om een extra bedrag op te nemen en omdat de inbreuk, die meer dan tien jaar teruggaat in de tijd, niet is herhaald.

822 Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat tot de door het Unierecht aan de Commissie opgedragen toezichthoudende taak op mededingingsrechtelijk gebied ook de taak behoort, individuele inbreuken te onderzoeken en te bestraffen, alsmede de verplichting om een algemeen beleid te voeren dat erop is gericht, op het gebied van de mededinging toepassing te geven aan de in het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van de ondernemingen in die zin te sturen. Hieruit volgt dat de Commissie ervoor moet zorgen dat de geldboeten afschrikkende werking hebben (zie in die zin arrest van 17 december 2014, Pilkington Group e.a./Commissie, T-72/09, EU:T:2014:1094, punt 302 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

823 De afschrikkende werking van de geldboete beoogt niet alleen de betrokken onderneming te weerhouden van recidive. De Commissie heeft de bevoegdheid om het bedrag van de geldboeten vast te stellen met het oog op een versterking van de preventieve werking ervan in het algemeen, met name wanneer bepaalde soorten inbreuken nog steeds betrekkelijk veel voorkomen of als ernstig moeten worden aangemerkt (zie arrest Pilkington Group e.a./Commissie, punt 822 supra, EU:T:2014:1094, punt 303 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

824 Zoals de Commissie voorts te kennen geeft, leken de litigieuze overeenkomsten in de onderhavige zaak sterk op overeenkomsten tot verdeling van de markt of beperking van de productie, die uitdrukkelijk zijn opgenomen in punt 25 van de richtsnoeren van 2006 (punt 820 hierboven). In elk geval is in de rechtspraak bepaald dat het de Commissie op grond van datzelfde punt van die richtsnoeren is toegestaan om een dergelijk extra bedrag toe te passen bij andere soorten inbreuken om voor afschrikkende werking van de geldboete te zorgen.

825 De conclusie moet bijgevolg luiden dat de Commissie de grenzen van de haar op boetegebied toekomende beoordelingsmarge niet heeft overschreden en ook niet haar richtsnoeren van 2006 heeft geschonden door een extra bedrag van 10 % van de waarde van de jaarlijkse verkopen voor de eerste met Arrow gepleegde inbreuk toe te passen, om ervoor te zorgen dat de aan verzoeksters opgelegde geldboete voldoende afschrikkende werking had (overweging 1340 van het bestreden besluit).

826 Derhalve moet het derde onderdeel ook worden afgewezen.

D – *Vierde onderdeel*

827 Verzoeksters menen in de eerste plaats dat de Commissie ten onrechte heeft geweigerd om Lundbeck in aanmerking te laten komen voor de verzachtende omstandigheid dat er bij de onderneming redelijke twijfel kon bestaan over het inbreukmakende karakter van de mededingingsbeperkende gedraging. Het argument in het bestreden besluit dat de verzachtende omstandigheid in verband met de redelijke twijfel of sprake was van een inbreuk niet langer voorkomt in de richtsnoeren van 2006 (overweging 1343 van het bestreden besluit), is geen geldige reden om die niet toe te passen, aangezien zowel in de richtsnoeren als door het Gerecht is erkend dat de lijst van verzachtende omstandigheden niet limitatief is. Bovendien volgt duidelijk uit de communicatie van de KFST met de Commissie dat destijds in de ogen van laatstgenoemde niet duidelijk was welke juridische maatstaf voor de litigieuze overeenkomsten moest worden gehanteerd, zodat dit evenmin voor Lundbeck duidelijk kon zijn.

828 In de tweede plaats betogen verzoeksters dat zij ten onrechte niet in aanmerking zijn gekomen voor de verzachtende omstandigheid dat de vermeende inbreuken uit onachtzaamheid zijn gepleegd, terwijl zij de litigieuze overeenkomsten te goeder trouw hebben gesloten om te verhinderen dat de generieke

ondernemingen inbreuk op hun octrooien zouden maken, door de draagwijdte van die overeenkomsten te beperken tot de producten die op die octrooien inbreuk maakten en door niet te trachten deze geheim te houden, hetgeen zij zouden hebben gedaan indien zij de intentie hadden gehad om inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie te maken.

829 De Commissie bestrijdt deze argumenten.

830 In de eerste plaats moet er met verzoeksters op worden gewezen dat het feit dat de omstandigheid dat redelijke twijfel bestaat of sprake is van een inbreuk niet langer uitdrukkelijk is opgenomen tussen de expliciet in de richtsnoeren van 2006 vermelde verzachtende omstandigheden, er onvoldoende grondslag voor vormt dat de Commissie de toepassing daarvan als verzachtende omstandigheid automatisch uitsluit. In de rechtspraak is op dat punt namelijk verduidelijkt dat wanneer de richtsnoeren geen dwingende bepaling bevatten over de verzachtende omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen, de Commissie dan een zekere beoordelingsmarge heeft behouden om in het algemeen te beoordelen hoe hoog een eventuele vermindering van het boetebedrag wegens verzachtende omstandigheden dient te zijn (zie in die zin arrest Dalmine/Commissie, punt 380 supra, EU:T:2004:220, punt 326 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

831 De omstandigheid dat een besluit van de Commissie het eerste geval is waarin zij de mededingingsregels in een bepaalde sector van de economie toepast, kan echter niet als verzachtend worden gekwalificeerd inden de inbreukpleger wist of er niet onkundig van kon zijn dat zijn gedrag op de markt tot een mededingingsbeperking zou kunnen leiden en vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt problematisch zou kunnen zijn (zie in die zin arrest van 8 maart 2011, World Wide Tobacco España/Commissie, T-37/05, EU:T:2011:76, punt 160).

832 In de onderhavige zaak konden verzoeksters er niet onkundig van zijn dat de litigieuze overeenkomsten inbreuk konden maken op artikel 101 VWEU. Deze zijn immers bedoeld om potentiële concurrenten gedurende de looptijd daarvan van de markt uit te sluiten, hetgeen te scharen is onder de ernstige inbreuken waarop artikel 101, lid 1, VWEU expliciet ziet.

833 Uit het bestreden besluit blijkt voorts dat Lundbeck zich bewust was van het mogelijke inbreukmakende karakter van genoemde overeenkomsten (zie punt 776 hierboven).

834 Wat daarnaast de door verzoeksters aangevoerde communiqués van de KFST betreft, moet eraan worden herinnerd dat een onderneming die op artikel 101 VWEU inbreuk heeft gemaakt, niet aan de oplegging van een geldboete kan ontkomen wanneer de inbreuk het gevolg is van het feit dat deze onderneming ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag heeft gedwaald wegens de strekking van een juridisch advies van een advocaat of van een besluit van een nationale mededingingsautoriteit (arrest Schenker & Co. e.a., punt 748 supra, EU:C:2013:404, punt 43). Bovendien lieten deze communiqués hoegenaamd geen twijfel bestaan over de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op de litigieuze overeenkomsten. Daarin werd juist gepreciseerd dat de litigieuze overeenkomsten de mededinging konden beïnvloeden indien zou blijken dat Lundbeck concurrenten had betaald om van de markt te blijven.

835 Zelfs gesteld dat er op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten redelijke twijfel heeft kunnen bestaan over hoe de verschillende factoren in elkaar pasten om in casu tot het bewijs van een mededingingsbeperking naar strekking te komen, zulks in een context waarin verzoeksters houdsters waren van werkwijzeoctrooien die aan de markttoetreding van generieke ondernemingen in de weg konden staan, neemt dat in elk geval niet weg dat er op dat moment geen redelijke twijfel kon bestaan over het feit dat overeenkomsten die, zoals in de onderhavige zaak, tot doel hadden om potentiële concurrenten te betalen zodat zij gedurende een bepaalde periode van de markt zouden blijven, niet met artikel 101, lid 1, VWEU in overeenstemming konden zijn, omdat zij de

markttoetreding van de generieken niet hebben kunnen faciliteren, ook niet na afloop daarvan, en zij het niet echt mogelijk hebben gemaakt om het onderliggende octrooigeschil tussen de partijen te regelen (punten 475 en 497 hierboven).

836 Zoals voorts vast is komen te staan in het kader van het zesde middel hierboven, bevatten de litigieuze overeenkomsten, met uitzondering van de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk, beperkingen die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, zodat die overeenkomsten, zelfs wanneer het door verzoeksters voorgestelde criterium van de beschermingsomvang van de octrooien de relevante maatstaf zou zijn om de geoorloofdheid daarvan vanuit de invalshoek van artikel 101, lid 1, VWEU te toetsen, niet met dit criterium in overeenstemming zouden zijn geweest en dus ook dan mededingingsbeperkingen naar strekking in de zin van die bepalingen zouden hebben gevormd. Wat de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk betreft, moet erop worden gewezen dat die, tezamen met de GUK-overeenkomst voor de EER, deel uitmaakt van de enkele en voortgezette inbreuk die door Lundbeck en Merck (GUK) is gepleegd. Zoals hierboven is opgemerkt, heeft de Commissie genoegzaam aangetoond dat de GUK-overeenkomst voor de EER beperkingen bevatte die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck.

837 In de tweede plaats geven verzoeksters te kennen dat de inbreuken die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, uit onachtzaamheid zijn gepleegd, wat eveneens een verzachtende omstandigheid is die rechtvaardigt dat het boetebedrag wordt verlaagd.

838 In punt 29 van de richtsnoeren van 2006 is verduidelijkt dat het basisbedrag van de boete kan worden verlaagd wanneer de Commissie vaststelt dat sprake is van verzachtende omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer de betrokken onderneming aantoont dat de inbreuk uit onachtzaamheid is gepleegd.

839 In de onderhavige zaak moet er evenwel aan worden herinnerd dat de litigieuze overeenkomsten opzettelijk door verzoeksters zijn gesloten en dat zij deel uitmaakten van een weloverwogen strategie om de potentiële onmiddellijke toetreding van de generieken tot de markt te verhinderen (punten 126 en 528 hierboven).

840 Verzoeksters' argument is namelijk opnieuw gebaseerd op de presmisse dat de litigieuze overeenkomsten alleen de markttoetreding hebben verhinderd van generieke producten die potentieel inbreuk op hun octrooien maakten. Zoals evenwel vast is komen te staan in het kader van het zesde middel hierboven, is dit niet het geval. Hoe dan ook was er onzekerheid over de vraag of de octrooien van Lundbeck geldig waren en of daar inbreuk op werd gemaakt door de producten die de generieke ondernemingen op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten in de handel wilden brengen (zie het tweede middel hierboven), welke onzekerheid door die overeenkomsten is weggenomen. Verzoeksters geven dus ten onrechte te kennen dat de inbreuken in de onderhavige zaak uit onachtzaamheid zijn gepleegd en dat de Commissie hen voor deze verzachtende omstandigheid in aanmerking had moeten laten komen.

841 Zelfs gesteld dat de inbreuken in de onderhavige zaak uit onachtzaamheid zijn gepleegd, dan nog geldt dat de Commissie niet verplicht was om aan verzoeksters een boeteverlaging toe te kennen. Zoals immers in de tekst van punt 29 van de richtsnoeren van 2006 is bevestigd, beschikt de Commissie in dat verband over een beoordelingsmarge, waarbij zij rekening houdt met alle omstandigheden van het geval. Hoewel de in richtsnoeren opgesomde omstandigheden uiteraard deel uitmaken van de omstandigheden waarmee de Commissie in een gegeven geval rekening kan houden, is zij derhalve niet verplicht om op die grond automatisch en zonder globale analyse een bijkomende verlaging toe te kennen wanneer een onderneming factoren aanvoert die erop wijzen dat van één van die omstandigheden sprake is. Of een eventuele boeteverlaging wegens verzachtende omstandigheden passend is, moet immers globaal worden beoordeeld met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval (zie in die zin arrest van 5 december 2013, Caffaro/Commissie, C-447/11 P, EU:C:2013:797, punt 103).

842 Gelet op alle omstandigheden van het onderhavige geval en met name het feit dat de Commissie rekening heeft gehouden met de duur van de procedure door een verlaging van het basisbedrag van de aan verzoeksters opgelegde geldboete met 10 % toe te kennen, is het Gerecht in de uitoefening van de volledige rechtsmacht die hem overeenkomstig artikel 261 VWEU bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003 is toegekend (punt 793 hierboven), van oordeel dat er geen aanleiding is om verzoeksters in de onderhavige zaak voor het voordeel van verzachtende omstandigheden in aanmerking te laten komen en dat het bedrag van de hun bij het bestreden besluit opgelegde geldboete moet worden bevestigd.

843 Wat in het bijzonder de GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk aangaat, moet worden benadrukt dat zelfs wanneer in het kader van het zesde middel is opgemerkt dat de Commissie in het bestreden besluit niet genoegzaam had aangetoond dat die overeenkomst beperkingen bevatte die verder gingen dan de beschermingsomvang van de octrooien van Lundbeck, een dergelijke grief niet ter zake dienend is om de redenen die zijn uiteengezet in de punten 539 en 570 tot en met 577 hierboven. Bijgevolg is er voor het Gerecht geen aanleiding om verzoeksters hiervoor een boeteverlaging toe te kennen.

844 Het vierde onderdeel moet derhalve worden afgewezen, en daarmee het tiende middel in zijn geheel.

845 Aangezien geen van de middelen die verzoeksters ter ondersteuning van hun verzoek tot nietigverklaring van het bestreden besluit hebben aangevoerd, gegrond of ter zake dienend is, en het onderzoek van de door verzoeksters aangevoerde argumenten ter ondersteuning van hun verzoek om herziening van de hoogte van de geldboete niet aan het licht heeft kunnen brengen dat de Commissie die niet op passende wijze heeft berekend, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

846 Volgens artikel 134 van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

847 Overeenkomstig artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering en de vordering van de Commissie op dit punt, moet worden beslist dat de interveniënte haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT (Negende kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) H. Lundbeck A/S en Lundbeck Ltd zullen hun eigen kosten en die van de Europese Commissie dragen.

3) De European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) zal haar eigen kosten dragen.

Berardis Czúcz Popescu

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 september 2016.

ondertekeningen

Inhoud

Samenvatting van de feiten en voorgeschiedenis van het geding 2

I – Vennootschappen waarop de onderhavige zaak betrekking heeft 2

II – Betrokken product en daarop betrekking hebbende octrooien 3

III – Litigieuze overeenkomsten 4

A – Overeenkomsten met Merck (GUK) 4

B – Overeenkomsten met Arrow 6

C – Overeenkomst met Alpharma 8

D – Overeenkomst met Ranbaxy 10

IV – Stappen van de Commissie in de farmaceutische sector en administratieve procedure 11

V – Bestreden besluit 12

Procedure en conclusies van partijen 16

In rechte 17

I – Eerste middel: schending van het recht en beoordelingsfouten doordat in het bestreden besluit is geoordeeld dat de generieke ondernemingen en Lundbeck op zijn minst potentiële concurrenten van elkaar waren op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten 17

A – Analyse van de potentiële mededinging in het bestreden besluit 17

B – Toepasselijke beginselen en rechtspraak 20

1. Begrip potentiële mededinging 20

2. Bewijslast 21

3. Omvang van het door het Gerecht uitgeoefende toezicht 22

C – Eerste onderdeel: de lancering van geneesmiddelen die inbreuk maken op de intellectuele-eigendomsrechten van derden is geen uiting van potentiële mededinging in het kader van artikel 101 VWEU 22

D – Tweede onderdeel: de Commissie heeft zich op subjectieve beoordelingen gebaseerd voor de conclusie dat de generieke ondernemingen reële of potentiële concurrenten van Lundbeck waren 25

E – Derde onderdeel: de bestrijding van een geldig octrooi is geen reële en concrete mogelijkheid om tot de markt toe te treden 28

F – Vierde onderdeel: het ontbreken aan een VHB staat aan het bestaan van daadwerkelijke of potentiële concurrentie in de weg 31

G – Vijfde onderdeel: de generieke ondernemingen hadden tijdens de looptijd van de litigieuze overeenkomsten niet kunnen overstappen op andere werkwijzen of andere producenten van het WFB 34

H – Zesde onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Merck (GUK) op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten 38

1. Situatie in het Verenigd Koninkrijk 39

2. Situatie in de EER 41

I – Zevende onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Arrow op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten 43

1. Situatie in het Verenigd Koninkrijk 44

2. Situatie in Denemarken 47

J – Achtste onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Alpharma op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten 48

K – Negende onderdeel: geen potentiële mededinging tussen Lundbeck en Ranbaxy op het moment van sluiting van de litigieuze overeenkomsten 50

II – Tweede, derde, vierde, vijfde en zesde middel: in essentie, schending van artikel 101, lid 1, VWEU. 55

A – Analyse inzake het bestaan van een mededingingsbeperking naar strekking in het bestreden besluit 56

B – Toepasselijke beginselen en rechtspraak 57

C – Tweede middel: kennelijke schending van het recht en de feiten en ontoereikende motivering bij de beoordeling van de rol van de waardeoverdrachten in de litigieuze overeenkomsten 58

1. Eerste onderdeel 58

2. Tweede onderdeel 67

3. Derde onderdeel 69

D – Derde middel: schending van het recht bij de toepassing van de beginselen inzake de mededingingsbeperkende strekking 71

1. Eerste onderdeel 71

2. Tweede onderdeel 75

3. Derde onderdeel 76

4. Vierde onderdeel 79

E – Vierde middel, schending van het recht en een motiveringsgebrek bij de afwijzing van het criterium van de beschermingsomvang van het octrooi als de belangrijkste maatstaf voor de toetsing van schikkingsovereenkomsten op octrooigebied aan artikel 101, lid 1, VWEU 80

1. Eerste onderdeel 81

2. Tweede onderdeel 84

F – Vijfde middel: kennelijke onjuiste beoordeling van de feiten, niet-nakoming van de zorgvuldigheidsplicht en een motiveringsgebrek doordat het optreden van Lundbeck is gekwalificeerd als een globale strategie tegen de toetreding door de generieken en als relevant voor de toetsing van de litigieuze overeenkomsten aan artikel 101, lid 1, VWEU 87

G – Zesde middel: kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten doordat in het bestreden besluit is vastgesteld dat de litigieuze overeenkomsten beperkingen omvatten die verder gingen dan de beperkingen die inherent zijn aan de uitoefening van de bij de octrooien van Lundbeck verleende rechten 90

1. GUK-overeenkomst voor het Verenigd Koninkrijk 91

2. GUK-overeenkomst voor de EER 96

3. Arrow-UK-overeenkomst 100

4. Deense Arrow-overeenkomst 104

5. Alpharma-overeenkomst 106

6. Ranbaxy-overeenkomst 111

III – Zevende middel: kennelijke beoordelingsfout doordat de efficiencywinst als gevolg van de litigieuze overeenkomsten onjuist is gemeten 113

IV – Achtste middel: schending van de rechten van de verdediging 116

A – Eerste onderdeel 116

B – Tweede onderdeel 119

V – Negende middel: subsidiair, de oplegging van geldboeten aan Lundbeck is in strijd met het recht 121

A – Eerste onderdeel 121

B – Tweede onderdeel 124

VI – Tiende middel: uiterst subsidiair, schending van het recht en de feiten bij de berekening van het bedrag van de geldboeten 125

A – Eerste onderdeel 127

B – Tweede onderdeel 129

C – Derde onderdeel 130

D – Vierde onderdeel 131

Kosten 134