Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (nionde avdelningen)

den 8 september 2016[1]

”Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Marknaden för antidepressiva läkemedel som innehåller den aktiva farmaceutiska substansen citalopram — Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte — Potentiell konkurrens — Generiska läkemedel — Hinder mot inträde på marknaden på grund av patent — Avtal som ingåtts mellan patentinnehavare och tillverkare av generiska läkemedel — Artikel 101.1 och 101.3 FEUF — Felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning — Motiveringsskyldighet — Rätten till försvar — Rättssäkerhet — Böter”

I mål T-472/13,

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

och

Lundbeck Ltd, med säte i Milton Keynes (Förenade kungariket),

företrädda av R. Subiotto, QC, och advokaten T. Kuhn,

sökande,

med stöd av

European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA), med säte i Genève (Schweiz), företrätt av F. Carlin, barrister, och M. Healy, solicitors,

intervenient,

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av J. Bourke, F. Castilla Contreras, B. Mongin, T. Vecchi och C. Vollrath, därefter av Castilla Contreras, Mongin, Vecchi, M. Vollrath och T. Christoforou, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut C (2013) 3803 slutlig av den 19 juni 2013 om ett förfarande enligt artikel 101 och artikel 53 i EES-avtalet (ärende AT/39226 – Lundbeck) och nedsättning av de böter som ålagts sökandena genom detta beslut,

meddelar

1 — Rättegångsspråk: engelska.

TRIBUNALEN (nionde avdelningen)

sammansatt av ordföranden G. Berardis (referent) samt domarna O. Czúcz och A. Popescu,

justitiesekreterare: handläggaren L. Grzegorczyk,

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 26 november 2015,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

I – *De bolag som berörs av det aktuella målet*

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

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

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

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

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

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

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

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

9 Alpharma Inc. var ett bolag bildat enligt amerikansk rätt och verksamt i hela världen inom den farmaceutiska sektorn, bland annat vad gällde generiska läkemedel. Till och med december 2008 kontrollerades det av det norska bolaget A.L. Industrier AS. Därefter köptes det upp av ett

läkemedelsföretag i Förenade kungariket som i sin tur köptes upp av ett amerikanskt läkemedelsföretag. I samband med dessa omstruktureringar blev Alpharma Inc. först, i april 2010, Alpharma LLC, och därefter, den 15 april 2013, Zoetis Products LLC.

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

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

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

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

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

II – *Den berörda produkten och de patent som avser den.*

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

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

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

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

19 Lundbeck ingav under åren 1998 och 1999 två patentansökningar till EPO angående tillverkning av citalopram genom metoder i vilka jod, respektive amid används. EPO beviljade Lundbeck den 19 september 2001 ett patent för skydd av den metod i vilken amid används (nedan kallat amidpatentet) och ett patent för skydd av den metod i vilken jod används (nedan kallat jodpatentet) den 26 mars 2003.

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

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

21 Vidare ingav Lundbeck den 12 mars 2001 en patentansökan till myndigheterna i Förenade kungariket avseende en metod för tillverkning av citalopram som innebar rening av använda salter genom tunnfilmsdestillation. Myndigheterna i Förenade kungariket beviljade Lundbeck ett patent för nämnda metod den 3 oktober 2001 (nedan kallat patentet för tunnfilmsdestillation). Emellertid återkallades detta patent därför att det inte var nytt i förhållande till ett patent som Lundbeck erhållit den 23 juni 2004. Lundbeck erhöll ett liknande patent i Danmark den 29 juni 2002.

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

III – *De omtvistade avtalen*

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

A – *Avtalen med Merck (GUK)*

24 Lundbeck ingick två avtal med Merck (GUK).

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

26 I detta avtal föreskrevs följande:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B – *Avtalen med Arrow*

32 Lundbeck undertecknade två avtal med Arrow.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

— I punkt 2.2 i avtalet stadgas att Lundbeck, med beaktande av de åtaganden som anges i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet och det faktum att Arrow UK inte kommer att begära något ”cross-undertaking in damages” (ett belopp som Lundbeck enligt brittisk rätt skulle ha deponerat vid domstolen i Förenade kungariket om företaget hade begärt att ett interimistiskt förbudsföreläggande skulle meddelas inom ramen för talan om patentintrång mot Arrow), ska erlägga 5 miljoner GBP till Arrow UK, uppdelade i fyra poster, och det sedan beloppet ökats med 450 000 GBP, i enlighet med punkt 2.1 i första tillägget till Arrow UK-avtalet och med 1,350 miljoner GBP, med tillämpning av punkterna 2.1 och 3 i andra tillägget till detta avtal.

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

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

36 Vidare ska det preciseras att Lundbeck den 6 februari 2002 utverkade det beslut som avses i punkt 1.2 i Arrow UK-avtalet (nedan kallat förlikningsbeslutet angående Arrow).

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

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

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

— Det första, tredje och femte till nionde skälen i dess ingress, motsvarar väsentligen första, fjärde och sjätte till åttonde skälen i Arrow UK-ingressen. Det preciseras att det i nionde skälet i den danska Arrow-ingressen hänvisas till förlikningsbeslutet angående Arrow.

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

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

— I punkt 2.2 i avtalet fastställs att för det fall det i målet om patentintrång mot Arrow genom en lagakraftvunnen dom konstaterats att Arrow Group inte gjort sig skyldigt till patentintrång gentemot Lundbeck, ska det belopp som anges i punkt 2.1 i detta avtal utgöra den fulla ersättning som Arrow Group ska kunna erhålla av Lundbeck för de förluster som bolaget lidit med anledning av de skyldigheter som följer av punkt 1.1 i det danska Arrow-avtalet.

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

C – *Avtalet med Alpharma*

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

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

42 Angående ingressen till Alpharma-avtalet ska följande anföras:

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

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

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

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

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

— I åttonde skälet anges det att Alpharma erkänner att Lundbecks konstateranden är korrekta och förbinder sig att inte släppa ut ”sådana produkter” på marknaden.

— I nionde och tionde skälen preciseras följande:

  — ”Lundbeck ska kompensera Alpharma för att en patenttvist ska kunna undvikas” vars utgång inte kan förutses med exakt säkerhet och som skulle vara kostsam och tidskrävande.

— ”Lundbeck ska, för att tvisten ska kunna lösas, köpa hela Alpharmas lager med produkter som innehåller Citalopram och betala ersättning till Alpharma för dessa produkter”.

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

— I punkt 1.1 stadgas det att Alpharma och dess dotterbolag ”ska avsluta, upphöra med och avstå från all import, … tillverkning … och försäljning av farmaceutiska produkter som innehåller Citalopram på territoriet … under den [relevanta perioden]” och att Lundbeck ska återkalla talan om patentintrång mot Alpharma.

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

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

— I punkt 1.3 preciseras det att som kompensation för de skyldigheter som föreskrivs i detta avtal och för att undvika kostnader och att tvisten blir långvarig, ska Lundbeck betala ett belopp på 12 miljoner USD till Alpharma, varav 11 miljoner för Alpharmas produkter som innehåller ”Citalopram” i tre poster om 4 miljoner USD vardera som ska erläggas den 31 mars 2002, den 31 december 2002 och den 30 juni 2003.

— I punkt 2.2 fastställs det att Alpharma senast den 31 mars 2002, till Lundbeck ska leverera hela det varulager med ”Citalopram” som bolaget förfogar över denna dag, det vill säga de 9,4 miljoner tabletter som redan fanns i bolagets besittning vid ingåendet av Alpharma-avtalet och de 16 miljoner tabletter som Alpharma hade beställt.

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

45 Dessutom ska det preciseras att en domstol i Förenade kungariket den 2 maj 2002 meddelade ett förlikningsbeslut i vilket det angavs att förfarandet i målet om patentintrång mot Alpharma förklarades vilande med anledning av att det ingåtts ett avtal mellan Lundbeck och Alpharma, enligt vilket det sistnämnda företaget och dess dotterbolag ”sk[ulle] avsluta, upphöra med eller avstå från all import, … tillverkning … och försäljning i [medlemsstaterna], Norge och Schweiz (de relevanta territorierna), av farmaceutiska produkter som innehåller citalopram tillverkat med användning av de metoder som krävs enligt [de patent för kristallisering och tunnfilmsdestillation som beviljats av myndigheterna i Förenade kungariket] eller enligt varje annat likvärdigt patent som erhållits eller det ansökts om på de relevanta territorierna till och med den 30 juni 2002” (nedan kallat förlikningsbeslutet angående Alpharma).

D – *Avtalet med Ranbaxy*

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

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

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

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

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

48 Det anges bland annat följande i Ranbaxy-avtalet:

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

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

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

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

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

IV – *Kommissionens agerande i den farmaceutiska sektorn och det administrativa förfarandet*

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

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

51 Under åren 2003–2006 genomförde kommissionen inspektioner i den mening som avses i artikel 20.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1) hos Lundbeck och andra företag som var verksamma i den farmaceutiska sektorn. Kommissionen översände även en begäran om upplysningar i den mening som avses i artikel 18.2 i förordningen till Lundbeck och ett annat företag.

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

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

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

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

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

57 Under de förhör som hölls den 14 och den 15 mars 2013 hördes samtliga företag till vilka meddelandet om invändningar var riktat som hade ansökt om att bli hörda.

58 Den 12 april 2013 översände kommissionen en redogörelse för de faktiska omständigheterna till de företag som var mottagare av meddelandet om invändningar.

59 Förhörsombudet lade fram sin slutrapport den 17 juni 2013.

60 Den 19 juni 2013 antog kommissionen beslut C (2013) 3803 slutlig om ett förfarande enligt artikel 101 [FEUF] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende AT/39226 – Lundbeck) (nedan kallat det angripna beslutet).

V – *Det angripna beslutet*

61 I det angripna beslutet fann kommissionen att de omtvistade avtalen utgjorde konkurrensbegränsningar ”genom syfte” i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF och artikel 53.1 i EES-avtalet (artikel 1.1 i det angripna beslutet).

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

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

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

— Lundbeck överförde betydande värden till förmån för Merck (GUK) i enlighet med dessa avtal.

— Denna värdeöverföring var förbunden med att Merck (GUK) godtog begränsningar av marknadsinträdet som nämnda avtal innehöll, särskilt med dess åtagande att inte sälja Natcos citalopram eller något annat generiskt citalopram i Förenade kungariket och EES under dessa avtals relevanta giltighetstid.

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

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

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

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

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

— Vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks var Lundbeck och Arrow åtminstone potentiella konkurrenter i Förenade kungariket och Danmark.

— Lundbeck genomförde en betydande värdeöverföring till förmån för Arrow i enlighet med dessa avtal.

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

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

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

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

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

— Vid tidpunkten för detta avtals ingående var Lundbeck och Alpharma åtminstone potentiella konkurrenter i flera EES-länder.

— Lundbeck genomförde en betydande värdeöverföring till förmån för Alpharma i enlighet med avtalet.

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

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

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

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

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

— Vid tidpunkten för detta avtals ingående var Lundbeck och Ranbaxy åtminstone potentiella konkurrenter inom EES.

— Lundbeck genomförde en betydande värdeöverföring till förmån för Ranbaxy i enlighet med detta avtal.

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

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

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

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

68 Kommissionen påförde också samtliga parter i de omtvistade avtalen böter. För detta ändamål använde den riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer). Avseende Lundbeck, följde kommissionen den allmänna metod som beskrivs i 2006 års riktlinjer, som bygger på värdet av den försäljning av den berörda produkten som varje deltagare i en kartell åstadkommit (skälen 1316–1358 i det angripna beslutet). När det däremot gäller de övriga parterna i de omtvistade avtalen, det vill säga de generiska företagen, använde sig kommissionen av den möjlighet som erbjuds i punkt 37 i riktlinjerna att avvika från denna metod med hänsyn till de särskilda omständigheter i ärendet som rörde dessa parter (skäl 1359 i det angripna beslutet).

69 När det således handlar om andra parter än Lundbeck i de omtvistade avtalen, ansåg kommissionen att det fanns anledning att, i syfte att fastställa grundbeloppet för böterna och säkerställa att detta skulle ha en tillräckligt avskräckande verkan, beakta värdet på de belopp som Lundbeck hade överfört till

dem i enlighet med avtalen och detta utan att göra någon distinktion mellan överträdelserna utifrån deras karaktär eller geografiska räckvidd eller med utgångspunkt i de berörda företagens marknadsandelar. Dessa faktorer hade kommissionen nämligen tagit upp i det angripna beslutet enbart för att vara uttömmande (skäl 1361 i det angripna beslutet).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Förfarandet och parternas yrkanden

76 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 30 augusti 2013 har sökandena, Lundbeck och Lundbeck Ltd, väckt denna talan.

77 Genom beslut av ordföranden på tribunalens nionde avdelning av den 20 maj 2014 tilläts European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (nedan kallad EFPIA eller intervenienten) att intervenera i detta förfarande till stöd för sökandenas yrkanden.

78 Som en processledande åtgärd enligt artikel 64 i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991, anmodades huvudparterna att uttala sig skriftligen inom ramen för sina yttranden över EFPIA:s interventionsinlaga om de eventuella konsekvenserna för det aktuella målet av domen av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, REU, EU:C:2014:2204).

79 Huvudparterna ingav sina yttranden inom den fastställda fristen i inlagor som inkom till tribunalens kansli den 15 januari 2015.

80 Den skriftliga delen av förfarandet avslutades samma dag.

81 På referentens förslag beslutade tribunalen (nionde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och att, som en processledande åtgärd enligt artikel 89 i tribunalens rättegångsregler, ställa skriftliga frågor till parterna samt uppmanade dem att besvara dessa skriftligen.

82 Parterna besvarade frågorna inom den fastställda fristen i inlagor som inkom till tribunalens kansli den 30 oktober 2015.

83 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 26 november 2015.

84 Sökandena har yrkat att tribunalen ska

— vidta en åtgärd för bevisupptagning för att kommissionen ska förete de oavkortade versionerna av sin skriftväxling med KFST,

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— i andra hand, upphäva de bötesbelopp som ålagts med tillämpning av detta beslut,

— i vart fall, väsentligt sätta ned bötesbeloppet,

— i sista hand förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, och

— vidta alla åtgärder som tribunalen finner lämpliga.

85 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan,

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna, med undantag för intervenientens rättegångskostnad, och

— besluta att intervenienten ska bära sina rättegångskostnader.

86 Intervenienten har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet i den del det berör sökandena, och

— förplikta kommissionen att ersätta intervenientens rättegångskostnad.

87 Vad angår sökandenas yrkande att tribunalen ska vidta en åtgärd för bevisupptagning så att kommissionen företer de oavkortade versionerna av sin skriftväxling med KFST, ska det framhållas att efter det att dessa handlingar spontant delgetts inom ramen för denna talan bekräftade sökandena vid förhandlingen att de inte önskade vidhålla detta yrkande.

Rättslig bedömning

88 Sökandena har anfört tio grunder till stöd för sin talan. Det är lämpligt att pröva dem i den ordning som sökandena har lagt fram dem.

I – *Den första grunden: Flera fall av felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning såvitt det i det angripna beslutet anses att de generiska företagen och Lundbeck åtminstone var potentiella konkurrenter vid tidpunkten för de omtvistade avtalens ingående.*

89 Sökandena har gjort gällande att relevant rättspraxis tolkas felaktigt i det angripna beslutet i samband med fastställandet av huruvida ett avtal begränsar den potentiella konkurrens som förutsätter att det finns verkliga och konkreta möjligheter att komma in på marknaden utan avtalet och de anser att kommissionen härvidlag har missbedömt de väsentliga faktiska omständigheterna.

90 Innan sökandenas argument prövas ska det kortfattat erinras om relevant rättspraxis samt om kommissionens uppfattning i det angripna beslutet angående den potentiella konkurrensen mellan Lundbeck och de generiska företagen.

A – *Analysen av den potentiella konkurrensen i det angripna beslutet*

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

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

93 Den nära förestående utgången av ett patent för en aktiv farmaceutisk substans ger således upphov till en dynamisk konkurrensprocess, under vilken de olika företag som tillverkar generiska läkemedel tävlar om att först komma in på marknaden. Det företag som först lyckas träda in på marknaden kan nämligen göra betydande vinster innan konkurrensen intensifieras och priserna faller brant. Det är

därför som dessa företag är beredda att göra avsevärda investeringar och ta stora risker för att bli först med sitt inträde på den berörda produktmarknaden så snart patentet för den aktiva farmaceutiska substansen går ut.

94 Under dessa båda faser med potentiell konkurrens ställs de företag som tillverkar generiska läkemedel eller som planerar att sälja sådana inför patenträttsliga och immaterialrättsliga frågor. I allmänhet finner de dock ett sätt att undvika alla intrång i befintliga patent, såsom metodpatent. De förfogar nämligen över flera valmöjligheter härvidlag, som möjligheten att väcka talan om negativ fastställelse avseende intrång eller att undanröja hindren genom att informera originalproducenten om sin avsikt att träda in på marknaden. De kan även lansera sina ”riskprodukter” och försvara sig mot potentiella påståenden om patentintrång eller framställa ett genkäromål i syfte att ifrågasätta de patents giltighet som åberopats till stöd för en talan om patentintrång. Slutligen kan de också samarbeta med sin leverantör av den aktiva farmaceutiska substansen för att ändra tillverkningsmetoden eller minska riskerna för patentintrång eller vända sig till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen i syfte att undvika denna risk.

95 I skälen 621–623 i det angripna beslutet erinrade kommissionen om att Lundbecks ursprungspatent, i det aktuella fallet, hade löpt ut i januari 2002 i de flesta EES-länderna. Detta hade gett upphov till dynamisk konkurrens och flera företag som tillverkade eller sålde läkemedel hade vidtagit åtgärder för att bli först med att komma in på marknaden. Lundbeck uppfattade att det fanns ett sådant hot från och med december 1999, när företaget skrev i sin strategiska plan för år 2000 att ”fram till år 2002 [var] det ganska troligt att generika [skulle komma] att ha lagt beslag på en väsentlig del av marknaden för försäljning av Cipramil”. I december 2001 skrev Lundbeck likaledes i sin strategiska plan för år 2002 att företaget förväntade sig att marknaden i Förenade kungariket skulle drabbas särskilt hårt av konkurrensen från generika. Mot bakgrund av dessa uppgifter drog kommissionen slutsatsen att de generiska företagen utövade konkurrenstryck på Lundbeck vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

96 I skälen 624–633 i det angripna beslutet tog kommissionen sedan upp det faktum att patent bestreds var ett uttryck för den potentiella konkurrensen i den farmaceutiska sektorn. Kommissionen erinrade härvidlag om att de företag som ville sälja generiska läkemedel i EES, inte var skyldiga att visa att deras produkter inte gjorde intrång i något patent för att kunna erhålla ett godkännande för försäljning eller för att börja saluföra dessa. Det ankommer på originalproducenten att visa att produkterna, åtminstone vid en första anblick, gör intrång i ett av hans patent för att en domstol ska kunna förelägga det berörda företaget förbud mot att fortsätta att sälja sina produkter på marknaden. I det aktuella fallet, ansåg kommissionen emellertid på grundval av de bedömningar som parterna i de omtvistade avtalen hade gjort i fråga om kristalliseringspatentet, vilket Lundbeck väsentligen grundade sig på i syfte att blockera inträdet för generika på marknaden i Förenade kungariket, att det förelåg upp till 60 procents sannolikhet för att det skulle ogiltigförklaras av en domstol och att det betraktades av de generiska företagen som föga innovativt. Under dessa förhållanden fann kommissionen att det faktum att de generiska företagens marknadsinträde var ”riskfyllt” och att de eventuellt skulle behöva konfronteras med talan om patentintrång från Lundbecks sida var ett uttryck för potentiell konkurrens. Följaktligen drog kommissionen slutsatsen att Lundbecks metodpatent inte skulle göra det möjligt att blockera alla de möjligheter som stod till buds för de generiska företagen att träda in på marknaden.

97 I skäl 635 i det angripna beslutet fastställde kommissionen åtta möjliga vägar för tillträde till marknaden i det aktuella fallet, nämligen följande:

— för det första, att lansera riskprodukten och eventuellt konfronteras med att Lundbeck ska väcka talan om patentintrång,

— för det andra, att anstränga sig i syfte att ”undanröja hindren” tillsammans med originalproducenten, före marknadsinträdet, särskilt i Förenade kungariket,

— för det tredje, att väcka talan om negativ fastställelse avseende intrång vid en nationell domstol före marknadsinträdet,

— för det fjärde, att göra gällande att ett patent är ogiltigt vid en nationell domstol, inom ramen för ett genkäromål till följd av en talan om patentintrång som väckts av originalproducenten,

— för det femte, att bestrida ett patent vid behöriga nationella myndigheter eller vid EPO och begära att patentet ska återkallas eller begränsas,

— för det sjätte, att samarbeta med den aktuella tillverkaren av den aktiva farmaceutiska substansen eller med sin leverantör – i Merck (GUK):s fall, Schweizerhall Pharma International GmbH (nedan kallat Schweizerhall) – i syfte att ändra tillverkningen av den aktiva farmaceutiska substansen så att risken för intrång i originalproducentens metodpatent minskas eller elimineras,

— för det sjunde, att vända sig till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen inom ramen för ett redan existerande leveransavtal, och

— för det åttonde, att vända sig till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen utanför ett redan befintlig leveransavtal, antingen därför att det var tillåtet enligt nämnda avtal, eller därför att ett exklusivt leveransavtal potentiellt skulle kunna ogiltigförklaras om det fastställdes att den aktiva farmaceutiska substansen gjorde intrång i Lundbecks metodpatent.

B – *Principer och rättspraxis som ska tillämpas*

1. 1. Begreppet potentiell konkurrens

98 Tribunalen erinrar inledningsvis om att artikel 101.1 FEUF med hänsyn till villkoren i denna artikel beträffande inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och inverkan på konkurrensen, endast är tillämplig på sektorer som är öppna för konkurrens (se dom av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, T-360/09, REU, EU:T:2012:332, punkt 84 och där angiven rättspraxis).

99 Enligt rättspraxis ska bedömningen av konkurrensvillkoren på en given marknad inte bara baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den aktuella marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen, för att fastställa om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden, eller om en ny konkurrent kan träda in på den relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (dom av den 15 september 1998, European Night Services m.fl./kommissionen, T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, REG, EU:T:1998:198, punkt 137, dom av den 14 april 2011, Visa Europe och Visa International Service/kommissionen, T-461/07, REU, EU:T:2011:181, punkt 68, och dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkt 85).

100 För att undersöka om ett företag utgör en potentiell konkurrent på en marknad, ska kommissionen pröva huruvida företaget skulle ha haft faktiska och konkreta möjligheter att träda in på nämnda marknad och konkurrera med där etablerade företag om det aktuella avtalet inte hade tillämpats. Sådan bevisning får inte enbart vila på ett antagande utan måste ha stöd i de faktiska omständigheterna eller en analys av den relevanta marknadens struktur. Således kan ett företag inte kvalificeras som en potentiell konkurrent om inte dess marknadsinträde åtföljs av en hållbar ekonomisk strategi (se dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkt 86 och där angiven rättspraxis).

101 Härav följer med nödvändighet att även om ett företags avsikt att träda in på en marknad eventuellt är av betydelse för prövningen av huruvida företaget kan betraktas som en potentiell konkurrent på denna marknad, är den grundläggande omständighet som en sådan kvalificering ska grundas på likväl dess förmåga att träda in på denna marknad (se dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkt 87 och där angiven rättspraxis).

102 Det ska erinras om att en begränsning av den potentiella konkurrensen, som enbart kan bestå av ett företag som finns utanför marknaden, inte kan villkoras av att det visas att detta företag inom kort avser att träda in på denna marknad. Detta företag kan nämligen genom sin blotta existens ge upphov till ett konkurrenstryck på de företag som då finns på denna marknad, ett tryck som består i risken för att en ny konkurrent träder in på marknaden om denna utvecklas i en positiv riktning (dom Visa Europe och Visa International Service/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2011:181, punkt 169).

103 Vidare har det även preciserats i rättspraxis att själva den omständigheten att ett företag som redan fanns på marknaden försökt ingå avtal eller upprätta mekanismer för utbyte av information med andra företag som inte var närvarande på denna marknad utgjorde ett starkt indicium på att marknaden inte var omöjlig att ta sig in på (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2011, Hitachi m.fl./kommissionen, T-112/07, REU, EU:T:2011:342, punkt 226, och dom av den 21 maj 2014, Toshiba/kommissionen, T-519/09, EU:T:2014:263, punkt 231).

104 Det följer av denna rättspraxis att kommissionen när den ska bedöma huruvida andra företag är potentiella konkurrenter kan grunda sig på sitt intryck av det företag som redan är närvarande på marknaden. Det kvarstår dock att en rent teoretisk möjlighet att träda in på marknaden inte i sig är tillräcklig för att visa att det föreligger potentiell konkurrens. Kommissionen måste således visa med stöd av faktiska omständigheter eller av en analys av den relevanta marknadens struktur att marknadstillträdet hade kunnat genomföras tillräckligt snabbt för att hotet om ett potentiellt tillträde till marknaden skulle ha kunnat påverka marknadsdeltagarnas beteenden och inneburit ekonomiskt godtagbara kostnader (se, för ett liknande resonemang, dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkterna 106 och 114).

2. 2. Bevisbördan

105 Det framgår av rättspraxis, precis som av artikel 2 i förordning nr 1/2003, att det ankommer på den part eller den myndighet som påstår att det skett en överträdelse av konkurrensreglerna att förete bevisning om de överträdelser som den har konstaterat och anföra den bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse (se dom av den 12 april 2013, CISAC/kommissionen, T-442/08, REU, EU:T:2013:188, punkt 91 och där angiven rättspraxis).

106 I detta sammanhang ska domstolen om den anser att det föreligger tvivel döma till fördel för det företag till vilket beslutet om fastställande av överträdelsen riktats. Domstolen kan således inte fastställa att kommissionen har styrkt att den aktuella överträdelsen förelegat om denna fråga enligt domstolen fortfarande är föremål för tvivel, särskilt i samband med en talan om ogiltigförklaring av ett beslut om påförande av böter (se dom CISAC/kommissionen, punkt 105 ovan, EU:T:2013:188, punkt 92 och där angiven rättspraxis).

107 Det är nämligen nödvändigt att beakta oskuldspresumtionen, såsom den följer av artikel 48 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Med hänsyn till de ifrågavarande överträdelsernas art och hur stränga påföljder som kan bli följden av dem, ska oskuldpresumtionen bland annat tillämpas i förfaranden rörande åsidosättanden av konkurrensreglerna som gäller företag och som kan leda till ålägganden av böter eller viten (se, för ett liknande resonemang, dom CISAC/kommissionen, punkt 105 ovan, EU:T:2013:188, punkt 93 och där angiven rättspraxis).

108 Vidare ska beaktas den icke försumbara skadan på en fysisk eller juridisk persons anseende som fastställandet av att personen deltagit i en överträdelse av konkurrensrättens regler är förenat med (se dom CISAC/kommissionen, punkt 105 ovan, EU:T:2013:188, punkt 95 och där angiven rättspraxis).

109 Det är alltså nödvändigt att kommissionen förebringar exakt och samstämmig bevisning för att styrka en överträdelse och till stöd för att den påstådda överträdelsen har en konkurrensbegränsande verkan i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF (se dom CISAC/kommissionen, punkt 105 ovan, EU:T:2013:188, punkt 96 och där angiven rättspraxis).

110 Det ska emellertid framhållas att varje del av den bevisning som kommissionen har åberopat inte nödvändigtvis måste motsvara dessa kriterier med avseende på varje del av överträdelsen. Det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla indicier som institutionen har åberopat motsvarar detta krav (se dom CISAC/kommissionen, punkt 105 ovan, EU:T:2013:188, punkt 97 och där angiven rättspraxis).

111 Slutligen ska det påpekas att när kommissionen visar att ett företag har deltagit i en konkurrensbegränsande åtgärd ankommer det på detta företag att inte bara genom handlingar som inte lämnats ut, utan även med alla medel som står till dess förfogande, ge en annan förklaring till sitt beteende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, REG, EU:C:2004:6, punkterna 79 och 132).

112 När kommissionen förfogar över skriftliga bevis för ett konkurrensbegränsande förfarande, kan de berörda företagen dock inte inskränka sig till att göra gällande omständigheter som gör att de sakförhållanden som kommissionen styrkt framstår i en annan dager och som möjliggör en annan förklaring till sakförhållandena än den som kommissionen lämnat. När det finns skriftlig bevisning ankommer det nämligen på de nämnda företagen att inte endast ge en annan påstådd förklaring till de faktiska omständigheter som kommissionen konstaterat, utan även att bestrida förekomsten av dessa omständigheter som fastställts mot bakgrund av de handlingar som kommissionen företett (se, för ett liknande resonemang, dom CISAC/kommissionen, punkt 105 ovan, EU:T:2013:188, punkterna 99 och där angiven rättspraxis).

3. 3. Räckvidden av tribunalens prövning

113 Tribunalen erinrar om att artikel 263 FEUF innebär att unionsdomstolen ska pröva sökandenas argument rörande det angripna beslutet med avseende på både rättsliga och faktiska omständigheter samt att den är behörig att pröva bevisningen och att ogiltigförklara nämnda beslut. Även om kommissionen, på de områden som kräver komplicerade ekonomiska bedömningar, har ett utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor, innebär emellertid inte detta att unionsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Unionsdomstolen ska emellertid inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2014, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen, C-295/12 P, REU, EU:C:2014:2062, Punkterna 53 och 54 och där angiven rättspraxis).

114 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som sökandenas argument ska prövas enligt vilka det inte fanns någon potentiell konkurrens mellan dem och de generiska företagen vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

C – Den första delgrunden: Lanseringen av läkemedel som gör intrång i tredje parts patenträttigheter är inte ett uttryck för potentiell konkurrens enligt artikel 101 FEUF

115 Sökandena har hävdat att det angripna beslutet har tillkommit genom felaktig rättstillämpning såvitt det anges i beslutet att en läkemedelslansering som gör intrång i tredje parts patenträttigheter är ett uttryck för potentiell konkurrens enligt artikel 101 FEUF. Det faktum att förekomsten av potentiell konkurrens grundades på hypotesen att generiska läkemedel lanseras på marknaden, med risk för att behöva konfronteras med en talan om patentintrång på grundval av dessa patent, är oförenligt med det skydd som patenten och de exklusiva rättigheter som följer av dessa tillerkänns. Artikel 101 FEUF skyddar enbart den lagliga konkurrensen och denna kan inte existera när en ensamrätt som ett patent rättsligt eller faktiskt hindrar marknadsinträdet.

116 Kommissionen har bestritt dessa argument.

117 Det ska erinras om att det specifika syftet med industriell äganderätt är att, för att kompensera uppfinnarens kreativa ansträngning, tillförsäkra innehavaren ensamrätt att använda en uppfinning och att först saluföra industriella produkter, antingen direkt eller genom att upplåta licenser åt tredje part, och rätten att väcka talan mot varje intrång (dom av den 31 oktober 1974, Centrafarm och de Peijper, 15/74, REG, EU:C:1974:115, punkt 9).

118 Rättspraxis utesluter emellertid inte alls att artikel 101.1 FEUF tillämpas på uppgörelser i godo som kan ingås avseende patent. Det föreskrivs tvärtom i rättspraxis att även om förekomsten av rättigheter som lagstiftningen i en medlemsstat erkänner på området för industriell äganderätt inte påverkas av artikel 101.1 FEUF, kan villkoren för deras utövande emellertid hänföras till de förbud som anges i nämnda artikel. Så kan vara fallet varje gång utövandet av en sådan rättighet visar sig vara syftet med, medlet för eller konsekvensen av en kartell (se, för ett liknande resonemang, dom Centrafarm och de Peijper, punkt 117 ovan, EU:C:1974:114, punkterna 39 och 40).

119 Likaledes ankommer det enligt rättspraxis inte på kommissionen att fastställa ett patents räckvidd, men den kan ändå inte avstå från varje initiativ när räckvidden av ett patent är relevant för bedömningen av ett åsidosättande av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF (dom av den 25 februari 1986, Windsurfing International/kommissionen, 193/83, REG, nedan kallad domen Windsurfing, EU:C:1986:75, punkt 26). Domstolen har även förtydligat att det specifika syftet med ett patent inte kan tolkas så, att det garanterar skydd även mot en talan som syftar till att bestrida ett patents giltighet, med beaktande av att det är av allmänt intresse att undanröja alla hinder mot ekonomisk verksamhet som kan bli följden av ett felaktigt beviljat patent (domen Windsurfing, ovan, EU:C:1986:75, punkt 92).

120 I det aktuella fallet bygger emellertid sökandenas argument på den felaktiga premissen att de generiska företagen dels otvivelaktigt begick intrång i deras patent, dels att dessa patent med säkerhet skulle ha stått emot invändningarna om ogiltighet vilka de generiska företagen skulle ha framställt inom ramen för en eventuell talan om patentintrång.

121 Även om patenten visserligen presumeras vara giltiga till dess att de återkallas eller förklaras ogiltiga av en myndighet eller en domstol som är behörig därtill, kan en sådan giltighetspresumtion inte vara likvärdig med en presumtion om rättsstridighet hos de generiska produkter, som med giltig verkan saluförs på marknaden, vilka patentinnehavarna anser utgör patentintrång.

122 Såsom kommissionen mycket riktigt har gjort gällande och utan att det har ifrågasatts av sökandena i det aktuella fallet, ankom det på dem att vid de nationella domstolarna visa, för det fall generika inträdde på marknaden, att dessa gjorde intrång i det ena eller det andra av deras metodpatent, då ett riskabelt inträde inte är rättsstridigt i sig. Vidare hade det varit möjligt för de generiska företagen, i samband med en talan om patentintrång som Lundbeck väckt mot dessa företag, att via ett genkäromål om ogiltighet bestrida giltigheten av det patent som Lundbeck gjorde gällande. Sådana genkäromål är nämligen ofta förekommande på patentområdet och utmynnar i många fall i en

ogiltigförklaring av det metodpatent som innehavaren av patentet gör gällande (se skälen 75 och 76 i det angripna beslutet). Såsom framgår av de bevis som läggs fram i skälen 157 och 745 i det angripna beslutet, uppskattade Lundbeck självt denna sannolikhet till 50–60 procent, vad kristalliseringspatentet angick.

123 Dessutom framgår det klart av det angripna beslutet att kommissionen för att fastställa att det förelåg potentiell konkurrens i det aktuella fallet, baserade sig på den rättspraxis som följer av domen European Night Services m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan (EU:T:1998:198), och domen Visa Europe och Visa International Service/kommissionen, punkt 99 ovan (EU:T:2011:181), enligt vilken det ska prövas om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden eller om en ny konkurrent kan träda in på den relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (skälen 610 och 611 i det angripna beslutet).

124 Härvidlag ska det, mot bakgrund av de omständigheter som det erinrats om ovan i punkt 122, konstateras att kommissionen inte begick något fel när den bedömde att Lundbecks metodpatent inte med nödvändighet utgjorde oöverstigliga hinder för de generiska företagen (se, för ett liknande resonemang, dom Toshiba/kommissionen, punkt 103 ovan, EU:T:2014:263, punkt 230), som önskade och var beredda att träda in på marknaden för citalopram och som redan hade gjort avsevärda investeringar för detta ändamål vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

125 Visserligen är det möjligt att sökandena i vissa fall hade kunnat vinna målen vid de behöriga domstolarna mot de generiska företagen och kunnat uppnå förbudsförelägganden eller erhållit skadestånd. Det framgår emellertid av de bevis som redovisas i det angripna beslutet vad angår vart och ett av de generiska företagen att en sådan möjlighet, vid den tiden, inte av dem uppfattades som ett tillräckligt trovärdigt hot. Merck (GUK) hade således till exempel bedömt efter publiceringen av Lundbecks kristalliseringspatent att Natcos citalopram ”inte var omtvistat”, att ”ingen av de publicerade patentansökningarna … innebar något problem” och att det mot bakgrund av experternas uttalanden inte fanns ”några som helst problem i samband med patent” (skälen 237, 248 och 334 i det angripna beslutet).

126 Vidare var det inte alls säkert att sökandena verkligen skulle ha väckt talan i domstol för det fall generika kom ut på marknaden. Det anges visserligen i det angripna beslutet att sökandena hade utarbetat en generell strategi som bestod i att uttala hot om talan om patentintrång eller att väcka sådan talan på grundval av sina metodpatent. Inte desto mindre berodde varje beslut att väcka talan i domstol ur sökandenas synpunkt på sannolikheten för att en talan skulle vinna framgång och att en saluförd generisk produkt skulle betraktas som intrång i ett av deras patent. De visste emellertid mycket väl att ”tillverkare av generika hade kunnat tillverka citalopram med tillämpning av den metod som beskrivs i [deras] ursprungspatent som skyddar den aktiva farmaceutiska substansen … eller att de hade kunnat investera i utvecklandet av en helt ny metod” (skäl 150 i det angripna beslutet). Vidare visste Lundbeck, för det fall bolaget skulle ställas inför eventuella genkäromål, att kristalliseringspatentet ”inte var det mest solida av patent” och att det av vissa av dess konkurrenter betraktades som ”högstadiekemi” (skäl 149 i det angripna beslutet).

127 Det ska slutligen uppmärksammas att Lundbecks ursprungpatent i det aktuella fallet redan hade löpt ut vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks och att kristalliseringspatentet ännu inte hade slutgiltigt beviljats i Förenade kungariket, i den mening som avses i artikel 25 i UK Patents Act 1977 (1977 års brittiska patentlag), vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket och Arrow UK-avtalet ingicks. Att interimistiska åtgärder till förmån för Lundbeck skulle ha beviljats i Förenade kungariket mot Merck (GUK) och Arrow hade således varit, om inte omöjligt så åtminstone föga troligt, för det fall dessa företag skull träda in på marknaden i Förenade kungariket före tidpunkten för beviljandet av detta patent. Följaktligen är det föga troligt att Lundbeck skulle ha kunnat uppnå att förbudsförelägganden riktades mot samtliga generiska företag, även om Lundbeck systematiskt hade väckt talan mot dem. Jodpatentet beviljades inte heller förrän den 26 mars 2003.

128 Det ska följaktligen slås fast, i likhet med vad kommissionen gjorde i skäl 635 i det angripna beslutet, att det rent allmänt fanns flera vägar som innebar konkreta och realistiska möjligheter för de generiska företagen att träda in på marknaden vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (punkt 97 ovan). Bland dessa fanns bland annat lanseringen av en ”generisk riskprodukt” vilken skulle kunna leda till konfrontation med Lundbeck inom ramen för eventuella tvister.

129 Denna möjlighet är faktiskt ett uttryck för potentiell konkurrens, i en situation som den i det aktuella fallet, där Lundbecks ursprungspatent som både avsåg den aktiva farmaceutiska substansen citalopram och tillverkningsmetoderna cyanering och alkylering, hade löpt ut och där det existerade andra metoder som gjorde det möjligt att tillverka generiskt citalopram i fråga om vilka det inte var styrkt att de gjorde intrång i andra av Lundbecks patent, vilket sökandena själva medgav i sina svar på meddelandet om invändningar. De åtgärder som vidtogs och de investeringar som gjordes av de generiska företagen i syfte att träda in på marknaden för citalopram innan de omtvistade avtalen ingicks, såsom de beskrivits av kommissionen för vart och ett av de generiska företagen i det angripna beslutet (se skälen 738-743 och 827-832 för Merck (GUK), skälen 877-883 och 965-969 för Arrow, skälen 1016-1018 för Alpharma samt skälen 1090-1102 för Ranbaxy) och vilkas själva existens inte har ifrågasatts av sökandena, visar att de var beredda att träda in på marknaden och att ta de risker som inträdet var förenat med.

130 Slutligen finns det även anledning att avfärda sökandenas argument enligt vilket de generiska företagens riskabla inträde var rättsstridigt och att det därför inte kunde betraktas som ett legitimt bedrivande av verklig eller potentiell konkurrens.

131 Rättspraxis kräver nämligen endast att det visas att de generiska företagen förfogade över verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden, vilket säkerligen var fallet när dessa hade gjort betydande investeringar i syfte att träda in på marknaden och de redan erhållit godkännanden för försäljning eller vidtagit nödvändiga åtgärder för att erhålla sådana inom rimlig tid. Det ska här erinras om att vissa av dem till och med lyckades med att träda in på marknaden på egen risk innan eller efter det att de omtvistade avtalen ingåtts. NM Pharma som var Merck (GUK):s distributör i Sverige, hade bedrivit ”mycket uppmuntrande” försäljning under nära fem månader på den svenska marknaden innan avtalet för EES ingicks, utan att störas av Lundbeck (skäl 837 i det angripna beslutet). Merck (GUK) hade också kunnat sälja tabletter med generiskt citalopram till ett värde av 3,3 miljoner GBP i Förenade kungariket i augusti 2003, innan företaget erhöll en andra mer lukrativ förlängning av GUK-avtalet för Förenade kungariket. Att godta sökandenas tes skulle vara detsamma som att medge att till och med ett faktiskt marknadsinträde inte är ett uttryck för potentiell konkurrens, enbart därför att de var övertygade om att inträdet var rättsstridigt och att de eventuellt skulle ha kunnat försöka motsätta sig det genom att åberopa sina metodpatent inom ramen för en talan om patentintrång. Av ovan i punkterna 120–122 angivna skäl kan dessa argument inte annat än underkännas.

132 Sökandena har således fel när de anser att kommissionen har åsidosatt giltighetspresumtionen rörande deras patent och därmed förbundna immateriella rättigheter, genom att i det aktuella fallet beteckna de generiska företagens ”riskabla” marknadsinträde som ett uttryck för potentiell konkurrens mellan Lundbeck och de sistnämnda.

133 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delgrunden.

D – *Den andra delgrunden: Kommissionen lade subjektiva bedömningar till grund för slutsatsen att de generiska företagen var verkliga eller potentiella konkurrenter till Lundbeck*

134 Sökandena anser att kommissionen misstog sig när den i det angripna beslutet grundade sig på parternas subjektiva bedömningar av ett patents giltighet och huruvida en produkt utgör intrång eller ej, när den skulle avgöra om parterna var potentiella konkurrenter.

135 Sökandena anser att det angripna beslutet inte styrker att de generiska företagens bedömning var att det fanns en realistisk chans att en domstol skulle ogiltigförklara Lundbecks patent eller fastställa att de inte blivit föremål för intrång. Enligt artikel 2 i förordning nr 1/2003 är det kommissionen som har bevisbördan för att det var möjligt att träda in på marknaden utan att begå någon överträdelse under de perioder som omfattas av de omtvistade avtalen. En sådan bedömning bygger dessutom på otillräcklig information som inte är utredd och därför inte kan användas för att visa att det rådde potentiell konkurrens mellan parterna i de omtvistade avtalen.

136 Vidare är det angripna beslutet felaktigt och kommissionen har inte beaktat de objektiva uppgifter som intygar de generiska företagens svårigheter att komma in på marknaden, exempelvis, vetenskapliga fakta som Lundbeck tillhandahållit vilka bevisar att det rör sig om patentintrång, en bekräftelse såväl från EPO:s överklagandenämnd, som från Octrooien ofwel patenten (den nederländska patentbyrån) av att kristalliseringspatentet var giltigt i alla relevanta avseenden och den omständigheten att Lundbeck hade uppnått interimistiska förbudsförelägganden eller andra interimistiska åtgärder i mer än 50 procent av de rättsliga förfaranden som företaget hade inlett under åren 2002–2003. Det angripna beslutet styrker således inte de generiska företagens förmåga att träda in på marknaden och ger inget svar på frågan huruvida Lundbecks patent var giltiga och hade blivit föremål för intrång vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, vilket är en objektiv fråga.

137 Kommissionen har bestritt dessa argument.

138 Inledningsvis kan kommissionens inställning, såsom den framgår av det angripna beslutet i dess helhet, vilken består i att främst beakta bevismaterial som hänför sig till tiden före ingåendet av de omtvistade avtalen eller är samtida med det bekräftas (se, analogt, dom av den 11 juli 2014, Esso m.fl./kommissionen, T-540/08, REU, EU:T:2014:630, punkt 75 och där angiven rättspraxis).

139 Dels kan inte kommissionen återskapa det förflutna genom att föreställa sig händelser som skulle ha ägt rum och händelser som just inte har ägt rum med anledning av dessa avtal. Dels har parterna i avtalen hädanefter stort intresse av att framföra argument som ska visa att de inte hade några realistiska förhoppningar om att träda in på marknaden eller att de trodde att deras produkter gjorde intrång i det ena eller det andra av Lundbecks patent. Det är inte desto mindre enbart på grundval av information som de förfogade över vid denna tid och deras uppfattning om marknaden vid den tiden som de beslutade att utforma en strategi för sitt agerande och att ingå de omtvistade avtalen.

140 Detta synsätt är för övrigt förenligt med lärdomarna från domen Windsurfing, punkt 119 ovan (EU:C:1986:75, punkt 26), i vilken domstolen ansåg att det inte ankom på kommissionen att fastställa ett patents räckvidd, men att den ändå inte kunde avstå från varje initiativ när räckvidden av ett patent var relevant för bedömningen av ett åsidosättande av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF.

141 Det var följaktligen utan att begå något fel som kommissionen grundade sig på objektiva handlingar som återgav den uppfattning som parterna i de omtvistade avtalen hade om styrkan hos Lundbecks metodpatent vid den tidpunkt då avtalen ingicks (se skäl 669 i det angripna beslutet), i syfte att analysera konkurrenssituationen parterna emellan. Det ska preciseras att senare bevismaterial också kan tas med i beräkningen såvitt det gör det möjligt att på ett bättre sätt fastställa deras ställning vid denna tid, bekräfta eller vederlägga deras teser härvidlag samt bättre förstå hur den relevanta marknaden fungerade. Dessa omständigheter kan dock inte vara avgörande vid prövningen av om det rådde potentiell konkurrens mellan parterna i de omtvistade avtalen.

142 Dessutom har sökandena felaktigt påstått att kommissionen grundade sig ”nästan uteslutande” på dessa bedömningar i det angripna beslutet för att fastställa att det fanns potentiell konkurrens mellan dem och de generiska företagen. Kommissionen företog nämligen en mycket noggrann prövning, i fråga om vart och ett av de berörda generiska företagen, av vilka verkliga och konkreta möjligheter de hade att träda in på marknaden. Den lade därvid objektiva omständigheter till grund för sin prövning, såsom redan genomförda investeringar, åtgärder som vidtagits för att erhålla godkännanden för försäljning

och leveransavtal ingångna med deras leverantörer av den aktiva farmaceutiska substansen. Dessa olika omständigheter har för övrigt uttryckligen bestritts av sökandena, angående varje generiskt företag, och de kommer att studeras i samband med den sjätte till nionde delgrunden nedan.

143 Likaledes är det förgäves som sökandena har hävdat att kommissionen inte i tillräcklig mån har beaktat det bevismaterial som de tillhandahållit, vilket visar att de generiska företagen har gjort sig skyldiga till intrång i deras patent och att kristalliseringspatentet var giltigt, vilket har bekräftats av EPO i alla väsentliga delar år 2009.

144 Andra uttalanden som var samtida med ingåendet av de omtvistade avtalen skulle kunna tyda på att de generiska företagen var tveksamma till huruvida deras produkt utgjorde patentintrång eller ej eller på att Lundbeck var övertygat om att företagets patent var giltiga. Dessa uttalanden är dock inte tillräckliga för att ifrågasätta slutsatsen att de generiska företagen sågs som ett potentiellt hot av Lundbeck och att de genom sin blotta existens kunde ge upphov till ett konkurrenstryck på de företag som fanns på denna marknad (se, för ett liknande resonemang, dom Visa Europe och Visa International Service/kommissionen, punkt 99 ovan, EU:T:2011:181, punkt 169). Det starkaste beviset härför är själva det faktum att Lundbeck hade ingått avtal med de generiska företagen i syfte att försena deras marknadsinträde (se, för ett liknande resonemang, dom Toshiba/kommissionen, punkt 103 ovan, EU:T:2014:263, punkt 231).

145 Den bevisning som åberopats av sökandena, vilken ligger senare i tiden än ingåendet av de omtvistade avtalen, kan inte vara avgörande för bedömningen av om det förelåg potentiell konkurrens vid den tidpunkt då avtalen ingicks. Även om det antogs att EPO hade bekräftat kristalliseringspatentet i alla relevanta avseenden år 2009 (se skäl 166 i det angripna beslutet), kvarstår inte desto mindre att de generiska företagen, i likhet med Lundbeck självt, vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, tvivlade på att detta patent var giltigt och att det inte var uteslutet att en nationell domstol skulle kunna ogiltigförklara det, vilket för övrigt till en början skedde vid EPO (skälen 151 och 166 i det angripna beslutet).

146 Såsom kommissionen dessutom med rätta har gjort gällande, hade vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks inte någon åtgärd vidtagits av Lundbeck, vare sig mot generiska företag som Merck (GUK) vilket använde Natcos citalopram, mot generiska företag som Arrow och Alpharma vilka använde Ciplas citalopram eller mot det generiska citalopram som framställts med den aktiva farmaceutiska substansen citalopram som råvara vilket hade tillverkats av det indiska bolaget Matrix (nedan kallat Matrix citalopram eller Matrix aktiva farmaceutiska substans), eller mot de generiska företag som använde generiskt citalopram som framställts med den aktiva farmaceutiska substansen citalopram som råvara vilken hade tillverkats av Ranbaxy (nedan kallat Ranbaxys citalopram eller Ranbaxys aktiva farmaceutiska substans). Dessutom hade inte någon domstol i EES konstaterat att det skett intrång i jod-, amid-, eller kristalliseringspatenten.

147 Sökandena har således fel när de anser att kommissionen väsentligen baserade sig på subjektiva bedömningar när den konstaterade att Lundbeck och de generiska företagen var potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

148 Följaktligen kan talan inte heller bifallas såvitt avser den andra delgrunden.

E – *Den tredje delgrunden: Bestridandet av ett giltigt patent innebär inte en verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden*

149 Sökandena har gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att bestridandet av att ett patent är giltigt innebär en verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden. De har särskilt bestritt den omständigheten att en talan om negativ fastställelse avseende

intrång, ett åberopande av att ett patent är ogiltigt eller ett bestridande av ett patent vid nationella instanser på patentområdet eller vid EPO kan vara en väg som leder till marknadsinträde för de generiska företagen, trots Lundbecks metodpatent.

150 Sökandena anser att kommissionen i det angripna beslutet har blandat ihop marknadsinträde med investeringar som möjliggör ett sådant inträde och alltför mycket tänjt på gränserna för potentiell konkurrens. Rättspraxis kräver att det fastställs att det finns verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden och att marknadsinträdet sker tillräcklig snabbt för att hotet om ett potentiellt inträde ska påverka marknadsaktörernas beteende. Fastställandet av att det finns verkliga och konkreta möjligheter att genomföra investeringar som, om de lyckas, skulle göra det möjligt att träda in på marknaden uppfyller emellertid inte detta kriterium.

151 Den giltighetspresumtion som är förbunden med patent gör att det inte går att betrakta möjligheten att bestrida detta patents giltighet som ett verkligt och konkret sätt att träda in på marknaden. Kommissionens inställning i detta hänseende strider mot domen av den 15 september 1998, European Night Services m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan (EU:T:1998:198, punkt 139).

152 Om det antogs att bestridanden av patent hade kunnat utgöra en verklig och konkret möjlighet för de generiska företagen att träda in på marknaden, skulle de ändå inte ha kunnat möjliggöra ett tillräckligt snabbt marknadsinträde. Bestridandet av ett patent tar enligt vad som sades i kommissionens undersökning av den farmaceutiska sektorn, i genomsnitt nära tre år i anspråk, vilket inte hade gjort det möjligt för de generiska företagen att träda in tillräckligt snabbt. Det angripna beslutet är vagt på denna punkt fastän de generiska företagen, om de inte kunde träda in på marknaden på ett lagenligt sätt under den tid då de omtvistade avtalen gällde, inte skulle ha kunnat ha någon som helst inverkan på konkurrensen.

153 Sökandena anser dessutom att om kommissionens tes godtogs borde det angripna beslutet åtminstone visa att de generiska företagen, utan de omtvistade avtalen, skulle ha väckt talan i domstol och troligen vunnit målen vid de nationella domstolarna eller att de åtminstone hade chans att lyckas för det fall patenten bestreds.

154 Slutligen har sökandena gjort gällande att kommissionens uppfattning bygger på oberättigade fördomar mot metodpatent till förmån för patent som avser molekyler.

155 Intervenienten har också hävdat att kommissionen har misstagit sig i det angripna beslutet när den betraktat Lundbeck och de generiska företagen som potentiella konkurrenter. Den slutsatsen innebär ett otillräckligt beaktande av giltighetspresumtionen avseende Lundbecks patent och den omständigheten att interimistiska åtgärder skulle ha utgjort ett oöverstigligt hinder för de generiska företagen om de hade försökt träda in på marknaden. Intervenienten har även invänt mot uppfattningen att bestridandet av patentens giltighet helt och hållet är en del av konkurrensen.

156 Kommissionen har bestritt dessa argument.

157 Det finns anledning att slå fast, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att kommissionen inte i det angripna beslutet ansåg, att enbart möjligheten att bestrida ett patents giltighet i domstol eller vid behöriga myndigheter var tillräcklig för att styrka att det finns potentiell konkurrens. För att styrka att det fanns potentiell konkurrens mellan de generiska företagen och Lundbeck i det aktuella fallet, tog nämligen kommissionen en mängd omständigheter i beaktande. Kommissionen beaktade investeringarna och de betydande ansträngningar som de generiska företagen redan hade gjort i syfte att förbereda sitt marknadsinträde, att de redan hade erhållit godkännanden för försäljning eller vidtagit nödvändiga åtgärder för att erhålla sådana inom en rimlig tid, att sökandena hade medgett att det fanns ett visst antal tillgängliga metoder för att tillverka citalopram utan att begå intrång i sökandenas patent, att ingen domstol hade konstaterat att de generiska produkterna utgjorde intrång vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks samt att det fanns en icke försumbar risk för att

vissa av Lundbecks metodpatent kunde förklaras ogiltiga. Dessutom hade ett generiskt företag, nämligen Merck (GUK), till och med lyckats träda in på marknaden innan eller under det att de omtvistade avtalen var i kraft. Den omständigheten, slutligen, att sökandena hade beslutat att betala stora summor till de generiska företagen för att hålla dem utanför marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid, visar att de sistnämnda var potentiella konkurrenter, eftersom sökandena uppfattade dem som ett hot och att de utövade konkurrenstryck mot deras ställning på marknaden (punkterna 103 och 144 ovan).

158 Inget av de av sökandena framförda argumenten föranleder tribunalen att göra någon annan bedömning.

159 När det först gäller de investeringar som de generiska företagen gjorde för att förbereda sitt marknadsinträde, räcker det att konstatera att kommissionen aldrig har ansett att sådana investeringar, i sig, är tillräckliga för att visa att det funnits potentiell konkurrens mellan dessa och sökandena. Kommissionen har tvärtom i detta hänseende grundat sig på en mängd relevanta omständigheter, i fråga om varje generiskt företag (se punkt 157 ovan). Sedan krävs det inte för att det ska röra sig om potentiell konkurrens, vilket kommissionen helt riktigt har hävdat, att det visas att de generiska företagen med säkerhet skulle ha trätt in på marknaden och att detta inträde helt säkert skulle ha krönts med framgång utan endast att de förfogade över verkliga och konkreta möjligheter härtill. Att hävda motsatsen skulle vara detsamma som att förneka att det är någon skillnad mellan verklig och potentiell konkurrens.

160 Det preciseras visserligen i rättspraxis att den rent teoretiska möjligheten att träda in på marknaden inte, i sig, är tillräcklig för att visa att det föreligger potentiell konkurrens. Kommissionen måste således med stöd av faktiska omständigheter eller en analys av den relevanta marknadens struktur visa att marknadstillträdet hade kunnat genomföras tillräckligt snabbt för att hotet om ett potentiellt inträde på marknaden skulle ha kunnat påverka marknadsdeltagarnas beteenden och medfört ekonomiskt godtagbara kostnader (punkt 104 ovan).

161 Det visar sig emellertid inte att kommissionen har misstolkat denna rättspraxis i det aktuella fallet, eftersom den analys av den farmaceutiska sektorn som kommissionen utfört i det angripna beslutet, samt varje generiskt företags särskilda situation vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (punkt 129 ovan), styrker att dessas inträde på marknaden för citalopram inte enbart var en teoretisk möjlighet utan att de verkligen hade verkliga och konkreta möjligheter härtill, såsom framgår av prövningen av den sjätte till den nionde delgrunden nedan. Det skulle för övrigt vara förvånande om ett erfaret företag som Lundbeck hade godtagit att erlägga flera miljoner euro till de generiska företagen i utbyte mot deras åtagande att inte träda in på marknaden under en viss tid, om deras möjlighet att träda in på marknaden hade varit rent teoretisk.

162 Därefter utgör den av sökandena åberopade domen European Night Services m.fl./kommissionen, punkt 99 ovan (EU:T:1998:198, punkt 139), som sökandena har åberopat inte hinder mot kommissionens inställning i det aktuella fallet. Även om tribunalen i den domen nämnde att det fanns ensamrättigheter som rättsligt eller faktiskt hindrade tillhandahållandet av internationell passagerarbefordran samt tillgång till infrastrukturen (nationella järnvägsnät) i en majoritet av medlemsstaterna före antagandet av rådets direktiv 91/440/EEG av den 29 juli 1991 om utvecklingen av gemenskapens järnvägar (EGT L 237, s. 25), kan den situationen inte överföras på det aktuella fallet, eftersom Lundbecks metodpatent inte i något fall är jämförbara med de exklusiva rättigheter som järnvägsföretagen åtnjöt innan detta direktiv antogs och de relevanta marknaderna skiljer sig i hög grad från varandra. Dessutom, såsom kommissionen med rätta har anmärkt, hade tribunalen i nämnda dom kritiserat kommissionen för att den inte hade gjort en detaljerad analys av marknaden för att fastställa att det fanns potentiell konkurrens och för att den hade utgått från hypoteser som inte bekräftades av någon faktisk omständighet eller av någon analys av den relevanta marknadens struktur. I förevarande fall kan sökandena däremot inte med giltig verkan påstå att alla de relevanta

omständigheter som sammanfattats ovan i punkt 157 och utvecklats i detalj i det angripna beslutet, i fråga om varje generiskt företag utgör rent teoretiska spekulationer som inte stöds av någon detaljerad analys av vad som är betecknande för den relevanta marknaden.

163 Det bör sedan erinras om att det för att visa att det finns potentiell konkurrens enligt rättspraxis endast krävs att marknadsinträdet äger rum inom rimlig tid, utan att det behöver fastställas någon exakt gräns i det avseendet. Det är följaktligen inte nödvändigt att kommissionen visar att de generiska företagens inträde på marknaden med säkerhet skulle ha ägt rum innan de omtvistade avtalen löpte ut för att fastställa att det rådde potentiell konkurrens i det aktuella fallet, i synnerhet som enligt vad domstolen redan har konstaterat, den potentiella konkurrensen, särskilt i den farmaceutiska sektorn, kan bedrivas långt innan ett patent har löpt ut (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 december 2012, AstraZeneca/kommissionen, C-457/10 P, REU, EU:C:2012:770, punkt 108).

164 Här ska det noteras att domstolens påpekande att den potentiella konkurrensen kan uppstå innan ett patent löper ut är oberoende av den omständigheten att det tilläggsskydd som det handlade om i det fallet hade erhållits på ett rättsstridigt eller otillbörligt sätt. I den ovan i punkt 163 nämnda domen Astra Zeneca/kommissionen (EU:C:2012:770, punkt 108) rörde det sig nämligen om missbruk av dominerade ställning begånget av ett företag som hade ingett oriktiga deklarationer i syfte att beviljas tilläggsskydd av de behöriga myndigheterna som skulle möjliggöra för företaget, till och med efter det att de patent som skyddade dess läkemedel gått ut i framtiden, att invända mot att generiska versioner av läkemedlet saluförde på marknaden. I det sammanhanget fann domstolen i huvudsak att nämna deklarationers konkurrensbegränsande effekt inte kunde ifrågasättas av den omständigheten att tilläggsskyddet söktes mellan fem och sex år innan tilläggsskyddet trädde i kraft och att parternas rättigheter, intill dess, skyddades genom lagenliga patent. Sådant rättsstridigt tilläggsskydd medför nämligen, enligt domstolen, inte bara en betydande utestängningseffekt efter det att grundpatenten löpt ut, utan det kan även ändra marknadsstrukturen genom att undergräva den potentiella konkurrensen till och med innan grundpatenten löpt ut. Följaktligen bekräftar denna rättspraxis att potentiell konkurrens existerar redan innan de patent löper ut som skyddar ett läkemedel och att de steg som tas innan giltighetstidens utgång är relevanta för bedömningen av om konkurrensen har begränsats.

165 Det är sedan inte korrekt, som sökanden påstått, att kommissionen borde ha visat att de generiska företagen skulle väcka talan i domstol och att de skulle ha vunnit målen vid de behöriga nationella domstolarna. Det framgår nämligen av skäl 624 och följande skäl i det angripna beslutet att de generiska företagen inte var skyldiga att visa att deras generiska produkter inte gjorde intrång i något patent, för att kunna erhålla ett godkännande för försäljning och för att saluföra dessa produkter på marknaden, vilket sökandena för övrigt inte har ifrågasatt. Således kunde Merck (GUK) träda in på marknaden via sin distributör NM Pharma i Sverige i maj 2002, utan att ha behövt erhålla en negativ fastställelse avseende intrång och utan att ha blivit föremål för en talan om patentintrång från Lundbecks sida. Det ankom på originalproducenten, i förevarande fall Lundbeck, att visa att dessa produkter gjorde intrång i ett av företagets patent, vilket enligt dess egna uppskattningar var särskilt svårt att styrka då det rörde sig om metodpatent (se skäl 629 i det angripna beslutet). Dessutom är det inte säkert, såsom kommissionen har hävdat, att Lundbeck med nödvändighet skulle ha väckt talan i domstol mot de generiska företagen för det fall dessa trädde in på marknaden (se punkt 126 ovan). Det är ännu mer ovisst att Lundbeck skulle ha vunnit framgång om företaget hade besluta att väcka talan (se punkt 122 ovan och skälen 75 och 76 i det angripna beslutet).

166 Slutligen ska det erinras om att kommissionen inte har åsidosatt den giltighetspresumtion som är förbunden med Lundbecks metodpatent (punkterna 121-132 ovan). Därför kan sökandena inte påstå att det angripna beslutet grundas på en negativ inställning till sådana patent. Kommissionen beaktade nämligen dessa patents existens men ansåg, utan att göra någon oriktig bedömning i det hänseendet, att dessa inte gjorde det möjligt att blockera varje marknadsinträde för de generiska företagen vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

167 Talan kan således inte bifallas på den tredje delgrunden.

F – *Den fjärde delgrunden: Avsaknaden av godkännande för försäljning förhindrar uppkomsten av verklig eller potentiell konkurrens*

168 Sökandena anser att det var fel av kommissionen att dra slutsatsen att det fanns potentiell konkurrens, trots avsaknaden av godkännanden för försäljning för vissa generiska företag, enbart med den motiveringen att dessa hade ansträngt sig för att erhålla dem innan de ingick de omtvistade avtalen (skäl 620 i det angripna beslutet). Denna slutsats strider mot vissa avsnitt i det angripna beslutet (skäl 85) samt slutsatserna från undersökningen av den farmaceutiska sektorn och de berörda parternas enskilda yttranden angående den nödvändiga fristen för att erhålla ett godkännande för försäljning som är minst fjorton månader och som kan ta upp till tjugofem månader i vissa EES-länder. Enligt dem hade det varit bättre om det i det angripna beslutet hade avgjorts huruvida varje generiskt företag förfogade över verkliga och konkreta möjligheter att erhålla godkännande för försäljning under de omtvistade avtalens giltighetstid och detta i varje berört land, i och med att varje land utgjorde en särskild geografisk marknad och vissa avtal omfattade enskilda länder. I vart fall möjliggör inte godkännandet för försäljning ett omedelbart marknadsinträde, då ytterligare förberedande faser krävs för det ändamålet.

169 Kommissionen har bestritt dessa argument.

170 Här ska först och främst konstateras, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att kommissionen, i fråga om varje generiskt företag, undersökte om detta hade ett godkännande för försäljning vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks eller om det skulle ha kunnat förfoga över ett godkännande för försäljning i en nära framtid.

171 Det ska även noteras att den potentiella konkurrensen inbegriper just de generiska företagens agerande i syfte att erhålla de nödvändiga godkännandena för försäljning samt vidtagandet av alla oundgängliga administrativa och kommersiella åtgärder för att förbereda marknadsinträdet (se punkterna 91–94 ovan). Denna potentiella konkurrens skyddas genom artikel 101 FEUF. Om det var möjligt, utan att åsidosätta konkurrensrätten, att betala de företag som är i färd med att vidta de oundgängliga åtgärderna för att förbereda lanseringen av ett generiskt läkemedel, däribland åtgärder för erhållande av ett godkännande för försäljning och som har gjort betydande investeringar för detta ändamål, för att de ska upphöra med eller enbart fördröja detta förfarande, skulle det aldrig ha funnits någon effektiv konkurrens eller den skulle ha påtagligt försenats, och detta på konsumenternas bekostnad, det vill säga patienterna eller de nationella sjukkassorna i det aktuella fallet.

172 När det således handlar om Merck (GUK), konstaterade kommissionen att detta företag hade erhållit ett godkännande för försäljning i Förenade kungariket den 9 januari 2002 och att dess distributör NM Pharma likaledes förfogade över ett godkännande för försäljning i Sverige sedan maj 2002. Merck (GUK) och NM Pharma planerade att använda sig av det förfarande för ömsesidigt erkännande på 90 dagar som föreskrivs i artikel 18 i direktiv 2001/83 för att erhålla godkännanden för försäljning i de övriga EES-länderna (skäl 326 i det angripna beslutet).

173 Vad gäller Arrows ställning i Förenade kungariket, påpekade kommissionen i skälen 878–881 i det angripna beslutet att detta företag hade ingått ett avtal med Tiefenbacher, för att kunna använda sig av det godkännande för försäljning som Tiefenbacher hade ansökt om i Förenade kungariket, på grundval av det godkännande för försäljning som detta företag redan förfogade över i Nederländerna. Kommissionen preciserade även att i skedet omedelbart före undertecknandet av Arrow UK-avtalet, var det väntat att myndigheterna i Förenade kungariket skulle utfärda detta godkännande för försäljning mycket snabbt och att den försening som senare hade uppstått berodde på sökandens bestridande av det nederländska godkännandet för försäljning.

174 Vad angår Arrows ställning i Danmark, framhöll kommissionen i skälen 967 och 968 i det angripna beslutet det faktum att det nämndes i ingressen till det danska Arrow-avtalet att detta företag var på väg att erhålla en ”licens” av tredje part och att en kopia av denna tredje parts godkännande för

försäljning bifogades avtalet. Såsom kommissionen helt riktigt har noterat betyder inte den omständigheten att Arrow slutligen inte förvärvade detta godkännande för försäljning, att bolaget saknade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden vid den tidpunkt då avtalet ingicks.

175 Vad angår Alpharma, följer det av skälen 476, 485, 520 och 530 i det angripna beslutet att detta företag kunde använda de godkännanden för försäljning som beviljats Tiefenbacher, enligt dess leveransavtal med det sistnämnda företaget, åtminstone för Nederländerna och Tyskland, och antingen självt kunde ansöka om godkännande för försäljning för de övriga medlemsstaterna i EES eller begära att Tiefenbacher skulle utvidga förfarandet för ömsesidigt erkännande till att även omfatta dessa länder.

176 Dessutom räknade Alpharma i oktober 2001 med att erhålla ett godkännande för försäljning och att genomföra en lansering av generiskt citalopram vid olika tidpunkter år 2002 i Österrike, Danmark, Finland, Tyskland, Nederländerna, Norge, Sverige och Förenade kungariket. Likaledes hade vid den tidpunkt då Alpharma-avtalet undertecknades fyra godkännanden för försäljning beviljats (i Danmark, Finland, Nederländerna och Sverige), medan godkännandet för försäljning i Förenade kungariket förväntades vara nära förestående (se punkt 281 nedan). Under detta avtals giltighetstid mottog sedan Alpharma godkännanden för försäljning avseende fyra andra EES-länder (Norge, Tyskland, Österrike och Förenade kungariket).

177 Angående Ranbaxy, framhöll kommissionen i skäl 1094 i det angripna beslutet i huvudsak att detta företag hade inkommit med grunddokumentet för läkemedel (Drug Master File) avseende sin aktiva farmaceutiska substans citalopram till den behöriga myndigheten i Förenade kungariket i juni 2002. Denna åtgärd underlättade, även om den inte var oundgänglig för ett erhålla ett godkännande för försäljning, det förfarande som gjorde det möjligt för ett generiskt företag som redan förfogade över ett godkännande för försäljning av tabletter med generiskt citalopram som tillverkats med en annan aktiv farmaceutisk substans än Ranbaxys som råvara, att ansöka om en ändring av sitt godkännande för försäljning så att det även skulle inbegripa Ranbaxys citalopram. Ingivandet av ett grunddokument för läkemedel till de berörda myndigheterna gör nämligen att tillverkaren av den aktiva farmaceutiska substansen inte behöver avslöja några konfidentiella uppgifter för de generiska företag som köper dess aktiva farmaceutiska substans och önskar ansöka om ett godkännande för försäljning av ett läkemedel som de tillverkar med denna aktiva farmaceutiska substans som råvara.

178 Dessutom grundade sig kommissionen i skäl 1095 i det angripna beslutet, på den omständigheten att Ranbaxy vid ett möte i april 2002, hade underrättat Lundbeck om att företaget skulle kunna erhålla ett godkännande för försäljning inom åtta månader och att det var i färd med att diskutera med en potentiell köpare av dess citalopram. Det rörde sig om en köpare som skulle ha kunnat träda in på marknaden med citalopram inom tre till fyra månader efter en ändring av det godkännande för försäljning som han redan hade. Sökandenas uppfattning att dessa uttalanden var ”ren bluff” kommer att studeras mer noggrant nedan i samband med denna grunds nionde del.

179 Dessa omständigheter visar att de berörda generiska företagen antingen redan hade erhållit ett godkännande för försäljning vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, var i färd med att vidta de nödvändiga åtgärderna för att erhålla ett sådant på kort eller medellång sikt eller kunde göra så att deras produkter omfattades av andra godkännanden för försäljning. Även om i vissa fall ett godkännande för försäljning slutligen kunde ta längre tid än förväntat, kvarstår dock att vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, förfogade de generiska företagen över verkliga och konkreta möjligheter att erhålla dessa godkännanden för försäljning tillräckligt snabbt och att kunna träda in på marknaden för citalopram i EES-länder under åberopande av det förfarande för ömsesidigt erkännande som föreskrivs i artikel 18 i direktiv 2001/83 och härigenom utöva konkurrenstryck på Lundbeck. Vidare kan det erinras om att de generiska företagen i det aktuella fallet redan hade påbörjat sina förberedelser inför inträdet på marknaden för citalopram mellan ett och tre år innan Lundbecks

ursprungspatent hade löpt ut (se skälen 219, 373, 476, och 549 i det angripna beslutet) och att de tävlade intensivt om att bli först med att komma in på marknaden så snart patenten löpt ut (se skäl 622 i det angripna beslutet).

180 Det var således utan att begå något fel som kommissionen i skäl 620 i det angripna beslutet konstaterade att avsaknaden av godkännande för försäljning inte kunde hindra de generiska läkemedlen från att komma ut på marknaden i en nära framtid så länge som de generiska företagen fortsatte att vidta åtgärder för att erhålla de nödvändiga tillstånden härför innan de ingick de omtvistade avtalen med Lundbeck.

181 Det bör för övrigt erinras om att även om det handlar om en viktig omständighet grundade sig kommissionen inte enbart på de generiska företagens möjlighet att erhålla ett godkännande för försäljning, när den i det angripna beslutet fastställde att det rådde potentiell konkurrens mellan dessa och Lundbeck utan på en mängd faktorer, och den beaktade varje generiskt företags specifika situation vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks samt vad som är specifikt för den farmaceutiska sektorn (se punkterna 91–96 och 157 ovan). Dessutom ska det erinras om att själva den omständigheten att Lundbeck beslutade att ingå avtal med de generiska företagen utgör ett starkt indicium på att Lundbeck upplevde dessa företag som ett potentiellt hot vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (se, för ett liknande resonemang, dom Toshiba/kommissionen, punkt 103 ovan, EU:T:2014:263, punkt 231).

182 Talan kan således inte bifallas med stöd av den fjärde delgrunden.

G – Den femte delgrunden: De generiska företagen hade inte kunnat få tillgång till andra metoder eller kunnat vända sig till andra tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen under de omtvistade avtalens giltighetstid

183 Sökandena har bestritt slutsatsen i det angripna beslutet att ett möjligt sätt för ett generiskt företag att få tillträde till marknaden (skäl 635 i det angripna beslutet), bestod i att samarbeta med sin tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen i syfte att ändra denna tillverkares metod eller övergå till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen. Det rör sig om teoretiska, alternativa lösningar därför att dels det inte fanns någon annan kommersiellt gångbar metod för tillverkning av citalopram vilken kunde möjliggöra ett lagenligt inträde på marknaden i EES år 2002 och 2003, dels de generiska företagen inte skulle få tillräckligt med tid till sitt förfogande för att byta tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen innan de omtvistade avtalen löpte ut.

184 För det första finns det inget starkt indicium som gör det möjligt att vederlägga den bevisning som Lundbeck företett, enligt vilken det inte fanns någon kommersiellt gångbar metod som inte utgjorde patentintrång vilken skulle ha möjliggjort ett inträde på marknaden år 2002 och år 2003. Ingen av de omständigheter som åberopats i det angripna beslutet angående Merck (GUK), Alpharma, Arrow och Ranbaxy räcker för att styrka motsatsen.

185 Dessutom bygger det angripna beslutet felaktigt på uttalanden av Lundbeck som syftade till att visa att det fanns andra metoder som inte medförde patentintrång vid tiden för ingåendet av de omtvistade avtalen (skäl 634 i det angripna beslutet). Kommissionen hade oriktigt antagit att alla de metoder som Lundbeck räknade upp i ett av sina uttalanden saknade karaktär av intrång, var kommersiellt effektiva och motsvarade de lagstadgade kraven i EES, medan ingen av dem skulle ha gjort det möjligt att ta sig in på marknaden under åren 2002–2003 med pålitliga läkemedel som inte utgjorde intrång. Enligt sökandena, ignoreras i det angripna beslutet de talrika bevisen för att de ursprungliga metoderna för cyanering och alkylering inte kunde användas för att tillverka citalopram på ett kommersiellt gångbart sätt.

186 Enligt sökandena hade de generiska företagen i vart fall, även om generiskt citalopram som tillverkats med en metod som inte innebar patentintrång och som var kommersiellt gångbar varit tillgängligt under de omtvistade avtalens giltighetstid (vilket inte var fallet), inte kunnat använda det under de månader som omfattades av de omtvistade avtalen eller åtminstone inte ”tillräckligt snabbt” för att hotet om ett potentiellt inträde skulle utöva ett faktiskt konkurrenstryck under dessa avtals giltighetstid.

187 Denna förändring skulle ha medfört att en betydande ändring måste begäras av så kallad typ II i den mening som avses i artikel 3 i kommissionens förordning (EG) nr 541/95 av den 10 mars 1995 om granskning av ändringar av villkoren för ett försäljningstillstånd för ett läkemedel utfärdat av den behöriga myndigheten i en medlemsstat (EGT L 55, s. 7) (nedan kallad typ II-ändring). Detta förfarande tillämpas vid ändring av ett befintligt godkännande för försäljning, på grund av byte av tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen. En typ II-ändring är emellertid svårast att erhålla genom ett förfarande som motsvarar det förfarande som används när en ny ansökan om godkännande för försäljning inges. Den totala tiden för detta förfarande kan sträcka sig ända till 19 månader. Dessutom borde den tid som behövs för att erhålla en sådan ändring läggas till den tid som krävs för forskning och utveckling av den nya metoden, registrering av läkemedlet för ersättning, godkännande av denna ersättning samt för att tillverka och börja sälja läkemedlet.

188 Kommissionen har bestritt dessa argument.

189 Sökandena har fel när de anser att ingen kommersiellt gångbar metod som inte innebär intrång skulle ha gjort det möjligt att träda in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid.

190 Lundbeck ansåg nämligen självt till en början, som svar på kommissionens begäran om upplysningar vilken föregick meddelandet om invändningar och återges i skäl 150 i det angripna beslutet, att de generiska företagen hade kunnat tillverka generiskt citalopram genom att använda de metoder som beskrivs i dess ursprungspatent (det vill säga metoderna för cyanering och alkylering) eller genom att uppfinna en annan metod och att dess patent därför inte kunde förhindra all konkurrens från de generiska företagen.

191 Lundbeck bekräftade dessutom självt att dess nya metodpatent inte kunde blockera alla möjligheter att träda in på marknaden, även om den metod som bygger på kristallisering verkade var den mest effektiva. Exempelvis framhöll kommissionen i skäl 163 i det angripna beslutet att Niche Generics Ltd trädde in på marknaden genom att erhålla en negativ fastställelse avseende intrång för generiskt citalopram framställt av Sekhsaria som är en annan indisk tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen. Det framgår för övrigt av de bevis som nämndes i skäl 634 i det angripna beslutet att Lundbecks patentexperter i mars 2002 förklarade att ”det var möjligt att tillverka en aktiv farmaceutisk substans som troligen inte [skulle kräva] kristallisering av den fria basen”, det vill säga som inte grundades på Lundbecks kristalliseringspatent. Lundbecks vice verkställande direktör förklarade även i en presskommuniké av den 9 november 2002 att ”det skulle vara naivt att tro att det inte är möjligt för tillverkare av generika att tillverka Cipramil utan att inkräkta på [deras] patent” (skäl 634 i det angripna beslutet).

192 Sökandena har inte desto mindre hävdat att de aldrig har medgett att andra metoder skulle ha kunnat användas för att träda in på marknaden för citalopram utan att inkräkta på deras patent eller med pålitliga läkemedel som tillverkats i industriell skala.

193 Det ska dock erinras om att vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks hade ingen domstol i EES uttalat sig om huruvida de produkter som de generiska företagen framställt hade den egenskapen att de utgjorde intrång (se punkt 146 ovan). Sökandena kan följaktligen inte med giltig verkan göra gällande att generiska läkemedel som framställts av de generiska företagen inkräktade på deras metodpatent, när de på sin höjd potentiellt kunde inkräkta på patenten vid tidpunkten för de omtvistade avtalens ingående.

194 Såsom kommissionen har gjort gällande, bekräftas inte påståendet att det inte fanns någon version av generiskt citalopram som kunde tillverkas i industriell skala som inte utgjorde intrång, av de faktiska omständigheterna. Vidare ska det erinras om att varje tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen hade kunnat använda sig av de ursprungliga metoderna för cyanering och alkylering såsom de offentliggjorts tillsammans med Lundbecks patent för den aktiva farmaceutiska substansen citalopram vilket hade gått ut (punkt 16 ovan). Enligt vad som framgår av skäl 158 i det angripna beslutet, erkände således en rådgivare till Lundbeck inom ramen för Lagap-tvisten, vilken gällde Matrix citalopram, att det var möjligt att de metoder som ingick i Lundbecks ursprungspatent kunde göras mer kostnadseffektiva, utan att härvid precisera in i minsta detalj, att allt berodde på det sätt cyaneringen utfördes och att Matrix ”utförde den mest effektiva cyanering som de hittills hade föreställt sig”, vilket visar att det var möjligt att tillverka generiskt citalopram i industriell skala på grundval av Lundbecks ursprungspatent.

195 I vart fall fastställs det i det angripna beslutet att varje generiskt företag tillräckligt snabbt förfogade över eller kunde ha förfogat över en generisk version av citalopram tillverkad med metoder, i fråga om vilka det inte hade styrkts att de inkräktade på något av Lundbecks patent vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

196 När det rör sig om Natcos citalopram som användes av Merck (GUK), tillverkades det med metoder som omfattades av Lundbecks ursprungspatent vilka hade gått ut eller med andra metoder för vilka patenten också gick ut (skälen 228 och 281 i det angripna beslutet). I det leveransavtal som hade ingåtts mellan Merck (GUK) och Schweizerhall föreskrevs uttryckligen att Natcos aktiva farmaceutiska substans, såvitt de visste, inte utgjorde intrång (skäl 235 i det angripna beslutet). Vidare ska det understrykas att vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket ingicks, den 24 januari 2002, hade kristalliseringspatentet ännu inte beviljats vare sig i Förenade kungariket eller i EES i dess helhet (se punkt 20 ovan). Frågan huruvida Natcos metod potentiellt inkräktade på kristalliseringspatentet var således endast hypotetisk vid den tidpunkt då detta avtal ingicks. När UK-avtalet för EES ingicks hade Lundbecks kristalliseringspatent visserligen redan beviljats av EPO, men det fanns ingen som helst visshet vare sig i frågan om Natcos aktiva farmaceutiska substans gjorde intrång eller om patentets giltighet skulle ha bekräftats om det uppkommit en tvist (se punkt 122 ovan).

197 Även om Merck (GUK) hade blivit föremål för en talan om patentintrång från Lundbecks sida och dess produkter hade visat sig utgöra intrång, skulle företaget otvivelaktigt, trots allt, ha kunnat förse sig med citalopram, som inte konstaterats medföra intrång, inom rimlig tid från andra källor. Merck (GUK) hade ingått ett leveransavtal med Schweizerhall för en period av åtta år, men detta avtal byggde på hypotesen att Natcos produkt inte utgjorde intrång (skäl 235 i det angripna beslutet), och Merck (GUK) hade därför utan tvivel kunnat häva detta avtal vid fall av patentintrång, antingen med stöd av uttryckliga bestämmelser i avtalet eller enligt tysk rätt som var det lands rätt som skulle tillämpas på avtalet. Det framgår emellertid av skälen 248 och 351 i det angripna beslutet att det fanns andra källor med generiskt citalopram på marknaden, som Merck (GUK) kände till via Merck dura GmbH som var Mercks dotterbolag i Tyskland. Om det antogs att Merck (GUK) hade varit skyldigt enligt avtalet med Schweizerhall att förse sig med citalopram uteslutande hos Natco och att det generiska citalopram som detta företag tillverkade inkräktade på kristalliseringspatentet, är det i vart fall inte uteslutet att Natco skulle ha kunnat tillverka den aktiva farmaceutiska substansen citalopram med hjälp av andra metoder som inte medförde intrång, såsom kommissionen helt riktigt uppgav i skäl 746 i det angripna beslutet.

198 När det gäller det generiska citalopram som Tiefenbacher försåg Arrow och Alpharma med, ska det påpekas att även om det ursprungligen tillverkades med Ciplas ursprungliga metod (nedan kallad Cipla I-metoden), i fråga om vilken det förelåg en risk för att den medförde intrång, hade Tiefenbacher med lätthet kunnat övergå till Matrix citalopram, vilket först tillverkades enligt Matrix ursprungliga metod (nedan kallad Matrix I-metoden) och sedan enligt den nya metod som Matrix

använde (nedan kallad Matrix II-metoden). Det ska emellertid erinras om att Cipla I- och Matrix I-metodernas egenskap av patentintrång inte hade fastställts av någon domstol i EES vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (punkt 146 ovan).

199 Vad angår Matrix II-metoden vilken användes för att tillverka det generiska citalopram som Arrow och Alpharma också kunde få tillgång till via Tiefenbacher, följer det av skälen 154, 155, 421 och 674 samt fotnot 1828 i det angripna beslutet att den metoden hade utvecklats redan i maj 2002, i syfte att senare minska risken för att Matrix citalopram skulle inkräkta på kristalliseringspatentet. I samband med Lagap-tvisten, efter en inspektion i Matrix lokaler i Indien, medgav Lundbeck att Matrix II-metoden inte gjorde intrång i dess patent. Såsom kommissionen helt riktigt har uppmärksammat, har det därför föga betydelse att några nationella domstolar före nämnda medgivande hade beviljat Lundbecks ansökningar om interimistiska åtgärder angående denna metod. På samma sätt kan det inte dras någon slutsats av den omständigheten att Tiefenbacher, för att åstadkomma att dess godkännande för försäljning skulle omfatta även Matrix II-metoden, kunde inskränka sig till att inge en ansökan om en ändring av mindre betydelse, en så kallad typ I-ändring i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 541/95 (nedan kallad typ I-ändring), vilket är det förfarande som används vid ändring av ett befintligt godkännande för försäljning med anledning av att den metod som används av samma tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen ändrats. Genom denna omständighet kan Lundbecks medgivande, inom ramen för Lagap-tvisten, av att denna metod inte utgör en överträdelse inte ifrågasättas, vilken för övrigt därefter har använts av flera generiska företag utan att Lundbeck reagerat.

200 Liknande anmärkningar kan formuleras avseende den nya metod som Cipla använde för att tillverka det generiska citalopram (nedan kallad Cipla II-metoden) som i princip även var tillgängligt via Tiefenbacher. Kommissionen uppmärksammade nämligen i skäl 898 i det angripna beslutet att denna metod, som utvecklats under den period som omfattades av de omtvistade avtalen, inte utgjorde något potentiellt intrång och hade blivit föremål för en ansökan om typ I-ändring av ett godkännande för försäljning i september 2002. Arrow och Alpharma hade således kunnat försöka sälja citalopram som tillverkats med användning av denna metod, i likhet med vad Neolab hade gjort, utan att Lundbeck med avsedd verkan kunde motsätta sig det, som kommissionen uppgav i fotnot 1671 i det angripna beslutet.

201 Vad slutligen angår den metod som Ranbaxy använde, kan det noteras att Lundbeck, till och med efter att ha studerat detta företags reaktionsschema önskade ingå ett avtal med det i vilket det föreskrevs omvända betalningar i stället för möjligheten att vända sig till nationella domstolar för att åstadkomma förbudsförelägganden. Härav följer att Lundbeck inte var säker på om den aktiva farmaceutiska substans som tillverkades enligt denna metod utgjorde intrång, såsom framgår av skälen 564 och 1109 i det angripna beslutet. Dessutom har Ranbaxy hävdat, såväl med avseende på Lundbeck som på de generiska företag som potentiellt var intresserade av att köpa dess aktiva farmaceutiska substans, att den inte utgjorde intrång samt att kommissionen framhöll detta i skäl 1105 i det angripna beslutet.

202 Vidare bör det erinras om att om det antas att de produkter som salufördes av de generiska företagen hade inkräktat på det ena eller det andra av Lundbecks patent, vilket inte hade fastställts vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks i det aktuella fallet, skulle de generiska företagen även ha kunnat bestrida dessa patents giltighet vid behöriga domstolar (se punkt 122 ovan).

203 Sökandenas argument, enligt vilket kommissionen borde ha visat att övergången till en annan metod eller en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen hade skett under de omtvistade avtalens giltighetstid, ska likaledes underkännas. För att fastställa att det fanns potentiell konkurrens mellan de generiska företagen och Lundbeck, var nämligen kommissionen enbart skyldig att visa att dessa hade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden inom en tillräckligt kort tid för att kunna utöva ett effektivt konkurrenstryck på Lundbeck vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Kommissionen var inte skyldig att visa att de generiska företagen, utan några som helst tvivel, hade kunnat skaffa sig en ekonomiskt livskraftig metod som inte innebar intrång under de

omtvistade avtalens giltighetstid. Den var endast skyldig att visa att de hade verkliga och konkreta möjligheter till detta, vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks och att dessa möjligheter inte var rent teoretiska.

204 Sökandena har emellertid inte förnekat att det var möjligt för de generiska företagen att ändra ett befintligt godkännande för försäljning eller att vända sig till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen vid fall av ökad risk för intrång, utan de har gjort gällande att detta kunde ta flera månader, eller till och med längre tid än de omtvistade avtalens giltighetstid. De kan dock inte kräva av kommissionen att den visar vad som skulle ha skett om inte de omtvistade avtalen fanns, i ett sammanhang där många valmöjligheter erbjöds de generiska företagen för att kunna träda in på marknaden, vid den tidpunkt då dessa ingicks. Möjligheten att ändra ett befintligt godkännande för försäljning eller att förse sig med den aktiva farmaceutiska substansen från en annan leverantör var inte en rent teoretiskt möjlighet, vilket det bevismaterial som finns i det angripna beslutet visar, för varje generiskt företag (se den sjätte till nionde delgrunden nedan). Sökandena har exempelvis själva medgett att Tiefenbacher, i egenskap av mellanhand för Arrow och Alpharma, på endast två och en halv månad hade kunnat erhålla en typ I-ändring av sitt godkännande för försäljning som erhållits i Nederländerna för Matrix citalopram (skäl 418 i det angripna beslutet).

205 I vart fall var en sådan möjlighet, utan tvivel, inte ens nödvändig för de flesta av de generiska företagen, för att kunna träda in på marknaden, och än mindre för att kunna utöva konkurrenstryck på Lundbeck. De var nämligen i färd med att vidta de nödvändiga åtgärderna och hade till och med i vissa fall redan erhållit ett godkännande för försäljning för att kunna träda in på marknaden med generiskt citalopram från sin leverantör (eller med sitt eget generiska citalopram i Ranbaxys fall), och detta hade inte av någon domstol förklarats utgöra intrång vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Dessutom utgör själva den omständigheten, såsom angetts ovan i punkt 181, att Lundbeck ingick de omtvistade avtalen med de generiska företagen ett starkt indicium på att företaget uppfattade dessa som ett potentiellt hot eftersom de utövade ett potentiellt konkurrenstryck på dess ställning på marknaden.

206 Följaktligen kan talan inte heller bifallas på den femte delgrunden.

H – *Den sjätte delgrunden: Avsaknad av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Merck (GUK) vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks*

207 Sökandena har gjort gällande att det i det angripna beslutet oriktigt slogs fast att Merck (GUK) utgjorde en potentiell konkurrent till Lundbeck i Förenade kungariket och i viss mån i EES, vid tiden för den påstådda överträdelsen.

208 Även om det enligt sökandena kan vara relevant att veta att Merck (GUK) hade för avsikt att komma in på marknaden, är det väsentliga kriteriet fortfarande huruvida företaget hade förmåga härtill. I det angripna beslutet doldes den omständigheten att Merck (GUK) enbart hade tillgång till Natcos citalopram som inkräktade på Lundbecks kristalliseringspatent, vilket innebär att Merck (GUK) inte hade förmåga att lagenligt träda in på marknaden.

209 Därefter var det fel att i skäl 754 i det angripna beslutet slå fast, på grundval av samtidiga handlingar angående de faktiska omständigheterna, att Merck (GUK) var mycket säkert på sin ställning i fråga om patenten. Sökandena anser att kommissionen har citerat dessa handlingar på ett selektivt sätt och skilt dem från sitt sammanhang.

210 För övrigt var inte Merck (GUK), enligt sökandena, en potentiell konkurrent till Lundbeck, eftersom företaget inte hade kunnat finna andra aktiva farmaceutiska substanser som tillverkades enligt metoder som inte utgjorde intrång under de omtvistade avtalens giltighetstid. År 2003 fanns nämligen ingen annan kommersiellt gångbar generisk produkt som inte utgjorde intrång. Om det antogs att

Merck (GUK) hade kunnat vända sig till andra tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen, vilka inte begick patentintrång, skulle Merck (GUK):s förvärv av citalopram från tredje part, i vart fall, ha inneburit en överträdelse av artikel 1.3 i det avtal som ingåtts mellan det sistnämnda företaget och Schweizerhall, i vilken det angavs att Merck (GUK) skulle täcka 100 procent av sitt årliga behov av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram genom inköp från Schweizerhall (skäl 235 i det angripna beslutet).

211 Sökandena anser slutligen att det angripna beslutet inte innehåller någon motivering till slutsatsen att Merck (GUK) var en potentiell konkurrent till Lundbeck i EES (Förenade kungariket ej inbegripet) vid tiden för den påstådda överträdelsen. Eftersom kommissionen i det angripna beslutet beräknade det bötesbelopp som påfördes Lundbeck på grundval av försäljningsvärdet för citalopram i EES i dess helhet, är enbart denna omständighet tillräcklig för att ogiltigförklara det angripna beslutet.

212 Vad angår försäljningen av citalopram i Sverige via NM Pharma (skälen 836–838 i det angripna beslutet), vilken föranledde kommissionen att dra slutsatsen att Merck (GUK) var en potentiellt allvarlig konkurrent, inklusive på andra marknader i EES (skäl 840), har sökandena hävdat att den omständigheten att de hade valt att väcka talan på ett selektivt sätt i Sverige, utan att detta rörde NM Pharma, inte bevisar att Merck (GUK) hade kapacitet eller verkliga och konkreta möjligheter att träda in på andra marknader i EES. Det angripna beslutet visar inte på ett tillräckligt övertygande sätt att Merck (GUK) utgjorde en verklig eller potentiell konkurrent till Lundbeck i alla EES-länder, eftersom företaget endast förfogade över ett godkännande för försäljning i Sverige innan GUK-avtalet för EES ingicks. I Tyskland, Italien, Nederländerna och Spanien hade Merck (GUK) inte erhållit något godkännande för försäljning förrän efter det att GUK-avtalet för EES löpt ut och i övriga länder under detta avtals giltighetstid.

213 Kommissionen har bestritt dessa argument.

214 Innan sökandenas argument prövas, finns det anledning att kort erinra om den undersökning av den potentiella konkurrensen mellan Merck (GUK) och Lundbeck som kommissionen har utfört i det angripna beslutet. Kommissionen skiljde i detta hänseende på den situation som rådde i Förenade kungariket och den situation som rådde i EES vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket ingicks, å ena sidan, och vid den tidpunkt då GUK-avtalet för EES ingicks, å andra sidan.

1. Situationen i Förenade kungariket

215 Vad först angår konkurrenssituationen i Förenade kungariket, ansåg kommissionen att Lundbeck, under perioden före den 24 januari 2002, det vill säga den dag då GUK-avtalet för Förenade kungariket undertecknades, var det enda företag som sålde citalopram i Förenade kungariket. Den 5 januari 2002 gick Lundbecks ursprungspatent ut i Förenade kungariket. Från och med den dagen var således marknaden för citalopram i Förenade kungariket i princip öppen för generiska produkter, under förutsättning att deras tillverkare iakttog de lagstadgade skyldigheterna i fråga om kvalitet, säkerhet och effektivitet, såsom de bekräftats genom ett godkännande för försäljning. De företag som tillverkade eller avsåg att tillverka generiska produkter som innehöll citalopram i Förenade kungariket och hade realistiska förväntningar om att få generiskt citalopram levererat till sig och att erhålla ett godkännande för försäljning i en nära framtid kunde följaktligen betraktas som Lundbecks potentiella konkurrenter. Inträdet på marknaden för generika, särskilt om det rörde sig om flera generiska företags samtidiga inträde, skulle mer än sannolikt ha gett upphov till en intensiv priskonkurrens som snabbt skulle ha sänkt priset på citalopram till en låg nivå (skäl 738 i det angripna beslutet).

216 Merck (GUK) var efter att ha underrättat Lundbeck om sin avsikt att träda in på marknaden för citalopram, det första generiska företag som erhöll ett godkännande för försäljning på marknaden i Förenade kungariket den 9 januari 2002. Under denna period hade Merck (GUK) byggt upp ett lager med 8 miljoner citalopramtabletter, med Natcos aktiva farmaceutiska substans som råvara, vilka var färdiga att säljas i Förenade kungariket (skäl 741 i det angripna beslutet).

217 Till följd av GUK-avtalet för Förenade kungariket, vilket ingicks med Lundbeck den 24 januari 2002, hade Merck (GUK) avstått från att lansera generiskt citalopram på marknaden ända till dess att avtalet upphörde att gälla, vilket ursprungligen skulle ske i juli 2003. Mellan den 1 och den 4 augusti 2003, innan avtalet förlängdes en andra gång, den 6 augusti 2003, sålde dock Merck (GUK) sitt generiska citalopram i Förenade kungariket till ett värde av 3,3 miljoner GBP (skäl 742 i det angripna beslutet).

218 Kommissionen fann i skäl 743 i det angripna beslutet att dessa faktiska omständigheter på ett tillräckligt övertygande sätt visar att Merck (GUK) hade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden för citalopram i Förenade kungariket vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket ingicks. Det faktum att Merck (GUK) därtill faktiskt gjorde ett kort inträde på marknaden i augusti 2003, visar i tillräcklig mån att Merck (GUK) och Lundbeck var potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen undertecknades i januari 2002. Själva den omständigheten att Lundbeck hade gått med på att utföra en betydande värdeöverföring till Merck (GUK) i enlighet med dessa avtal visar i tillräckligt hög grad att Lundbeck uppfattade Merck (GUK) som en potentiell konkurrent, vars inträde på marknaden var sannolikt, och som utgjorde ett hot mot dess ställning på marknaden vid tidpunkten för undertecknandet av de omtvistade avtalen.

219 Sökandena har dock bestritt det faktum att dessa uppgifter skulle räcka till för att styrka att det rådde potentiell konkurrens mellan dem och Merck (GUK) och de anser att kommissionen framför allt borde ha beaktat detta företags förmåga att ta sig in på marknaden i stället för att beakta dess avsikter i detta avseende. De har även ifrågasatt olika uttalanden som kommissionen använt i det angripna beslutet vilka enligt dem hade citerats tagna ur sitt sammanhang och inte gjorde det möjligt att fastställa att Natcos aktiva farmaceutiska substans inte gjorde intrång i något av Lundbecks patent, särskilt vad gällde kristalliseringspatentet.

220 Det räcker emellertid att konstatera att kommissionen inte enbart grundade sig på Merck (GUK):s och Lundbecks subjektiva bedömningar när den fastställde att det rådde potentiell konkurrens dem emellan, utan på objektiva uppgifter, såsom den omständigheten att Merck (GUK), vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket ingicks, hade ingått ett leveransavtal med Schweizerhall som syftade till att företaget skulle förse sig med citalopram från Natco, att det redan hade byggt upp ett stort lager med generiskt citalopram, och att det den 9 januari 2002 hade erhållit ett godkännande för försäljning i Förenade kungariket.

221 Sökandena har inte desto mindre inledningsvis påstått att Merck (GUK) inte hade kunnat lansera sina generiska produkter på marknaden utan att inkräkta på deras patent. Det handlar emellertid på nytt om en subjektiv bedömning från deras sida, eftersom vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket ingicks, ingen domstol i EES hade förklarat att Natcos aktiva farmaceutiska substans som användes av Merck (GUK) för att tillverka dess generiska citalopram gjorde intrång i något av Lundbecks patent. Dessutom hade vid den tidpunkt då detta avtal ingicks, Lundbecks kristalliseringspatent inte ens beviljats i Förenade kungariket. Slutligen ska det erinras om att Merck (GUK) inte behövde bevisa att företagets produkter inte innebar intrång för att kunna saluföra dem i Förenade kungariket (se punkt 122 ovan). Merck (GUK) riskerade på sin höjd att behöva konfronteras med ansökningar om förbudsförelägganden eller en talan om patentintrång från Lundbecks sida, emellertid utan någon garanti för att talan skulle bifallas, då förekomsten av patentintrång enligt Lundbecks egna uppskattningar var särskilt svår att styrka när det gällde metodpatent (skäl 629 i det angripna beslutet). Dessutom skulle Merck (GUK) i en eventuell tvist ha kunnat väcka frågan om Lundbecks patents giltighet via ett genkäromål om ogiltighet (se punkt 122 ovan).

222 Tvärtemot vad sökandena anser, var kommissionen inte skyldig att med säkerhet fastställa att Merck (GUK) skulle träda in på marknaden, under avtalens giltighetstid med hjälp av en aktiv farmaceutisk substans som inte inkräktade på något av Lundbecks patent. Kommissionen behövde endast visa att Merck (GUK) hade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks och att dessa perspektiv inte utgjorde rent teoretiska möjligheter utan vittnade om en verklig förmåga att träda in på marknaden tillräckligt snabbt för att utöva ett konkurrenstryck på Lundbeck.

223 Mot bakgrund av uppgifter som finns i skäl 738 och följande skäl såsom de sammanfattats ovan i punkterna 215–218, kan sökandena inte med framgång påstå att kommissionen inte har utfört denna uppgift. Den omständigheten att Merck (GUK) helt kort kunde närvara på marknaden med sina generika, i augusti 2003, när företaget bedömde att villkoren för dess avtal med Lundbeck inte längre var tillräckligt goda (skäl 755 i det angripna beslutet), vittnar på ett frapperande sätt om att Merck (GUK) åtminstone var en potentiell konkurrent till Lundbeck vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket ingicks. Om sökandenas tes godtogs skulle det betyda att Merck (GUK) inte ens vid den tidpunkten kunde betraktas som en potentiell konkurrent till Lundbeck, eftersom det inte var utrett att företagets produkter inte inkräktade på något av Lundbecks patent, fastän det hade sålt tabletter till ett värde av 3,3 miljoner GBP i Förenade kungariket. En sådan ståndpunkt är uppenbarligen ohållbar. Slutligen vittnar likaledes den omständigheten att Lundbeck föredrog att ingå avtal med Merck (GUK) för att försena företagets inträde på marknaden, om att Lundbeck uppfattade Merck (GUK) som ett hot eftersom detta företag var kapabelt att utöva konkurrenstryck på marknaden för citalopram, vid den tidpunkt då detta avtal ingicks (se punkt 103 ovan).

224 Vad sedan angår sökandenas argument, att Merck (GUK) inte hade haft någon möjlighet att vända sig till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen under de omtvistade avtalens giltighetstid, kan det noteras att detta argument är verkningslöst, mot bakgrund av det ovan anförda, då kommissionen inte var skyldig att med säkerhet fastställa att Merck (GUK) skulle träda in på marknaden tack vare en aktiv farmaceutisk substans som inte utgjorde intrång för att kunna betrakta företaget som en potentiell konkurrent till Lundbeck vid den tidpunkt då dessa avtal ingicks. Såsom kommissionen helt riktigt har framhållit, byggde i vart fall det leveransavtal som Merck (GUK) hade ingått med Schweizerhall på hypotesen att Natcos aktiva farmaceutiska substans inte inkräktade på något av Lundbecks patent efter utgången av dess ursprungspatent. I en situation där Merck (GUK):s produkter som byggde på Natcos aktiva farmaceutiska substans hade bedömts utgöra intrång är det följaktligen mycket troligt att Merck (GUK) skulle ha kunnat häva avtalet och försöka förse sig med generiskt citalopram hos en annan leverantör än Schweizerhall eller samarbeta med Schweizerhall för att detta företag skulle tillhandahålla generiskt citalopram som framställts med metoder som inte utgjorde intrång (punkt 197 ovan).

225 Därför var det utan att begå något fel som kommissionen i det angripna beslutet fann att Merck (GUK) hade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden för citalopram i Förenade kungariket vid den tidpunkt då GUK-avtalet för Förenade kungariket undertecknades och att företaget följaktligen åtminstone var en potentiell konkurrent till Lundbeck vid den tidpunkten.

2. Situationen i EES

226 Vad sedan angår konkurrenssituationen i EES redogjorde kommissionen i skäl 827 och följande skäl för orsakerna till att den bedömde att Merck (GUK) kunde betraktas som en potentiell konkurrent till Lundbeck i de flesta av EES-staterna. Vid tidpunkten för undertecknandet av avtalen, hade Merck (GUK) ingått ett exklusivt distributionsavtal med Schweizerhall avseende Natcos aktiva farmaceutiska substans. Detta avtal gjorde Schweizerhall till Natcos huvuddistributör i en rad EES-stater (det vill säga Belgien, Tyskland, Spanien, Frankrike, Italien, Nederländerna, Finland, Sverige och Norge) och gjorde Merck (GUK) till ”sin priviligierade kund” i den meningen att dess behov av citalopram skulle behandlas med förtur (skäl 235 i det angripna beslutet).

227 I maj 2002 erhöll NM Pharma, som var Merck (GUK):s distributör i Sverige, ett godkännande för försäljning och trädde in på den svenska marknaden. NM Pharma förfogade även över ett stort distributionsnät i Norge och räknade med att kunna använda sitt svenska godkännande för försäljning till att erhålla godkännanden för försäljning i Belgien, Danmark, Spanien, Nederländerna, Finland och Norge via det förfarande för ömsesidigt erkännande som föreskrivs i direktiv 2001/83. Merck (GUK) avsåg, å sin sida, att erhålla liknande godkännanden för försäljning i Tyskland, Irland, Grekland, Frankrike, Italien, Österrike, och Portugal genom att använda det godkännande för försäljning som företaget erhållit för Förenade kungariket (skälen 829 och 830 i det angripna beslutet). Dessutom angavs, i punkt D i ingressen till GUK-avtalet för EES, Merck (GUK):s roll som potentiell konkurrent i EES-området (skäl 831 i det angripna beslutet).

228 Dessa omständigheter gjorde det möjligt för kommissionen att dra slutsatsen att Merck (GUK) och Lundbeck åtminstone var potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då GUK-avtalet för EES undertecknades i oktober 2002. Merck (GUK) hade till och med varit en faktisk konkurrent till Lundbeck i Sverige under några månader innan avtalet undertecknades via dess distributör NM Pharma. Själva den omständigheten att Lundbeck hade gått med på att genomföra en betydande värdeöverföring till Merck (GUK), i enlighet med detta avtal, visar för övrigt i tillräcklig utsträckning att Lundbeck uppfattade Merck (GUK) som en potentiell konkurrent, vars inträde på marknaden var sannolikt, och som utgjorde ett hot mot dess ställning på marknaden för citalopram vid tidpunkten för undertecknandet av GUK-avtalet för EES (skäl 832 i det angripna beslutet).

229 Sökandena har emellertid gjort gällande att produktmarknaderna för tillhandahållande av farmaceutiska produkter som citalopram har nationell räckvidd och därför borde kommissionen ha bedömt huruvida Merck (GUK) och Lundbeck var potentiella konkurrenter i varje medlemsstat i EES i stället för att företa en enda bedömning avseende EES i dess helhet.

230 Det bör emellertid framhållas att den analys som kommissionen gjorde i skälen 827–840 i det angripna beslutet (se punkterna 226–228 ovan) på ett tillräckligt övertygande sätt visar att Merck (GUK) och Lundbeck kunde betraktas som potentiella konkurrenter inom hela EES-området, vid den tidpunkt då GUK-avtalet för EES ingicks. Den omständigheten att Merck (GUK) inte hade erhållit ett godkännande för försäljning i alla EES-staterna vid den tidpunkt då GUK-avtalet för EES ingicks och inte ens under avtalets giltighetstid, betyder inte att företaget saknade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaderna i de olika EES-staterna vid den tidpunkt då avtalet ingicks.

231 Såsom kommissionen visade i skäl 827 och följande skäl i det angripna beslutet hade nämligen Merck (GUK) för avsikt att använda det förfarande för ömsesidigt erkännande som finns föreskrivet i direktiv 2001/83 för att erhålla godkännanden för försäljning i andra medlemsstater med stöd av det godkännande för försäljning som företaget redan erhållit i Förenade kungariket och med stöd av det godkännande för försäljning som innehades av dess distributör NM Pharma i Sverige (se punkt 227 ovan).

232 Vidare visar den omständigheten att GUK-avtalet för EES omfattade hela EES-området (Förenade kungariket ej inbegripet) i tillräcklig mån att Lundbeck uppfattade Merck (GUK) som ett potentiellt hot på hela detta territorium och att detta företag förfogade över verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden för citalopram, om inte i alla EES-stater, så åtminstone i en stor majoritet av dem (se skäl 827 och följande skäl i det angripna beslutet). Enligt vad kommissionen uppgav i fotnot 1540 i det angripna beslutet, var den inte skyldig att visa att om det inte hade funnits något GUK-avtal för EES, så skulle Merck (GUK) med säkerhet ha trätt in i varje medlemsstat i EES under detta avtals giltighetstid. Det är nämligen inte möjligt att i efterhand rekonstruera dagen för inträde i varje medlemsstat i EES, då GUK-avtalet för EES just hade till syfte och verkan att avbryta de ansträngningar som Merck (GUK) hade gjort härvidlag.

233 Detta argument förbiser på nytt skillnaden mellan verklig och potentiell konkurrens, då den sistnämnda inte kräver att det visas att ett visst marknadsinträde ägt rum utan endast att det finns verkliga och konkreta möjligheter för detta. Det framgår emellertid av skälen 328 och 347 i det angripna beslutet att Merck (GUK) hade avsikten och förmågan att saluföra citalopram i EES tillräckligt snabbt för att kunna utöva konkurrenstryck på Lundbeck, vid den tidpunkt då GUK-avtalet för EES ingicks.

234 Det framgår i vart fall av det angripna beslutet att kommissionen beaktade de olikheter som fanns mellan EES-staterna, när dessa visade sig vara relevanta för undersökningen av om det förekom potentiell konkurrens på detta territorium. Kommissionen nämnde således i skäl 827 i det angripna beslutet att patentet för Lundbecks aktiva farmaceutiska substans inte gick ut förrän i april 2003 i Österrike, till skillnad från i de övriga medlemsstaterna. Den studerade även situationen i fråga om godkännandena för försäljning i olika EES-stater i skälen 326, 347 och 827–830 i det angripna beslutet.

235 Angående sökandenas argument att det var oundvikligt att NM Pharma skulle råka ut för att sökande väckte talan mot företaget i domstol, är det tillräckligt att konstatera att det påståendet motsägs av de faktiska omständigheterna, eftersom NM Pharma faktiskt var närvarande på den svenska marknaden under nästan fem månader och bedrev ”mycket uppmuntrande” försäljning där (skäl 325 i det angripna beslutet) utan att bli föremål för någon som helst talan i domstol från Lundbecks sida.

236 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den sjätte delgrunden.

I – *Den sjunde delgrunden: Avsaknaden av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Arrow vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks*

237 Sökandena har hävdat att Arrow, vid ingåendet av Arrow UK-avtalet och det danska Arrow-avtalet, inte befann sig i en situation med potentiell konkurrens med dem.

238 Vad först angår Förenade kungariket, hade Arrow nämligen inte förfogat över ett godkännande för försäljning förrän i juli 2002, vilket dessutom avsåg Ciplas och Matrix aktiva farmaceutiska substanser som erhållits med hjälp av dessas ursprungliga tillverkningsmetoder (nedan kallade Cipla I- och Matrix I-metoderna) vilka enligt sökandena gjorde intrång i kristalliseringspatentet. Det finns inget som bevisar att Arrow hade en rimlig chans att få detta patent ogiltigförklarat. För övrigt hade företaget inte kunnat räkna med något samarbete med Cipla för att visa att det inte rörde sig om patentintrång.

239 Arrow hade inte heller förfogat över verkliga och konkreta möjligheter att gå över till de aktiva farmaceutiska substanser som tillverkades enligt Cipla II- och Matrix II-metoderna, vilka i vart fall i samma mån, skulle ha inneburit intrång, eller till Ranbaxys citalopram som förutom att inkräkta på amid- och jodpatenten inte hade omfattats av något godkännande för försäljning.

240 Sökandena har därefter åberopat domen av High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Överdomstolen (England och Wales), Chancery Division) av den 23 oktober 2001 i målet Smithkline Beecham Plc mot Generics (UK) Ltd ((2002) 25(1) I.P.D. 25005) (nedan kallad domen Paroxetine), av vilken det följer att ett generiskt företag inte kan träda in på marknaden innan det har bevisat att dess produkt inte innebär något intrång, vilket Arrow inte hade varit i stånd att göra.

241 Den omständigheten att sökandena hade accepterat att ingå avtal med Arrow i vilka det föreskrevs betalningar från deras sida betydde inte heller att de uppfattade företaget som en potentiell konkurrent, utan att de befarade att deras patent skulle utsättas för intrång.

242 Vad Danmark beträffar, har sökandena hänvisat till de flesta av argumenten angående Förenade kungariket och tillagt att Arrow inte trädde in på marknaden förrän år 2005 och att det under det danska Arrow-avtalets giltighetstid var flera generiska företag som fick förbudsförelägganden under sina försök att sälja generiskt citalopram i denna medlemsstat.

243 Kommissionen har bestritt samtliga argument.

1. Situationen i Förenade kungariket

244 För det första är det lämpligt att pröva sökandenas argument angående den påstådda avsaknaden av potentiell konkurrens mellan dem och Arrow när Arrow UK-avtalet ingicks.

245 Vad angår sökandenas påståenden att det varit omöjligt för Arrow att träda in på marknaden med Ciplas eller Matrix citalopram, ska följande anföras.

246 I skälen 375 och 878 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen först att Arrow den 22 maj 2001 hade ingått ett avtal med Tiefenbacher för att dels förvärva de godkännanden för försäljning som detta företag hade ansökt om i flera EES-länder avseende generiskt citalopram, dels köpa tabletter av detta läkemedel som tillverkats med Ciplas eller Matrix aktiva farmaceutiska substans som råvara.

247 I skälen 379 och 878 i det angripna beslutet nämnde kommissionen därefter att Arrow den 10 september 2001 av Tiefenbacher beställde tabletter med generiskt citalopram till ett värde motsvarande 2,8 miljoner tyska mark (DEM) som Arrow delvis mottog i november 2001 och delvis under den andra veckan i januari 2002. Dessa tabletter hade framställts med Ciplas aktiva farmaceutiska substans som råvara enligt Cipla I-metoden.

248 Det följer därefter av skäl 382 i det angripna beslutet att det hölls ett möte den 14 december 2001 mellan Arrow och Tiefenbacher. Enligt de anteckningar från detta möte som sökandena företedde vid tribunalen ansåg Tiefenbacher att det citalopram som tillverkats enligt Cipla I-metoden kunde ha inkräktat på kristalliseringspatentet, om det hade beviljats i Förenade kungariket, trots att Cipla hävdat att dess metod motsvarade en av de metoder som angavs i ursprungspatenten. I anteckningarna angavs det även att Arrow ville lägga upp en försvarsstrategi avseende de yrkanden om förbudsföreläggande som Lundbeck skulle framställa vid behöriga domstolar i syfte att motsätta sig Arrows inträde på marknaden i Förenade kungariket. Dessutom nämns det i det e-postmeddelande genom vilket anteckningarna översändes att en medarbetare hos Arrow hade studerat Cipla I- och Matrix I-metoderna och dragit slutsatsen att dessa inte verkade göra intrång i kristalliseringspatentet.

249 Enligt skäl 383 i det angripna beslutet förvärvade Arrow den 21 december 2001 av Tiefenbacher den ansökan om godkännande för försäljning som detta företag tidigare hade deponerat hos de behöriga myndigheterna i Förenade kungariket. Denna ansökan som, i enlighet med det förfarande för ömsesidigt erkännande som anges i artikel 18 i direktiv 2001/83 byggde på det godkännande för försäljning som Tiefenbacher tidigare hade erhållit i Nederländerna, beviljades i juli 2002, efter det att den talan som Lundbeck hade väckt i Nederländerna mot detta godkännande för försäljning hade ogillats. I detta hänseende kan det noteras, såsom kommissionen framhöll i skäl 882 i det angripna beslutet, att den potentiella konkurrensen sätter igång innan ett godkännande för försäljning beviljas (punkterna 92-94 ovan) och att ett sådant i vart fall beviljades under Arrow UK-avtalets giltighetstid.

250 I skäl 387 i det angripna beslutet uppmärksammade kommissionen den omständigheten att Cipla, i ett e-postmeddelande som översändes till Arrow den 15 januari 2002, sade sig vara berett att stödja företaget inom ramen för en eventuell tvist med Lundbeck, trots att Cipla hade velat tillhandahålla den nödvändiga informationen angående sin metod direkt till de behöriga myndigheterna och inte

först till Arrow eller Tiefenbacher. Således har det föga betydelse att Cipla enligt ett e-postmeddelande av den 11 januari 2002, som nämns i skäl 385 i det angripna beslutet, inte ville lämna ut ytterligare information om sin metod.

251 Det följer av skäl 389 i det angripna beslutet att Arrow i ett e-postmeddelande av den 22 januari 2002, som svar på den varning som sökandena hade översänt till Arrow dagen innan, hade underrättat dem om den omständigheten att företaget inte tänkte göra intrång i deras nya patent.

252 I ett e-postmeddelande av den 23 januari 2002 som nämns i skälen 390, 880 och 887 i det angripna beslutet, vilket riktades till en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, uttalade ett av Arrows dotterbolag, Resolution Chemicals, att det ”[skulle lansera sin produkt] i Förenade kungariket nästa vecka”. I detta e-postmeddelande, visade Resolution Chemicals också intresse för denna leverantörs aktiva farmaceutiska substans, som en andra källa till den aktiva farmaceutiska substansen.

253 Det ska erinras om Arrow inte medgav i sjunde skälet i Arrow UK-ingressen, att företaget hade begått intrång i Lundbecks patent, utan det inskränkte sig till att uppmärksamma att det inte kunde bestrida anklagelsen med stöd av ovedersägliga bevis.

254 Det följer av skälen 157, 627, 669 och 745 samt fotnot 322 i det angripna beslutet att andra generiska företag och Lundbeck självt tvivlade på att kristalliseringspatentet var giltigt. Lundbeck bedömde faktiskt att sannolikheten för att detta patent skulle ogiltigförklaras var mellan 50 och 60 procent. Visserligen hänför sig denna uppskattning till tiden efter ingåendet av de omtvistade avtalen. Sökandena har emellertid inte lämnat någon uppgift som kan förklara varför deras tidigare bedömning av denna fråga var en annan. Vidare måste det också tas hänsyn till de resonemang som det redogjorts för ovan i punkt 122 angående ogiltigförklaring av metodpatenten. Om kristalliseringspatentet hade ogiltigförklarats, skulle Arrows eventuella intrång i detta inte fått några konsekvenser.

255 Dessa bevis är tillräckliga för att det ska anses att Arrow, när Arrow UK-avtalet ingicks, befann sig i ett potentiellt konkurrensförhållande till Lundbeck på grund av de verkliga och konkreta möjligheter som företaget hade att träda in på marknaden med Ciplas citalopram som tillverkats enligt Cipla I-metoden.

256 Vad gäller möjligheten att Arrow skulle byta tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen och övergå till Matrix aktiva farmaceutiska substans som tillverkades enligt Matrix I-metoden, vilken Tiefenbacher hade kunnat förse Arrow med, ska det noteras att enligt det e-postmeddelande som åtföljde anteckningarna från mötet den 14 december 2001 (se punkt 248 ovan), bedömde Arrow att den metod som Matrix använde för att framställa denna aktiva farmaceutiska substans troligen inte gjorde intrång i kristalliseringspatentet. I anteckningarna omtalas även möjligheten att Arrow skulle gå över till Matrix aktiva farmaceutiska substans, samtidigt som man utgick från att det inte var möjligt att göra en sådan förändring på det stadium som Arrow befann sig i vid den tiden. Härvidlag bör det noteras, såsom kommissionen helt riktigt har påpekat i skälen 885, 886, 889 och 895 i det angripna beslutet samt fotnot 1636 i detta, att Arrows avtal med Tiefenbacher möjliggjorde denna övergång, även om den omständigheten att det valet kan ha varit en mindre förmånlig lösning för Arrow än den som bestod i att ingå ett avtal med Lundbeck inte hindrar att det ska anses att företaget förfogade över en verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden med citalopram som framställts ur denna aktiva farmaceutiska substans.

257 Vad angår sökandenas argument rörande Matrix II- och Cipla II-metoderna, kan det hänvisas till punkterna 198–200 ovan.

258 Vad gäller sökandenas argument som bygger på domen Paroxetine, vilken nämnts ovan i punkt 240, ska det erinras om att en fråga angående tolkningen av nationell rätt i en medlemsstat är en sakfråga (se dom av den 21 december 2011, A2A/kommissionen, C-318/09 P, EU:C:2011:856, punkt 125 och

där angiven rättspraxis, och dom av den 16 juli 2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung/kommissionen, T-309/12, EU:T:2014:676, punkt 222 och där angiven rättspraxis) över vilken tribunalen i princip är skyldig att utöva sin fulla kontroll (punkt 113 ovan).

259 I det mål som gav upphov till den ovan i punkt 240 nämnda domen Paroxetine, tillämpade den berörda domstolen de principer som reglerar sådana interimistiska förordnanden som förbudsföreläggande i engelsk rätt och den ansåg att intresseavvägningen talade till förmån för originalproducenten mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet och särskilt den omständigheten att det generiska företag som det rörde sig om inte hade undanröjt hindren genom att underrätta nämnda producent om sin bestämda avsikt att lansera den generiska produkten på marknaden, fastän det hade förberett marknadsinträdet i fyra år och trots att de visste att producenten innehade patent som kunde göra det möjligt att väcka talan om patentintrång mot företaget.

260 Inte desto mindre och utan att det är nödvändigt att uttala sig exakt om hur domen Paroxetine ska tolkas och vilken räckvidd den ska ha, kan det anföras att det finns flera olikheter mellan det aktuella målet och det mål som gav upphov till den domen.

261 Det följer nämligen av skäl 374 i det angripna beslutet att sökandena och Arrow redan den 15 december 2000 hade tagit kontakt med varandra för att diskutera frågan om generiskt citalopram. Vidare konstaterade kommissionen i skäl 389 i det angripna beslutet att Arrow i januari 2002 hade bekräftat för sökandena att företaget förberedde sig för att träda in på marknaden i Förenade kungariket.

262 Medan det patent som potentiellt hade blivit föremål för intrång av det generiska företag som det handlade om i målet Paroxetine redan existerade under hela den period då detta företag förberedde sig för att träda in på marknaden, hade Lundbecks patentansökan för kristallisering avseende Förenade kungariket i det aktuella fallet inte inkommit förrän den 12 mars 2001 och inte offentliggjorts förrän den 4 juli 2001, och själva patentet hade inte slutgiltigt beviljats, i den mening som avses i artikel 25 i UK Patent Act förrän den 30 januari 2002, det vill säga efter ingåendet av Arrow UK-avtalet.

263 Vidare har sökandena inte gett någon förklaring, utöver det bristfälliga systemet för patentskydd i Europa och den asymmetriska riskfördelning som är en följd därav, till att det företag som sökandena består av vilket är ett erfaret företag med specialiserade advokater som rådgivare, föredrog att ingå ett så kostsamt avtal som Arrow UK-avtalet, vilket enbart gjorde det möjligt för det att skjuta upp Arrows inträde på marknaden i Förenade kungariket. Om sökandenas tolkning av den ovan i punkt 240 nämnda domen Paroxetine var riktig, i likhet med deras övertygelse om att kunna blockera generikas inträde med hjälp av sina patent, skulle nämligen interimistiska åtgärder ha beviljats mot Arrow i Förenade kungariket för det fall Arrow skulle försöka träda in på denna marknad med sina generiska läkemedel, vilka således skulle ha gjort det möjligt för dem att blockera detta inträde i väntan på en förmånlig dom i sakfrågan.

264 Såvitt sökandena i huvudsak har åberopat att riskerna är asymmetriskt fördelade mellan dem och Arrow, finns det anledning att hävda att det argumentet inte i sig kan ifrågasätta slutsatsen att de uppfattade företaget som ett hot på marknaden för citalopram, vid den tidpunkt då Arrow UK-avtalet ingicks.

265 Vad angår sökandenas argument som rör det faktum att de inte uppfattade Arrow som en potentiell konkurrent, utan som ett företag som kunde göra intrång i deras patent, ska det uppmärksammas att själva den omständigheten att de hade ingått ett avtal med Arrow utgör ett starkt indicium för att Lundbeck upplevde företaget som en potentiell konkurrent (se punkt 181 ovan). Dessutom ska det

erinras om att Lundbecks övertygelse om att företagets patent hade utsatts för intrång inte delades av Arrow (se sjunde skälet i Arrow UK-ingressen, punkt 35 ovan) och inte hade bekräftats av någon domstol vid den tidpunkt då Arrow UK-avtalet ingicks.

266 Följaktligen ska slutsatsen dras att kommissionen inte i det angripna beslutet gjorde någon oriktig bedömning genom att betrakta Arrow som en potentiell konkurrent till Lundbeck i Förenade kungariket.

2. Situationen i Danmark

267 Vad angår den potentiella konkurrensen i Danmark, kan sökandena inte vinna framgång med sitt argument att Arrow inte trädde in på marknaden så snart det danska Arrow-avtalet hade gått ut i april 2003, utan först år 2005. Härvidlag bör det först framhållas, att det rör sig om ett bevis i efterhand och att det gäller den effektiva och inte den potentiella konkurrensen. För övrigt är det viktigt att notera att den situation som rådde efter det att detta avtal löpt ut inte var jämförbar med den tidigare situationen, därför att marknadsvillkoren hade förändrats under tiden.

268 Vad angår det faktum att sökandena utverkade flera förbudsförelägganden i Danmark, bör det nämnas att dessa ligger senare i tiden än den dag då det danska Arrow-avtalet ingicks, varför kommissionen inte var skyldig att lägga dessa till grund för bedömningen av huruvida möjligheterna för Arrow att träda in på marknaden var verkliga och konkreta vid den tidpunkt då detta avtal ingicks. Om det antas att dessa förbudsförelägganden kunde tas i beaktande, borde detsamma gälla överklagade beslut varigenom flera förbudsförelägganden återkallas, vilka erhållits i första instans såsom kommissionen påpekade i skäl 185 i det angripna beslutet.

269 Även om det är sant att Arrow visste när det danska Arrow-avtalet ingicks att Cipla I-metoden troligen utgjorde intrång, kvarstår inte desto mindre dels att företaget inte kunde ha försökt utverka en ogiltigförklaring av kristalliseringspatentet, dels att det kunde ha försökt förse sig med först Matrix citalopram som tillverkades enligt Matrix I-metoden och sedan citalopram som tillverkades enligt Cipla II- eller Matrix II-metoden eller också Ranbaxys citalopram (se punkterna 198–201 och 256 ovan). Härvidlag bör det noteras att Arrow, till och med efter det att Lundbeck hade erhållit sitt kristalliseringspatent i Danmark, fullföljde sina åtgärder för att kunna förfoga över ett godkännande för försäljning inom rimlig tid för att kunna sälja det generiska citalopram som tillhandahölls av Tiefenbacher och framställdes med Ciplas eller Matrix aktiva farmaceutiska substans som råvara på den danska marknaden (se skälen 450, 454, 967 och 968 i det angripna beslutet samt tredje skälet i ingressen till det danska Arrow-avtalet).

270 Härav följer att kommissionen hade rätt när den ansåg att Arrow var en potentiell konkurrent till Lundbeck även i Danmark.

271 Talan kan följaktligen inte bifallas på den sjunde delgrunden.

J – *Den åttonde delgrunden: Avsaknaden av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Alpharma vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks*

272 Sökandena har hävdat att Alpharma inte befann sig i en situation med potentiell konkurrens med dem när Alpharma-avtalet ingicks.

273 Alpharma hade nämligen inte haft tillgång till något citalopram som inte gjorde intrång i deras patent, eftersom företaget var skyldigt att köpa sina produkter av Tiefenbacher. Det sistnämnda företaget försåg emellertid Alpharma med generiskt citalopram som erhållits enligt Cipla I-metoden, vilken klart utgjorde intrång och det hade endast kunnat tillhandahålla Alpharma andra produkter som utgjorde intrång, vilka erhållits med hjälp av Matrix I-metoden och senare Cipla II- och Matrix

II-metoderna. Vidare betydde inte Alpharmas tvivel på att kristalliseringspatentet var giltigt att företaget var en potentiell konkurrent, med hänsyn till den omständigheten att tvivlet grundades på subjektiva bedömningar.

274 Sökandena har därefter uppmärksammat att Alpharma endast förfogade över ett godkännande för försäljning avseende åtta EES-länder, däribland det för Förenade kungariket, som inte beviljades förrän i juli 2002.

275 Kommissionen har bestritt dessa argument.

276 Härvidlag ska det erinras om att kommissionen i skäl 1035 i det angripna beslutet framhöll att enligt ett e-postmeddelande av den 19 februari 2002 från Alpharmas verkställande direktör med ansvar för det relevanta ärendet hade Alpharmakoncernen i stället för att ingå Alpharma-avtalet kunnat träda in på marknaden med de citalopramtabletter som den redan hade mottagit eller beställt vilka hade tillverkats enligt Cipla I-metoden och hade kunna åberopa att kristalliseringspatentet var ogiltigt, i vilket metoden gjorde intrång enligt den information som Alpharmakoncernen och Lundbeck förfogade över vid den tiden.

277 Det ska inledningsvis uppmärksammas att den omständigheten att Alpharma inte alls hade uteslutit att företaget skulle träda in på marknaden med de tabletter som det redan hade mottagit eller beställt, följer även av ett internt e-postmeddelande av den 14 februari 2002, från samma verkställande direktör, vilket nämns i skäl 516 i det angripna beslutet. I detta e-postmeddelande förklarade vederbörande nämligen för en av sina medarbetare att Alpharma vid den tidpunkten hade en dubbel strategi (we are riding two horses) som dels bestod i att förbereda lanseringen av citalopram i flera EES-länder, dels i att förhandla med Lundbeck och att det troligen skulle bli nödvändigt att fatta ett beslut veckan därpå. Han preciserade att han för att fatta bästa möjliga beslut behövde en beskrivning av rättsläget i de nämnda länderna och vilka risker Alpharma var utsatt för.

278 Det följer således av e-postmeddelandena av den 14 och den 19 februari 2002 att Alpharma, samtidigt som företaget kände till de risker som inträdet på marknaden kunde medföra, inte hade övergett sina planer för det fall det skulle kunna ingå ett tillräckligt förmånligt avtal med Lundbeck. Eftersom det rör sig om interna e-postmeddelanden, är det inte troligt att de ståndpunkter som uttrycks där syftade till att lura Lundbeck. För övrigt var Lundbeck ett erfaret företag som hade följt Alpharmas agerande under lång tid, såsom framgår av de skrivelser som nämns i skälen 477 och 496 i det angripna beslutet. I dessa skrivelser nämns bland annat Lundbecks bruksmönster och kristalliseringspatent, så det kan inte anses att de nämnda e-postmeddelandena återgav ståndpunkter som uttryckts utan vetskap om riskerna för dessa immateriella rättigheter.

279 Vidare ska det erinras om de överväganden som formulerats ovan i punkterna 122 och 254 angående kristalliseringspatentets eventuella ogiltighet.

280 De uttalanden som ovannämnda e-postmeddelanden innehåller måste läsas mot bakgrund av de åtgärder som Alpharma dittills hade vidtagit i syfte att förbereda sitt marknadsinträde.

281 Härvidlag följer det av skälen 476, 486, 490, 516 och 1017 i det angripna beslutet att Alpharma, vid den tidpunkt då Alpharma-avtalet ingicks,

— redan den 25 juni 2001 hade ingått ett avtal med Tiefenbacher om leverans av generiskt citalopram tillverkat med Ciplas eller Matrix aktiva farmaceutiska substans som råvara,

— enligt detta avtal och ett tidigare avtal mellan samma parter av den 31 juli 2000, kunde erhålla ett godkännande för försäljning i Nederländerna på grundval av det godkännande som Tiefenbacher den 31 augusti 2001 hade erhållit av myndigheterna i denna medlemsstat, och, med tillämpning av det förfarande för ömsesidigt erkännande som föreskrivs i direktiv 2001/83, kunde erhålla godkännanden för försäljning i andra EES-länder,

— redan hade 9,4 miljoner citalopramtabletter i lager och hade beställt ytterligare 16 miljoner,

— redan hade erhållit godkännanden för försäljning i Nederländerna, Finland, Danmark och Sverige och den 9 januari 2002 hade erhållit försäkringar om att företaget skulle erhålla ett sådant godkännande inom en mycket nära framtid i Förenade kungariket, samt

— redan hade publicerat en prislista för sitt citalopram i Förenade kungariket.

282 Det ska likaledes uppmärksammas, i likhet med vad kommissionen gjort i skäl 1035 i det angripna beslutet, att Alpharma enligt e-postmeddelandet av den 19 februari 2002, i stället för att ingå Alpharma-avtalet, även hade kunnat skjuta upp sitt inträde på marknaden ända till våren eller sommaren samma år genom att gå över till Matrix citalopram som inte ansågs vara problematiskt med hänsyn till kristalliseringspatentet.

283 Det är visserligen sant att enligt e-postmeddelandet av den 19 februari 2002 innebar övergången till Matrix citalopram allvarliga nackdelar. Emellertid kan det noteras att det avtal som hade ingåtts mellan Tiefenbacher och Alpharma gjorde det möjligt för det sistnämnda företaget att erhålla såväl Ciplas som Matrix citalopram (se skäl 480 i det angripna beslutet).

284 Även om det i e-postmeddelandet av den 19 februari 2002 preciseras att övergången till Matrix aktiva farmaceutiska substans hade medfört att inträdet på marknaden blev uppskjutet, vilket hade minskat den beräknade vinsten, måste denna nackdel vägas mot den fördel som utgjordes av den omständigheten att risken för intrång i kristalliseringspatentet minskade. E-postmeddelandet motsäger inte alls, trots uppskjutandet av marknadsinträdet och dess konsekvenser, att övergången till Matrix aktiva farmaceutiska substans var ett ekonomiskt förnuftigt val. Det rörde sig helt enkelt om en faktor som gjorde att ingåendet av ett förmånligt avtal med Lundbeck var att föredra i ekonomiskt hänseende. Denna fråga saknar emellertid relevans för bedömningen av om det fanns verkliga och konkreta möjligheter för Alpharma att träda in på marknaden.

285 Den omständigheten att Matrix vid en senare tidpunkt än ingåendet av Alpharma-avtalet ändrade den metod som företaget använde för att tillverka den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, såsom framgår av fotnot 155 i det angripna beslutet, visar inte att den metod som tidigare fanns att tillgå inkräktade på kristalliseringspatentet, utan vittnar enbart om Matrix ansträngningar att skydda sig mot varje risk för patentintrång. Dessutom ägde ändringen rum under detta avtals giltighetstid, så Alpharma hade kunnat använda Matrix nya aktiva farmaceutiska substans som tillverkats enligt Matrix II-metoden om företaget inte hade fått betalt för att hålla sig utanför marknaden. I vart fall ansåg Alpharmakoncernen den 19 februari 2002 att Matrix aktiva farmaceutiska substans som byggde på Matrix I-metoden, vilken Matrix använde vid denna tid, kunde göra det möjligt för företaget att träda in på marknaden utan att inkräkta på kristalliseringspatentet.

286 Härav följer att vid den tidpunkt då Alpharma-avtalet ingicks förfogade detta företag över verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden med generiskt citalopram tillverkat enligt Cipla I- eller Matrix I-metoden. Vidare blev, såsom har utretts ovan i punkterna 198 och 200, även det generiska citalopram som tillverkades enligt Matrix II- och Cipla II-metoderna tillgängligt under detta avtals giltighetstid.

287 Konstaterandet att Alpharma var en potentiell konkurrent till sökandena har inte ifrågasatts genom deras hänvisning till ett uttalande som Alpharma gjorde till pressen den 28 februari 2002. Alpharma tillkännagav väsentligen genom detta uttalande att företaget skulle skjuta upp försäljningen av citalopram åtminstone till slutet av sommarsemestrarna och att det vid behov skulle kunna överge detta försäljningsprojekt med motiveringen att dess lager innebar ett problem med avseende på sökandenas patent. Alpharma tillade att det måste leta efter en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen och erhålla de nödvändiga tillstånden.

288 I samband härmed kan det noteras, såsom kommissionen nämnde i skäl 1055 i det angripna beslutet, att detta uttalande visar att Alpharmas planer hade ändrats till följd av ett ensidigt beslut från dess sida. Uttalandet innehåller nämligen inte en minsta hänvisning till Alpharma-avtalet, vilket är förenligt med dess hemliga karaktär såsom hade skrivits in i punkt 3.1. Dessutom måste den omständigheten att nämnda uttalande syftade till att ge förklaringar till Alpharmas potentiella kunder beaktas.

289 Detta uttalande vederlägger följaktligen inte kommissionens tes som bygger på e-postmeddelandena av den 14 och den 19 februari 2002 och de åtgärder som Alpharma hittills hade vidtagit, enligt vilken detta företag genom att det inte ingick Alpharma-avtalet hade en verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden.

290 Vad sökandenas argument beträffar angående det faktum att Alpharma inte förfogade över något godkännande för försäljning i alla EES-länderna, räcker det att notera att företaget redan kunde räkna med att utverka flera godkännanden för försäljning och att det hade verkliga och konkreta möjligheter att erhålla andra med tillämpning av det förfarande för ömsesidigt erkännande som föreskrivs i artikel 18 i direktiv 2001/83. För övrigt ska förekomsten av dessa möjligheter, enligt övervägandena i punkterna 163 och 171 ovan, betraktas som om det råder potentiell konkurrens.

291 Av det ovanstående följer att talan inte kan vinna bifall på den åttonde delgrunden.

K – *Den nionde delgrunden: Avsaknad av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Ranbaxy vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks*

292 Sökandena har hävdat att Ranbaxy vid den tidpunkt då Ranbaxy-avtalet ingicks inte befann sig en situation med potentiell konkurrens med dem.

293 Sökandena har först anfört att Ranbaxy visserligen vid ett möte som hölls den 17 april 2002 informerade dem om att företaget hade en metod som inte gjorde intrång i något patent, att det planerade att erhålla ett godkännande för försäljning inom åtta månader och att det just skulle ingå ett avtal med ett annat generiskt företag som skulle kunna köpa dess aktiva farmaceutiska substans och träda in på marknaden med generiskt citalopram som framställts ur denna aktiva farmaceutiska substans inom högst fyra månader. Det hade emellertid rört sig om en ”bluff” för att övertala dem att ingå ett avtal som var förmånligt för Ranbaxy. Den omständigheten att Ranbaxy gjorde uttalanden i samma riktning till andra generiska företag som var potentiella köpare angående sin aktiva farmaceutiska substans har inte heller något bevisvärde. Dess uttalande till Alpharma gjordes nämligen före Lundbecks undersökning av Ranbaxys reaktionsscheman, vilken hade gjort det möjligt att fastställa att Ranbaxys process gjorde intrång i amid- och jodpatenten.

294 Sökandena har sedan uppmärksammat att Ranbaxy inte hade någon verklig och konkret möjlighet att erhålla ett godkännande för försäljning under Ranbaxy-avtalets giltighetstid. Under det administrativa förfarandet medgav företaget att förfarandet för ömsesidigt erkännande i artikel 18 i direktiv 2001/83 var förenat med många svårigheter.

295 Sökandena har vidare understrukit att Ranbaxy i oktober 2002 förklarade att företaget inte hade sålt något citalopram efter juni 2002 och detta gällde inte enbart Europa utan hela världen, vilket bevisar att det inte kunde göra det, oberoende av Ranbaxy-avtalet, vilket endast avsåg EES.

296 Sökandena har anmärkt att Ranbaxy, efter det att det avtal löpt ut som angick detta företag, hade begärt att en licens skulle upplåtas av sökandena för jodpatentet i stället för att helt enkelt använda sin metod, vilket bekräftar att metoden gjorde intrång i patentet.

297 Det har inte lagts fram något bevis i det angripna beslutet för den omständigheten att sökandena eller Ranbaxy hyste tvivel angående amid- och jodpatentens giltighet, då de nämnda förklaringarna endast rörde kristalliseringspatentet.

298 Kommissionen har bestritt dessa argument.

299 När det först gäller sökandenas argument angående Ranbaxys påstådda bluff, ska det erinras om, såsom kommissionen framhöll i skälen 1095 och 1096 i det angripna beslutet, att det följer av protokollet från mötet den 17 april 2002 mellan dem och Ranbaxy att detta företag vid det tillfället hävdade följande

— Ranbaxy använde en metod som inte inkräktade på Lundbecks patent,

— Lundbeck kände till denna metod,

— Ranbaxy hade för avsikt att inge ansökningar om godkännande för försäljning i Förenade kungariket och Tyskland där företaget hade sina egna dotterbolag och förväntade sig att erhålla sina godkännanden för försäljning inom åtta månader,

— Ranbaxy stod i begrepp att ingå ett avtal med ett annat generiskt företag vars namn företaget inte avslöjade, men som Lundbeck trodde var Tiefenbacher eller ett av bolagen i Merckkoncernen, genom vilket Ranbaxy räknade med att åstadkomma att dess aktiva farmaceutiska substans kunde vara på marknaden i Nordeuropa inom tre till fyra månader,

— dess produktionskapacitet uppgick till 4,5 ton av den aktiva farmaceutiska substansen om året i hela världen,

— Ranbaxy var redo att ingå ett avtal med Lundbeck.

300 Det ska även påpekas att, enligt denna redogörelse, Lundbeck visste att ett sådant avtal kunde bli kostsamt och svårt med hänsyn till konkurrensrätten (se skälen 188 och 1095 i det angripna beslutet).

301 Lundbeck beslutade ändå att ingå Ranbaxy-avtalet vilket visar att företaget tog det hot som Ranbaxy utgjorde på allvar.

302 I detta sammanhang ska det framhållas, i överensstämmelse med rättspraxis (se punkterna 101 och 104 ovan), att Lundbecks uppfattning om Ranbaxy är en omständighet som kan tas i beaktande, även om den inte, i sig, räcker för att visa att det fanns potentiell konkurrens.

303 Vad beträffar möjligheten att sökandenas uppfattning hade påverkats av Ranbaxys lyckade bluff, kan det först och främst anföras att sökandena utgjorde ett erfaret företag, som sedan länge följde de generiska företagens agerande i fråga om citalopram (se särskilt skälen 172–183 i det angripna beslutet).

304 Beträffande Ranbaxy hade uppföljningen från sökandenas sida varit särskilt uppmärksam, eftersom de hade haft täta kontakter mellan januari och juli 2001 med det uttalade syftet att undersöka möjligheten att använda Ranbaxys citalopram, medan det i realiteten handlade om en avledande

strategi från deras sida (se skälen 549–552 i det angripna beslutet). I maj 2002 upptäckte dessutom sökandena att Ranbaxy hade ingett två patentansökningar i Indien som de, efter att ha analyserat Ranbaxys reaktionsscheman, ansåg kunde strida mot amid- och jodpatenten (se skälen 560–564 i det angripna beslutet).

305 Till och med efter det att Ranbaxy-avtalet undertecknats hade sökandena aldrig beklagat sig över att ha blivit lurade, men såsom följer av skäl 206 i det angripna beslutet, gladde de sig över att i december 2002, ha uppnått att den lansering av generiskt citalopram som var väntad första kvartalet 2002 skulle uppskjutas, vilket skapade goda förutsättningar för försäljningen av dess nya läkemedel Cipralex (se punkt 22 ovan). De ville till och med förlänga avtalet till den 31 december 2003 genom att den 19 februari 2003 underteckna ett tillägg. I avsaknad av varje bevis för detta är det inte trovärdigt att Ranbaxy skulle ha kunnat lura Lundbeck två gånger under en så lång period.

306 Vidare har Ranbaxy, såsom framgår av skäl 1105 i det angripna beslutet, före och efter ingåendet av Ranbaxy-avtalet, till tredje part framfört att dess metoder inte inkräktade på Lundbecks nya patent. I synnerhet i skälen 554, 557 och 1093 i det angripna beslutet, konstaterade kommissionen att Ranbaxy hade haft kontakter med Arrow, först i januari, sedan i april 2002, vilka avslutades med ett konkret erbjudande som rörde försäljningen av 500–1000 kg av den aktiva farmaceutiska substansen. Det är emellertid inte trovärdigt att Ranbaxy avsiktligt skulle ha lämnat falsk information till sina potentiella kunder med målet att övertyga dem om att köpa dess aktiva farmaceutiska substans. Ett sådant beteende skulle ha utsatt det för skadeståndstalan från dess kunders sida. Dessutom hade en av dessa erhållit all nödvändig dokumentation från Ranbaxys sida för att få den omständigheten bekräftad att dess metoder inte utgjorde överträdelser.

307 Den omständigheten att Ranbaxy inte var i färd med att bluffa sökandena har även bekräftats av andra bevis som kommissionen lagt fram i det angripna beslutet.

308 Således ska det först erinras om, såsom kommissionen framhöll i skäl 1091 i det angripna beslutet, att Ranbaxy hade börjat utveckla en metod för tillverkning av citalopram redan i januari 2001. Det följer av den handling som nämndes i skälen 552 och 1091 i det angripna beslutet att när Lundbeck i juli 2001 underrättade Ranbaxy om att företaget inte önskade köpa de 400 kg av den aktiva farmaceutiska substansen, som det sistnämnda företaget hade erbjudit Lundbeck, var Ranbaxy särskilt besviket av det skälet att det, under hela den föregående perioden under vilken Lundbeck hade fått Ranbaxy att tro att det fanns ett intresse för dess aktiva farmaceutiska substans, avsiktligt hade avstått från andra möjligheter som hade uppkommit.

309 I skälen 566 och 1092 i det angripna beslutet tog kommissionen först fasta på att Ranbaxy hade tillhandahållit tekniska data om dess aktiva farmaceutiska substans till en potentiell kund i Italien i december 2001, åtföljda under första halvåret 2002 av en försändelse med 16 kg av den aktiva farmaceutiska substansen. I januari 2002 hade en potentiell kund i Frankrike likaledes mottagit tekniska data. Därefter hade Ranbaxy år 2002 översänt en liten mängd av den aktiva farmaceutiska substansen till en potentiell svensk kund.

310 Det ska uppmärksammas, såsom kommissionen har framhållit i skäl 584 i det angripna beslutet, att Ranbaxy i juli 2002 sålde en liten mängd av sin aktiva farmaceutiska substans till den italienska kund som företaget hade varit i kontakt med flera månader tidigare. Om Ranbaxy kunde sälja en liten mängd av den aktiva farmaceutiska substansen just efter ingåendet av Ranbaxy-avtalet, måste det emellertid slås fast att företaget åtminstone förfogade över verkliga och konkreta möjligheter att göra det tidigare.

311 Slutligen ska det noteras att Ranbaxy, till och med efter det att sökandena hade studerat dess reaktionsscheman, beslutade att deponera sitt grunddokument för läkemedel hos de behöriga brittiska myndigheterna och sedan ansökte om godkännande för försäljning. Dessa åtgärder skulle dock inte ha vidtagits om det efter denna undersökning hade fastställts att den metod som Ranbaxy använde för att tillverka sin aktiva farmaceutiska substans gjorde intrång i amid- och jodpatenten.

312 Vad sedan gäller sökandenas argument angående den tid som behövs för att erhålla ett godkännande för försäljning, ska det erinras om de överväganden som gjorts ovan i punkterna 171, 177 och 178 samt uppgifterna om de frister som Ranbaxy tillkännagav vid mötet den 17 april 2002 (se punkt 299, tredje och fjärde strecksatsen ovan).

313 Eftersom de åtgärder som ett generiskt företag som Ranbaxy vidtar för att förbereda sitt inträde på marknaden med generiskt citalopram, inklusive vad angår det nödvändiga förfarandet för erhållande av godkännanden för försäljning, är relevanta för bedömningen av den potentiella konkurrensen och dessa åtgärder togs på allvar av Lundbeck, har det liten betydelse huruvida de nödvändiga förfarandena för att bevilja godkännandena för försäljning kunde ge resultat inom de frister som Ranbaxy planerat eller senare.

314 Det ska preciseras att om det är oundgängligt att förfarandet för att erhålla ett godkännande för försäljning fullgörs för att en effektiv konkurrens ska kunna existera, betraktas vägen dit när den väl har inletts av ett företag som sedan länge är i färd med att på allvar förbereda sitt inträde på marknaden som potentiell konkurrens, även om den i realiteten kan kräva en längre tid än vad de berörda planerat.

315 Även om det antas att Ranbaxy hade underskattat den tid som behövdes för att erhålla ett godkännande för försäljning, ska det noteras att Lundbeck inte desto mindre kände av konkurrenstrycket, så till den grad att företaget trodde att det låg i dess intresse att betala Ranbaxy för att begränsa eller till och med utesluta det från tillträde till marknaden under Ranbaxy-avtalets giltighetstid.

316 Denna betalning gjorde med nödvändighet Ranbaxys behovet av att skynda på förfarandet för utfärdande av ett godkännande för försäljning mindre uttalat, eftersom företaget genom ingåendet av Ranbaxy-avtalet hade försäkrat sig om betydande fördelar, enligt sin måttstock, i utbyte mot denna begränsning eller utestängning. Den omständigheten att Ranbaxy på grund av en ”omformatering” av handlingarna i ärendet, hade ingett sin ansökan om godkännande för försäljning i augusti 2002, medan enligt kommissionens konstateranden i fotnot 1887 i det angripna beslutet, alla relevanta testresultat hade översänts till Indien i juni, bekräftar att det inte längre var särskilt angeläget om att erhålla ett godkännande för försäljning efter det att avtalet med Lundbeck hade ingåtts.

317 I vart fall ska det framhållas att enligt artikel 17.1 i direktiv 2001/83 ska medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att förfarandet vid meddelande av godkännanden för försäljning är avslutat inom 210 dagar efter det att en giltig ansökan inlämnats. För det fall Ranbaxy hade lagt fram en ansökan som innehöll alla nödvändiga uppgifter borde således de behöriga myndigheterna ha behandlat den inom en frist som till och med var kortare än de åtta månader som nämns i protokollet från mötet den 17 april 2002.

318 Fristen på 210 dagar enligt artikel 17.1 i direktiv 2001/83 avbryts visserligen när den berörda myndigheten anser att en ansökan inte är giltig och anmodar det berörda företaget att överlämna kompletterande upplysningar.

319 När Lundbeck upprättade protokollet från mötet den 17 april 2002, gjorde företaget emellertid inte någon anmärkning om att den frist på åtta månader som Ranbaxy hade räknat med inte var realistisk utan noterade endast att ett avtal skulle kunna kosta i storleksordningen 10–20 miljoner USD eller mer (skäl 1095 i det angripna beslutet).

320 Härav följer att Ranbaxy förfogade över en verklig och konkret möjlighet att erhålla ett godkännande för försäljning under Ranbaxy-avtalets giltighetstid, vilket under förhållandena i det aktuella fallet var tillräckligt för att utöva ett konkurrenstryck på Lundbeck.

321 Sedan ska det erinras om att Ranbaxy enligt protokollet av den 17 april 2002 hade möjlighet att förvärva ett befintligt godkännande för försäljning eller att sälja sin aktiva farmaceutiska substans till ett generiskt företag som redan förfogade över ett godkännande för försäljning. Dessa båda val krävde emellertid med nödvändighet att godkännandena för försäljning skulle bli föremål för en typ II-ändring.

322 Det kan konstateras, enligt vad som anförts ovan i punkterna 306 och 309, att Ranbaxy innan avtalet med Lundbeck ingicks hade vidtagit flera åtgärder för att sälja sin aktiva farmaceutiska substans och inte för att sälja färdiga produkter som framställts med denna som råvara. Den omständigheten att försäljningen av färdiga produkter kunde ha varit mer lönsam hindrar inte att försäljningen av dess aktiva farmaceutiska substans kan anses ha varit en verklig och konkret möjlighet för Ranbaxy att konkurrera med Lundbeck, såsom nämndes i protokollet från mötet den 17 april 2002.

323 Enligt vad kommissionen betonade i fotnot 1885 i det angripna beslutet, är slutligen den frist på tre till fyra månader som nämns i protokollet av den 17 april 2002 förenlig med den statistik, från den behöriga brittiska myndigheten angående den tid som krävs för förfaranden angående typ II-ändringar, vilken kommissionen gett in till tribunalen och av vilken följer att från mars 2001 till februari 2002 hade de flesta av dessa förfaranden slutförts inom 90 dagar.

324 Det är visserligen sant, såsom följer av de inledande förklaringarna till denna statistik, att nämnda period beräknades med utgångspunkt i ingivandet av en fullständig ansökan utan beaktande av uppskov beroende på ansökningar med begäran om ytterligare upplysningar. Enligt vad kommissionen emellertid har understrukit, som svar på en fråga från tribunalen, bekräftade den behöriga brittiska myndigheten att under den period som avses i statistiken i fråga hade 50 procent av de ansökningar om typ II-ändringar som ingetts behandlats inom högst 90 dagar. I 40 procent av fallen hade nämligen ingen begäran om ytterligare upplysningar inkommit och i 10 procent av fallen hade översändandet av en sådan begäran inte förlängt förfarandet utöver den angivna fristen.

325 Denna statistik bekräftar således att det fanns en verklig och konkret möjlighet att ändra ett befintligt godkännande för försäljning så, att det avsåg citalopram som tillverkats enligt Ranbaxys metoder inom en frist av den storleksordning som nämndes i protokollet från mötet den 17 april 2002, eftersom ansökan om ändring kunde passa in i en av de situationer som nämnts ovan i punkt 324.

326 Vidare ska det noteras att om de förklaringar som tillhandahölls av den behöriga brittiska myndigheten hänför sig till tiden efter undertecknandet av Ranbaxy-avtalet och till och med till tiden efter antagandet av det angripna beslutet, i och med att de hade upprättats inför förfarandet vid tribunalen, hänvisar de till den situation som rådde vid tidpunkten för de förhandlingar som fördes i syfte att ingå Ranbaxy-avtalet och innehåller preciseringar vad angår tolkningen av uppgifter som förekommer i det angripna beslutet. Således kan dessa förklaringar beaktas på de villkor som anges i punkterna 138–141 ovan.

327 Ranbaxy har förklarat att företaget under Ranbaxy-avtalets giltighetstid varken hade sålt citalopram i Europa eller i övriga världen efter juni 2002 (se skäl 577 i det angripna beslutet). Här finns det anledning att påpeka att det inte rör sig om en relevant omständighet för utvärderingen av den potentiella konkurrensen i EES vid den tidpunkt då avtalet ingicks. Det faktum att Ranbaxy inte heller bedrev någon försäljning utanför EES visar nämligen på sin höjd att detta företag inte var en effektiv konkurrent till Lundbeck utanför EES, men det har inte någon som helst inverkan på om det förelåg ett potentiellt konkurrensförhållande vare sig inom eller utanför EES-området. Vidare ska det framhållas att kommissionen inte alls var skyldig att studera den potentiella konkurrensen utanför EES.

328 Vad angår sökandenas argument angående det faktum att Ranbaxy i januari 2004 hade begärt en licens av dem för jodpatentet vilket hade beviljats den 23 mars 2003, ska det påpekas att detta inte betyder att företaget inte hade verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden med sina produkter före år 2004. En licensansökan kan nämligen motiveras av flera olika skäl, exempelvis för att undvika varje talan om patentintrång. Ranbaxy kunde räkna med att sökandena skulle acceptera att bevilja dem en licens till ett reducerat pris, vilket skulle ha gjort det möjligt för företaget att skydda sig till en låg kostnad mot risken att göra intrång i jodpatentet. Det licensavtal som sökandena har åberopat är därför inte avgörande för frågan huruvida de var potentiella konkurrenter till Ranbaxy när Ranbaxy-avtalet ingicks.

329 Det ska i likhet med sökandena framhållas att det angripna beslutet inte verkar innehålla något omnämnande av att det förelåg tvivel angående amid- och jodpatentens giltighet. Bortsett från den omständigheten att jodpatentet ännu inte hade beviljats när Ranbaxy-avtalet ingicks, så att det inte kunde användas som grund för en talan om patentintrång, ska det emellertid noteras att den utvärdering av den potentiella konkurrensen mellan Lundbeck och Ranbaxy som görs i det angripna beslutet grundas i högre grad på de bevis som avslöjar att Ranbaxy förberedde sig för att träda in på marknaden av det skälet att företaget ansåg att dess metod inte utgjorde någon överträdelse, än på möjligheten att uppnå en ogiltigförklaring av de av Lundbecks patent som kunde blivit föremål för intrång.

330 Mot bakgrund av vad som anförts ovan, kan talan inte vinna bifall såvitt avser den nionde delgrunden och således inte såvitt avser den första grunden i dess helhet.

II – *Den andra, den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte grunden huvudsakligen angående ett åsidosättande av artikel 101.1 FEUF.*

331 Innan sökandenas argument prövas som rör de omtvistade avtalens innehåll, ändamål och sammanhang ska det kortfattat erinras om kommissionen inställning i det angripna beslutet när den betecknade de omtvistade avtalen i det aktuella fallet som konkurrensbegränsning genom syfte samt om relevant rättspraxis.

A – *Bedömningen i det angripna beslutet av huruvida det rörde sig om konkurrensbegränsning genom syfte*

332 Kommissionen fann i det angripna beslutet, att de omtvistade avtalen utgjorde konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF och den grundade sig härvid på en mängd faktorer som rörde avtalens innehåll, sammanhang och ändamål (punkterna 61–67 ovan).

333 Kommissionen bedömde således att en viktig omständighet i det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket de omtvistade avtalen ingicks, var att Lundbecks ursprungspatent hade löpt ut innan de omtvistade avtalen ingicks, men att Lundbeck hade erhållit – eller stod i begrepp att erhålla – flera metodpatent vid den tidpunkt då dess avtal ingicks, däribland kristalliseringspatentet. Kommissionen ansåg emellertid att ett patent inte ger rätt att begränsa parternas ekonomiska oberoende genom att gå utöver de rättigheter som patentet medger (skäl 638 i det angripna beslutet).

334 Kommissionen ansåg således att om alla uppgörelser i godo på patentområdet inte med nödvändighet är problematiska med avseende på konkurrensrätten, är detta fallet när det i avtal föreskrivs att den ena parten, vilken åtminstone är en potentiell konkurrent till den andra parten, ska utestängas från marknaden under en bestämd tid och när uppgörelserna i godo åtföljs av en värdeöverföring från patentinnehavaren till det generiska företag som kan begå intrång i detta patent (nedan kallat omvänd betalning) (skälen 639 och 640 i det angripna beslutet).

335 Det framgår också av det angripna beslutet att även om de begränsningar som föreskrevs i de omtvistade avtalen omfattades av tillämpningsområdet för Lundbecks patent, det vill säga att avtalen endast utgjorde hinder för tillträde för ett generiskt citalopram som hade bedömts potentiellt utgöra intrång av avtalsparterna och inte för varje typ av generiskt citalopram), skulle dessa trots allt vara konkurrensbegränsande genom syfte, eftersom de hade förhindrat eller gjort varje bestridande av Lundbecks patent meningslöst vid de nationella domstolarna, fastän denna typ av bestridande, enligt kommissionen, var en del av den normala konkurrensen på patentområdet (skälen 603-605, 625, 641 och 674 i det angripna beslutet).

336 Med andra ord hade de omtvistade avtalen, enligt kommissionen, förvandlat ovissheten om utgången av sådana tvistemål till visshet om att generika inte skulle komma ut på marknaden, vilket likaledes kunde utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte då dessa begränsningar inte var ett resultat av parternas bedömning av ifrågavarande ensamrätts förtjänster utan snarare av storleken på den omvända betalning som i detta fall överskuggade denna utvärdering och utgjorde ett incitament för det generiska företaget att inte fullfölja sina ansträngningar att träda in på marknaden (skäl 641 i det angripna beslutet).

337 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som sökandenas argument, vilka syftar till att ifrågasätta att det i det aktuella fallet rör sig om en konkurrensbegränsning genom syfte, ska prövas.

B – *Principer och rättspraxis som ska tillämpas*

338 Domstolen erinrar om att enligt artikel 101.1 FEUF är ”[f]öljande … oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden … som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”

339 Det framgår härvid av domstolens praxis att vissa typer av samordning mellan företag är så pass skadliga för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av deras resultat inte behöver göras (dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 49; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 30 juni 1966, LTM, 56/65, REG, EU:C:1966:38, s. 359 och 360, och dom av den 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, REU, EU:C:2013:160, punkt 34).

340 Denna rättspraxis grundas på att vissa former av samordning mellan företag redan till sin art kan anses vara skadliga för den normala konkurrensen (dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 50; se även, för ett liknande resonemang, dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 339 ovan, EU:C:2013:160, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

341 Det står således klart att vissa samordnade beteenden, såsom de som leder till horisontell prissättning av karteller, kan anses vara förenade med så pass stora risker för negativ inverkan på, i synnerhet, pris, kvantitet eller kvalitet för varor eller tjänster att det inte anses nödvändigt att vad gäller tillämpningen

av artikel 101.1 FEUF visa att de har konkreta verkningar på marknaden. Erfarenheten visar nämligen att sådana beteenden minskar produktionen och höjer priserna, vilket leder till en felaktig fördelning av resurserna, vilket särskilt drabbar konsumenterna (se, dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 51 och där angiven rättspraxis; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 20 november 2008, Beef Industry Development Society och Barry Brothers, C-209/07, REG, EU:C:2008:643, nedan kallad domen BIDS, EU:C:2008:643, punkterna 33 och 34).

342 Om en analys av en typ av samordning mellan företag leder till slutsatsen att den inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, ska däremot samordningens verkningar prövas. För att samordningen ska kunna förbjudas krävs det att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen på ett märkbart sätt faktiskt har hindrats, begränsats eller snedvridits (dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 339 ovan, EU:C:2013:160, punkt 34, och dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 52).

343 För att fastställa huruvida ett avtal är konkurrensbegränsande till sin karaktär och bedöma om det är tillräckligt skadligt för att anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte”, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF ska det vid prövningen fästas avseende vid innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som eftersträvas med avtalet samt det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i. Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna (dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 339 ovan, EU:C:2013:160, punkt 36 och dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 53).

344 Även om parternas uppsåt inte är avgörande för bedömningen av huruvida avtal är konkurrensbegränsande, finns det inget som hindrar konkurrensmyndigheterna, de nationella domstolarna och EU-domstolen från att beakta detta (dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 339 ovan, EU:C:2013:160, punkt 37, och dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 54).

C – Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning, faktiskt fel och bristfällig motivering vid bedömningen av värdeöverföringarnas roll i de omtvistade avtalen

345 Enligt sökandena, misstog sig kommissionen när den i beslutet fann att villkoret om betalningar från Lundbecks sida betyder att avtalen hade ett konkurrensbegränsande syfte, av det skälet att dessa betalningar vittnar om att begränsningarna i vart och ett av avtalen inte motsvarade parternas bedömning av de relevanta patentens styrka och intrånget i dessa (den första delgrunden). För övrigt innebar beslutet en missuppfattning vad gäller slutsatsen att de begränsningar som de omtvistade avtalen innehåller minskade eller avlägsnade incitamenten för de generiska företagen att på ett självständigt sätt fortsätta sina ansträngningar att ta sig in på marknaden, även om dessa begränsningar inte var mer omfattande än dem som var förbundna med Lundbecks patent. I beslutet fastställs varken att de betalningar som Lundbeck gjorde hade denna verkan eller att begränsningarna i fråga inte överensstämde med parternas bedömning (den andra delgrunden). Kommissionens uppfattning i detta avseende i det angripna beslutet är inkonsekvent och orealistisk och kommissionen har tillämpat ett oanvändbart rättsligt kriterium (den tredje delgrunden).

1. Den första delgrunden

346 Sökandena anser att beslutet har tillkommit genom felaktig rättstillämpning och ett faktiskt fel då slutsatsen dras att de omtvistade avtalen inte avspeglade parternas bedömning av patentens styrka.

347 Sökandena har uppmärksammat att det i det angripna beslutet konstateras att en uppgörelse i godo troligen är lagenlig när ”den har ingåtts på grundval av att var och en av parterna haft motstridiga uppfattningar om situationen för patenten” (skäl 604), men att begränsningar som föreskrivs inom

ramen för en uppgörelse i godo ”kan innebära ett åsidosättande av artikel 101 [FEUF] när begränsningarna är omotiverade och inte följer av parternas bedömning av egenskaperna hos ensamrätten i egentlig mening” (skäl 641). Konstaterandet i det angripna beslutet att de omtvistade avtalen inte avspeglade parternas bedömning av patentens styrka, stöds emellertid inte av någon skriftlig bevisning som vittnar om parternas misstänksamhet i fråga om de ifrågavarande patentens styrka. Konstaterandet bygger dessutom på den godtyckliga presumtionen att värdeöverföringarna endast tyder på att de begränsningar som dessa avtal innehåller inte går ihop med den uppfattning som parterna hade om patentens styrka.

348 Kommissionen har bestritt dessa argument.

349 Det bör erinras om att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att den omständigheten att begränsningarna i de omtvistade avtalen hade uppnåtts genom betydande omvända betalningar utgjorde en avgörande omständighet vid den rättsliga bedömningen av dessa avtal (skäl 660 i det angripna beslutet).

350 Det medges inte desto mindre i det angripna beslutet att förekomsten av en omvänd betalning inom ramen för en uppgörelse i godo inte alltid är problematisk, exempelvis när denna betalning är förbunden med patentets styrka, såsom var och en av parterna uppfattar den, när den är nödvändig för att finna en lösning som är acceptabel och legitim i båda parters ögon och när den inte åtföljs av begränsningar som syftar till att försena generikas inträde på marknaden (skälen 638 och 639 i det angripna beslutet). Kommissionen tog således upp exemplet med Neolab med vilket Lundbeck också hade ingått en uppgörelse i godo som inte ansågs problematisk, trots att det till och med innebar en omvänd betalning, eftersom denna betalning till förmån för Neolab ägde rum i utbyte mot ett åtagande från detta företags sida att inte begära skadestånd vid behöriga domstolar och Lundbeck avstod från att göra gällande några anspråk rörande patent under en viss period (skälen 164 och 639 i det angripna beslutet). I det fallet hade emellertid en omvänd betalning till syfte att faktiskt lösa en tvist parterna emellan, utan att för den skull försena generikas inträde på marknaden.

351 Även om det är sant, såsom sökandena har gjort gällande, att det i Neolabs fall, hade skett en första uppgörelse i godo mellan parterna enligt vilken Neolabs inträde på marknaden skulle försenas, i avvaktan på utgången av Lagap-tvisten, var denna uppgörelse inte, i sig, åtföljd av en värdeöverföring och den villkorades av att Lundbeck skulle erlägga skadestånd till Neolab för det fall domen i denna tvist skulle bli oförmånlig. Efter det att Lundbeck slutligen hade bestämt sig för att göra upp i godo med Lagap i tvisten dem emellan, hade Neolab fortfarande intresse av att erhålla skadestånd genom att uppnå en ogiltigförklaring av Lundbecks patent. Det var i detta sammanhang som Lundbeck föredrog att även lösa tvisten med Neolab genom en uppgörelse i godo och acceptera att betala skadestånd till Neolab för de år som detta företag hade hållit sig borta från marknaden samt att förbinda sig att inte göra gällande några anspråk i fråga om patent, för det fall Neolab skulle träda in på marknaden (skäl 164 i det angripna beslutet). Det sistnämnda åtagandet är således helt avgörande, eftersom i motsats till de omtvistade avtalen i det aktuella fallet, den omvända betalning som Lundbeck erlade inte utgjorde vederlag för en utestängning från marknaden, utan tvärtom åtföljdes av ett godtagande av en negativ fastställelse avseende intrång och ett åtagande om att inte förhindra Neolabs inträde på marknaden för sina generika.

352 När en omvänd betalning däremot kombineras med en utestängning från marknaden av konkurrenter eller en begränsning av incitamenten till att ett inträde äger rum, anser kommissionen helt riktigt att det är möjligt att anse att en sådan begränsning inte uteslutande har följt av parternas bedömning av patentens styrka utan att den har uppnåtts via en sådan betalning (skäl 604 i det angripna beslutet), som härigenom liknar ett uppköp av konkurrens.

353 Storleken på en omvänd betalning kan nämligen utgöra en indikation på ett patents styrka eller svaghet, såsom det uppfattades av parterna i avtalen vid den tidpunkt då dessa ingicks och på den omständigheten att originalproducenten inte var helt övertygad om sina chanser till framgång i en

eventuell tvist. Supreme Court of the United States (Förenta staternas högsta domstol) ansåg genom ett liknande resonemang att förekomsten av en betydande omvänd betalning i en uppgörelse i godo på patentområdet kunde utgöra ett användbart substitut för ett patents svaghet utan att en domstol behövde göra en fördjupad prövning av detta patents giltighet (dom av Supreme Court of the United States av den 17 juni 2013, Federal Trade Commission mot Actavis, 570 U.S. (2013)) (nedan kallad domen Actavis). Sökandena har, förefaller det, genom att citera skäl 640 i det angripna beslutet, för övrigt i sina skriftliga yttranden medgett att ju större chanser originalproducenten anser att vederbörande har när det gäller att få ett patent återkallat eller inte utsatt för intrång och ju större skadan skulle vara till följd av att generika kom in på marknaden, desto mer benägen blir denna producent att erlägga betydande summor till de generiska företagen för att undvika denna risk.

354 Det ska här understrykas att kommissionen inte i det angripna beslutet har fastställt att alla uppgörelser i godo på patentområdet som innehöll omvända betalningar stred mot artikel 101.1 FEUF, utan endast att dessa betalningars oproportionerliga karaktär, kombinerad med flera andra faktorer, exempelvis det faktum att beloppen avseende dessa betalningar åtminstone verkade motsvara de generiska företagens beräknade vinster vid ett inträde på marknaden, avsaknaden av klausuler som skulle göra det möjligt för de generiska företagen att lansera sina produkter på marknaden när avtalen gått ut utan att behöva befara någon talan om patentintrång från Lundbecks sida, och det faktum att avtalen innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent, möjliggjorde i det aktuella fallet slutsatsen att de omtvistade avtalen syftade till att begränsa konkurrensen, i den mening som avses i denna bestämmelse (skälen 661 och 662 i det angripna beslutet).

355 Det finns således anledning att slå fast att det var utan att begå något fel som kommissionen i det angripna beslutet fann att själva förekomsten av en omvänd betalning och dennas oproportionerliga karaktär var relevanta omständigheter i syfte att fastställa att de omtvistade avtalen utgjorde överträdelser av konkurrensen genom syfte i den mening som avses i artikel 101 FEUF, såtillvida att originalproducenten genom dessa betalningar uppmuntrade de generiska företagen att inte fullfölja sina självständiga ansträngningar att ta sig in på marknaden.

356 Inget av sökandenas argument föranleder tribunalen att göra någon annan bedömning.

357 Sökandena har gjort gällande att det inte i det angripna beslutet har styrkts att de omtvistade avtalen återspeglade parternas bedömning av patentens styrka. I det angripna beslutet hänvisas till en bokstavstolkning av specifika klausuler i de omtvistade avtalen samt isolerade uttalanden av Lundbeck och de generiska företagen angående den eventuella ogiltigheten hos eller eventuella avsaknaden av intrång i kristalliseringspatentet och det sägs avslutningsvis att parterna inte lyckades komma fram till ett avtal på grundval av patentens styrka. Dessa klausuler och uttalanden som är de enda skriftliga indicier som förekommer i beslutet, gör det dock inte möjligt att visa att parterna tvivlade på styrkan hos Lundbecks patent.

358 Sökandena har emellertid inte bestritt att de betalningar som föreskrevs i de omtvistade avtalen utgjorde ”vederlag” och var ”förbundna med” de generiska företagens åtaganden att inte lansera citalopram som gjorde intrång i Lundbecks patent. De har inte heller förnekat att betalningarna hade kunnat utgöra ett ytterligare incitament för de generiska företagen att uppnå ett avtal. Enligt sökandena bevisar dock inte enbart ett vederlag eller enbart ett samband att betalningarna ”överskuggade” den bedömning som parterna i de omtvistade avtalen gjort av patentens värde, så till den grad att ”resultatet av utestängningen inte erhölls genom patentets styrka, utan genom beloppet på värdeöverföringen” (skälen 604 och 641 i det angripna beslutet).

359 Det räcker att slå fast att detta argument är verkningslöst, då det bygger på en felaktig läsning av det angripna beslutet.

360 Kommissionen har nämligen inte i det angripna beslutet ansett att enbart uppgörelser i godo som ”uteslutande” bygger på parternas bedömning av patentens styrka undkommer en tillämpning av artikel 101.1 FEUF. Den har däremot, med beaktande av en rad faktorer (se punkt 354 ovan), bedömt att sådana avtal omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse när de innehåller betydande omvända betalningar som minskar eller eliminerar varje incitament för de generiska företagen att träda in på marknaden under en viss period, dock utan att lösa den bakomliggande patenttvisten (skäl 604 i det angripna beslutet). I det fallet ersätter nämligen värdeöverföringen parternas oberoende bedömning av styrkan hos originalproducentens patent och utvärderingen av deras chanser att vinna en eventuell tvist som grundas på dessa patent eller som rör deras giltighet (se punkt 353 ovan).

361 I det aktuella fallet ska det emellertid, i likhet med kommissionen, erinras om att parterna i de omtvistade avtalen var oense om huruvida Lundbecks patent var tillräckligt solida för att det skulle vara uteslutet att generiskt citalopram fick tillträde till marknaden och att dessa patent därför inte kan ha varit avgörande för att de generiska företagen åtog sig att inte träda in på marknaden. Betalningarna fungerade således som en utlösande faktor för att uppnå ett avtal (dealcleancher) och de var avgörande för att övertyga de generiska företagen om att upphöra med sina ansträngningar att träda in på marknaden.

362 Sökandena har därefter inte bestritt att de belopp som de erlagt till de generiska företagen kunde beräknas genom att beakta de vinster eller den omsättning som dessa hoppades åstadkomma under de omtvistade avtalens giltighetstid om de trädde in på marknaden, vilket utgör ett starkt indicium i det avseendet. Sökandena gjorde vid förhandlingen gällande att en sådan uträkning endast hade kunnat göras av de generiska företagen och inte av dem själva, vilket inte påverkar detta konstaterande.

363 Det bevismaterial som rör tiden före ingåendet av de omtvistade avtalen visar att de generiska företagen hade gjort avsevärda ansträngningar för att förbereda sitt inträde på marknaden och att de inte hade för avsikt att avstå från dessa ansträngningar med anledning av Lundbecks patent. Det rådde visserligen osäkerhet om huruvida deras produkter eventuellt skulle förklaras utgöra intrång av en behörig domstol. Det angripna beslutet visar emellertid att de generiska företagen hade reella chanser att vinna framgång i en eventuell tvist (se punkt 122 ovan och skälen 75 och 76 i det angripna beslutet). När sökandena ingick de omtvistade avtalen bytte de följaktligen denna ovisshet mot vissheten om att de generiska företagen inte skulle träda in på marknaden med hjälp av betydande omvända betalningar (skäl 604 i det angripna beslutet), och eliminerade härigenom all konkurrens på marknaden, även potentiell sådan, under avtalens giltighetstid.

364 Vidare anser sökandena att det inte framgår av det angripna beslutet på vilket sätt förekomsten av en värdeöverföring tyder på att begränsningarna inte överensstämde med avtalsparternas bedömning av de ifrågavarande patentens styrka. Enligt dem har kommissionen i det angripna beslutet baserat sig på förekomsten av betalningar från deras sida till förmån för de generiska företagen för att presumera att det förelåg tvivel angående giltigheten hos de relevanta patenten eller om det gjordes intrång i dessa. Det är felaktigt att påstå att ”ju starkare originalproducentens företags övertygelse är om att dess patent troligen är ogiltigt eller inte har blivit föremål för intrång … ju större är det belopp som det är berett att erlägga till tillverkaren av generika för att undkomma den risken” (skäl 640 i det angripna beslutet). Genom det angripna beslutet åsidosätts således reglerna om bevisvärdering enligt vilka det ankommer på kommissionen att avfärda alla andra förklaringar till värdeöverföringarna än den konkurrensbegränsande samverkan.

365 Sökandena har gjort gällande att en ekonomisk presumtion som den som kommissionen åberopat i det angripna beslutet, endast kan godtas om den vilar på en robust empirisk och teoretisk grund. Kommissionen kan stödja sig på en presumtion som inte är tillräckligt klar, endast om den har bevisat att det rör sig om den enda plausibla förklaringen. Denna norm borde tillämpas analogt vad gäller slutsatsen enligt vilken en omvänd betalning som förekommer vid en uppgörelse i godo tyder på att parterna tvivlade på det relevanta patentets styrka.

366 Här måste det, i överensstämmelse med den rättspraxis som nämnts ovan i punkterna 105–112, slås fast att kommissionen i det aktuella fallet grundade sig på en mängd uppgifter i det angripna beslutet som visade att det främst var storleken på de omvända betalningarna till förmån för de generiska företagen som uppmuntrade dessa att godta begränsningarna av sitt agerande och inte förekomsten av Lundbecks metodpatent eller viljan att undvika kostnader i samband med en eventuell tvist (se särskilt skälen 255 och 748 i det angripna beslutet samt punkterna 354 och 363 ovan). Vad till exempel angår Merck (GUK), visar det angripna beslutet att dessa belopp motsvarade de vinster som företaget räknade med att göra genom att träda in på marknaden, utan att det behövde fortsätta sina ansträngningar och ta riskerna i samband därmed (skälen 350, 809 och 862 i det angripna beslutet). Liknande överväganden återfinns i skälen 398, 460, 1071 och 1157 i det angripna beslutet vad beträffar Arrow, Alpharma och Ranbaxy.

367 Sökandena har dessutom i sina skriftliga yttranden själva citerat skäl 640 i det angripna beslutet (punkt 353 ovan), där kommissionen konstaterade att den omvända betalningens storlek ofta hör ihop med risken, såsom den uppfattas av originalproducenten, för att en dom meddelas i vilken det slås fast att hans patent är ogiltigt eller för att de generiska produkterna utgör intrång, samt den skada som dessa produkters inträde på marknaden skulle åsamka honom. Sökandena har inte heller bestritt vare sig att de omvända betalningarna utgjorde vederlag för de generiska företagens åtagande att avstå från att träda in på marknaden med generiskt citalopram som de ansåg gjorde intrång i deras patent eller att dessa betalningar kunde utgöra ett ytterligare incitament för de generiska företagen att ingå de omtvistade avtalen.

368 De bevis som är samtida med de omtvistade avtalen visar för övrigt att sökandena hade för avsikt att använda ”en stor hög med [USD]” för att utestänga generika från marknaden (skäl 131 i det angripna beslutet) då de tvivlade på att deras patent var giltiga och på sina chanser att vinna eventuella tvister i domstol (skäl 149 i det angripna beslutet och punkt 126 ovan).

369 Kommissionen var i vart fall inte skyldig att på ett ovedersägligt sätt visa att sökandena tvivlade på att deras patent var giltiga, för att fastställa att det rörde sig om en överträdelse genom syfte i det aktuella fallet, eftersom den bevisning som finns i det angripna beslutet visar att de generiska företagen för sin del var säkra på sina chanser att kunna träda in på marknaden tillräckligt snabbt, antingen genom att stå emot påståendena om patentintrång från sökandenas sida, eller genom att bestrida giltigheten hos deras patent vid fall av tvist (se den första grunden ovan). Det viktiga är således att det vid avtalens ingående var osäkert huruvida de generiska företagen hade någon möjlighet att träda in på marknaden utan att bli föremål för förbudsförelägganden eller talan om patentintrång eller om de med framgång kunde bestrida giltigheten hos sökandenas patent. Det är också viktigt att avtalen genom betydande omvända betalningar hade gjort att ovissheten utbytts mot vissheten om att de generiska företagen inte skulle träda in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid (punkterna 336 och 363 ovan).

370 Sökandena anser vidare att kommissionen i det angripna beslutet inte har avfärdat de övriga förklaringarna till värdeöverföringarna och har erinrat om att de i sitt svar på meddelandet om invändningar, gjorde gällande att betalningarna i fråga vittnade om den press som de utsattes för av de generiska företagen med anledning av asymmetrin mellan de risker som de tog och de risker som dessa företag tog. Sökandena hade nämligen riskerat att lida allvarlig och irreparabel skada till följd av det patentintrång som begåtts av de generiska företagen, medan dessa hade utsatts för en låg eller till och med obefintlig risk. Denna asymmetri förklarar varför sökandena accepterade att föreskriva omvända betalningar på sin bekostnad i de omtvistade avtalen. Detta problem med ”utpressning” lyser igenom i vart och ett av de avtal som identifierats i meddelandet om invändningar.

371 I det angripna beslutet, särskilt i skäl 644, erkänns denna asymmetriska riskfördelning, genom att det hävdas att den vinst som ett generiskt företag gör när det träder in på marknaden är lägre eller till och med mycket lägre, än den förlust som originalproducenten troligen skulle lida i en situation där generiska läkemedel träder in på marknaden. Det skadestånd som de generiska företagen dessutom

skulle kunna förpliktas att erlägga skulle också vara mycket lägre än det troliga potentiella skadeståndet och skulle endast motsvara en mycket liten del av den skada som originalproducenten orsakats genom de generiska företagens rättsstridiga inträde. I vissa fall skulle nämligen de generiska företagen inte behöva ersätta någon irreparabel skada som orsakats av deras rättsstridiga inträde. För övrigt skulle nivåerna på priser och ersättningar som fastställts av det offentliga kunna sänkas automatiskt räknat från de generiska versionernas inträde på marknaden, oberoende av huruvida dessa gör intrång eller ej i giltiga patent. Kostnaderna i samband med de talrika patenttvisterna är också extremt höga.

372 Det är således denna asymmetriska riskfördelning som de generiska företagen har utnyttjat genom att inbilla sökandena att de var beredda att sälja sina produkter som utgjorde patentintrång och som gav dem den styrka som behövdes för att tvinga Lundbeck att betala. Såväl i den ekonomiska litteraturen som i det angripna beslutet, särskilt i skäl 640, anges likaledes att ju större originalproducenten bedömer att den skada är som skulle orsakas av de generiska företagens inträde på marknaden, ju högre är den summa som han är beredd att betala dessa företag för att undkomma denna betydande risk.

373 Enligt sökandena begick således kommissionen ett fel i det angripna beslutet när den presumerade att det enbart är ett generiskt företags bedömning av ett patents styrka som avgör om det är motiverat att lansera ett läkemedel. Den bedömningen utgör dock endast ett kriterium bland andra relevanta kriterier för beslutet att sätta igång en lansering och det kan inte visa sig vara relevant när de generiska företagen hoppas kunna vinna på ett patentintrång.

374 I avsaknad av samband mellan betalningarna och den subjektiva uppfattning som parterna i de omtvistade avtalen hade om sina respektive patenträttsliga anspråk, kan det angripna beslutet följaktligen inte ge stöd åt resonemanget att betalningen hade föranlett de generiska företagen att acceptera begränsningar som de inte skulle ha accepterat enbart på grundval av sin bedömning av patentens styrka. Därför ska det första orsakssamband på vilket det angripna beslutets teori vilar underkännas och slutsatsen att de omtvistade avtalen utgör ett åsidosättande av artikel 101.1 FEUF är således grundlös.

375 Intervenienten anser också att kommissionen borde ha visat att det inte fanns någon annan legitim förklaring till värdeöverföringen, med beaktande av, för det första, risken för irreparabel skada för patentinnehavaren för det fall generika rättsstridigt skulle träda in på marknaden, för det andra, sannolikheten för att kunna erhålla adekvat kompensation genom skadestånd eller för att uppnå att det förordnas om interimistiska åtgärder och, för det tredje, kostnaderna i samband med att väcka talan i diverse domstolar med olika typer av ansökningar, inklusive risken för att olika resultat uppnås i olika domstolar. Kommissionen måste följaktligen tvingas visa varför förekomsten av en värdeöverföring skulle förvandla en lagenlig uppgörelse i godo till ett horisontellt konkurrensbegränsande avtal.

376 Det bör framhållas att kommissionen i det angripna beslutet, tvärtemot vad sökandena har påstått, avvisade sökandenas övriga förklaringar till förekomsten av omvända betalningar i de omtvistade avtalen, i synnerhet dem angående ”bluffteorin” och den asymmetriska riskfördelningen.

377 Kommissionen angav således i det angripna beslutet att det för originalproducenten kunde vara ekonomiskt intressant att betala de generiska företagen för att undvika att de skulle träda in på marknaden, med tanke på de belopp som han skulle kunna förlora i samband med detta inträde. För övrigt skulle de beloppen troligen överskrida de generiska företagens vinster för det fall de skulle träda in på marknaden, om det antogs att deras produkter inte skulle anses utgöra intrång eller de skulle lyckas åstadkomma en ogiltigförklaring av de relevanta patenten. I det fallet ansåg emellertid kommissionen att konsumenterna skulle drabbas, eftersom de skulle fråntas möjligheten att betala lägre priser till följd av generikas inträde på marknaden (skäl 640 i det angripna beslutet).

378 Sökandena har härvidlag gjort gällande att riskerna i samband med ett inträde på marknaden i vissa fall är mycket små, eller till och med obefintliga, för de generiska företag som kan undvika att förelägganden riktas till dem som förbjuder detta inträde eller att förpliktas att erlägga skadestånd vid fall av rättsstridigt inträde, bland annat via konstlade arrangemang som vinstöverföring mellan olika juridiska personer. I det angripna beslutet medges dessutom att det skadestånd som de skulle kunna förpliktas att erlägga ofta är mycket lägre än den skada som originalproducenten skulle lida vid fall av ett rättsstridigt inträde på marknaden, till följd av den negativa spiral på priserna som ett detta inträde skulle ge upphov till (skälen 93 och 645 i det angripna beslutet).

379 Visserligen kan den asymmetriska riskfördelning som de generiska företagen och originalproducenten utsattes för delvis förklara varför den sistnämnde kunde förmås att bevilja betydande omvända betalningar för att undvika alla risker, även om de var mycket små, för att generika skulle kunna träda in på marknaden. Så är särskilt fallet när ett patenterat läkemedel i likhet med Cipramil i det aktuella fallet, utgör originalproducentens viktigaste produkt vilken svarar för huvuddelen av omsättningen (skälen 26 och 120 i det angripna beslutet).

380 Det ska emellertid erinras om att den omständigheten att ett konkurrensbegränsande beteende kan visa sig vara den mest lönsamma, eller åtminstone den minst riskabla lösningen för ett företag, inte alls utesluter tillämpningen av artikel 101 FEUF (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 2004, Corus UK/kommissionen, T-48/00, REG, EU:T:2004:219, punkt 73, och dom av den 8 juli 2004, Dalmine/kommissionen, T-50/00, REG, EU:T:2004:220, punkt 211), i synnerhet när det rör sig om att betala verkliga eller potentiella konkurrenter för att de ska hålla sig borta från marknaden och att med dem dela med sig av de vinster som följer av att de generiska läkemedlen saknas på denna marknad, till nackdel för konsumenterna som i det aktuella fallet.

381 Enligt sökandena hade den asymmetriska riskfördelningen gjort det möjligt för de generiska företagen att bedriva utpressning (eller att bluffa) och erhålla betydande penningbelopp genom att ge sken av att stå i begrepp att träda in på marknaden med produkter som inte utgjorde intrång.

382 Detta bekräftar emellertid endast kommissionens tes att det, vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, förelåg betydande ovisshet om utgången av eventuella patenttvister och att denna ovisshet undanröjdes och ersattes av visshet om att de generiska företagen inte skulle träda in på marknaden under dessa avtals giltighetstid.

383 Den omständigheten att en omvänd betalning kan utgöra det enda sättet att uppnå ett avtal, genom att ”klyftan överbryggas” mellan parterna i detta avtal, betyder inte att en sådan betalning utgör ett legitimt sätt att uppnå ett avtal eller att detta avtal undantas från tillämpningen av konkurrensrätten. Detta gäller särskilt under förhållanden där denna betalning verkar vara förbunden med vinster som de generiska företagen räknade med att kunna göra om de kom in marknaden, där avtalet inte gör det möjligt att lösa den bakomliggande patenttvisten mellan parterna och där avtalet innehåller begränsningar som går utöver tillämpningsområdet för originalproducentens patent (punkt 354 ovan samt skälen 661 och 662 i det angripna beslutet).

384 Om sökandena var så övertygade om att deras patent var giltiga och att de produkter som de generiska företagen hade för avsikt att saluföra gjorde intrång i dessa, skulle det ha varit möjligt för dem att uppnå förbudsförelägganden vid de behöriga nationella domstolarna för att förhindra detta inträde eller för det fall de generiska företagen gjorde ett rättsstridigt inträde på marknaden, att erhålla skadestånd av dessa. Det hade också varit möjligt för dem att, som i fallet med Neolab (punkt 350 ovan), ingå en uppgörelse i godo med det verkliga syftet att reglera den bakomliggande patenttvisten, utan att de begränsningar av de generiska företagens ekonomiska oberoende som eventuellt skulle erhållits inom ramen för ett avtal skulle motiveras av en omvänd betalning.

385 Även om det, såsom kommissionen har medgett, är möjligt att en irreparabel skada skulle ha kunnat uppkomma för originalproducenten, för det fall de generiska företagen rättsstridigt hade inträtt på marknaden, med anledning av de irreversibla prissänkningar som detta inträde skulle ge upphov till, är den åtföljande lagstadgade prissänkningen efter utgången av ett patent för den aktiva farmaceutiska substansen ett för sökandena bekant kännetecken för de farmaceutiska marknaderna och utgör således en normal ekonomisk risk som inte kan motivera ingåendet av konkurrensbegränsande avtal. För övrigt kan sådana prissänkningar som är en följd av en lagstadgad intervention i ett sammanhang där patentet för den aktiva farmaceutiska substansen redan har gått ut, illustrera den jämvikt som upprättats av medlemsstaterna mellan det skydd som beviljas originalproducentens patent och de besparingar som åstadkoms för staternas budgetar och konsumenterna till följd av generikas inträde på marknaden och en fungerande konkurrens.

386 Att acceptera sökandenas tes om asymmetrisk riskfördelning skulle definitivt vara detsamma som att anse att dessa, genom att ingå de omtvistade avtalen med de generiska företagen, kunde skydda sig i förväg mot en irreversibel prissänkning som enligt deras egna påståenden inte hade kunnat förhindras även om de hade vunnit tvisterna om patentintrång vid de nationella domstolarna. De skulle följaktligen genom att ingå sådana avtal kunna upprätthålla högre priser på sina produkter, till nackdel för konsumenterna och staternas hälsovårdsbudgetar, fastän ett sådant resultat inte skulle ha kunnat erhållas om de nationella domstolarna hade bekräftat att deras patent var giltiga och bedömt att de generiska företagens produkter utgjorde intrång. Detta resultat skulle på ett uppenbart sätt strida mot syftet med fördragets konkurrensrättsliga bestämmelser vilka bland annat är avsedda att skydda konsumenterna mot omotiverade prishöjningar som är ett resultat av samverkan mellan konkurrenter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen, C-286/13 P, REU, EU:C:2015:184, punkt 115 och där angiven rättspraxis och dom av den 9 juli 2015, InnoLux/kommissionen, C-231/14 P, REU, EU:C:2015:451, punkt 61,). Det finns ingen som helst anledning att medge att en sådan samverkan skulle vara tillåten i det aktuella fallet, under förvändning att det var fråga om metodpatent, när försvaret av dessa patent vid de nationella domstolarna, inte ens i det för sökandena mest gynnsamma scenariot, hade kunnat få samma negativa följder för konkurrensen och i synnerhet för konsumenterna.

387 Det ska erinras om att det nämligen inte kan godtas att företag försöker lindra verkningarna av rättsregler som de anser vara överdrivet ogynnsamma genom att delta i en konkurrensbegränsande samverkan som har till syfte att reglera dessa missförhållanden under åberopande av att dessa regler skapar en obalans till deras nackdel (se dom av den 27 juli 2005, Brasserie nationale m.fl./kommissionen, T-49/02–T-51/02, REG, EU:T:2005:298, punkt 81 och där angiven rättspraxis).

388 Sökandena har slutligen, med stöd av intervenienten, anfört att de omtvistade avtalen skulle ha gjort det möjligt för dem att undvika avsevärda kostnader i samband med tvister i olika medlemsstater och risken för skiljaktiga domar till följd av dessa olika tvister vid diverse domstolar. Det ska här framhållas att de flesta av de omtvistade avtalen inte innehöll något precist omnämnande av rättegångskostnader som skulle ha undvikits och än mindre någon uppskattning av dessa. Sökandena har inte heller lämnat någon förklaring till hur de omvända betalningarna hade beräknats, förutom att de var en följd av deras förhandlingar med de generiska företagen, medan det angripna beslutet innehåller många uppgifter som visar att dessa belopp mer eller mindre motsvarade de generiska företagens beräknade vinster för det fall de skulle träda in på marknaden eller det skadestånd som de skulle ha kunnat erhålla om de hade vunnit målen mot Lundbeck (se skälen 398, 460, 809, 862, 1071 och 1157 i det angripna beslutet).

389 Det är i vart fall föga troligt, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att kostnaderna i samband med eventuella tvister i de olika EES-länderna skulle ha varit högre än beloppet på de betalningar som de generiska företagen erhöll i enlighet med de omtvistade avtalen i det aktuella fallet, vilka utgjorde flera miljoner euro. Det är nämligen sällsynt att farmaceutiska företag inleder tvister i alla medlemsstater samtidigt. I allmänhet, såsom fallet med Lagap i Förenade kungariket visar (skäl 63 i det angripna beslutet), beslutar de att koncentrera sig på några försökstvister, snarare än att vara

involverade i många tvister vid olika domstolar, när samma frågor står på spel. I fallet med Lagap föredrog emellertid sökandena slutligen att kompromissa för att undvika ett nederlag som skulle komma att användas mot dem i andra domstolar (skäl 160 i det angripna beslutet).

390 Det erkänns för övrigt i det angripna beslutet att det finns andra sätt att göra upp i godo i en tvist, som är godtagna i konkurrensrätten, än de som består i att försena inträdet på marknaden för potentiella konkurrenter genom omvända betalningar, såsom i det aktuella fallet (punkt 354 ovan). Enligt rättspraxis kan det specifika syftet med ett patent inte tolkas så att det garanterar skydd även mot en talan som syftar till att bestrida ett patents giltighet, med hänsyn till att det är av allmänt intresse att undanröja alla de hinder mot ekonomisk verksamhet som skulle kunna uppstå till följd av ett felaktigt beviljat patent (se för ett liknande resonemang, dom Windsurfing International/kommissionen, punkt 119 ovan, EU:C:1986:75, punkt 92). Även om sökandena hade rätt att göra upp i godo med de generiska företagen för att undvika eventuella rättegångskostnader, kunde de inte på detta sätt ersätta en oberoende domstols bedömning av deras patents giltighet och huruvida de generiska företagens produkter utgjorde intrång eller ej med sin egen bedömning, samtidigt som de betalade de generiska företagen för att de skulle anpassa sig till denna bedömning och hålla sig utanför marknaden under en viss tid.

391 Därför var det helt riktigt att kommissionen i det angripna beslutet fann att de omvända betalningarna uppmuntrade de generiska företagen att acceptera de begränsningar av sitt ekonomiska oberoende som föreskrevs i de omtvistade avtalen. De övriga förklaringar som sökandena har lämnat för att motivera dessa betalningar gör det inte möjligt att ifrågasätta den slutsatsen.

392 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delgrunden.

2. Den andra delgrunden

393 Sökandena anser att det i det angripna beslutet felaktigt fastställs att de avtalade begränsningar som följer av de omtvistade avtalen skulle ha avlägsnat de övriga incitamenten att träda in på marknaden.

394 Sökandena har först anfört att de begränsningar som omfattas av patentens tillämpningsområde varken minskar eller undanröjer incitamenten att fortsätta med de oberoende ansträngningarna att ta sig in på marknaden. De generiska företag som samtycker till att avstå från att träda in på marknaden med läkemedel som utgör intrång, i utbyte mot en värdeöverföring, kan fortsätta att vilja erhålla en dom i vilken det konstateras att deras läkemedel inte utgör intrång eller att det patent som blivit föremål för ett påstått intrång är ogiltigt. Dessutom finns det inget som tillåter slutsatsen att en betalning för att avstå från att lansera läkemedel som utgör intrång skulle minska ett generiskt företags incitament att fullfölja sina ansträngningar att träda in på marknaden med hjälp av läkemedel som inte utgör intrång. Den omständigheten att ett generiskt företag nöjer sig med originalproducentens värdeöverföring och inte strävar efter att bestrida det relevanta patentet, trots avsaknaden av varje klausul om att inte bestrida patentets giltighet, antyder endast att detta företag tvivlar på sina chanser att erhålla en ogiltigförklaring av patentet.

395 Sökandena bedömer därför att en legalpresumtion, enligt vilken en utestängning från marknaden i utbyte mot betalning genom sitt syfte inskränker konkurrensen då den eliminerar eller minskar incitamentet för de generiska företagen att fullfölja sina oberoende ansträngningar att träda in på marknaden, endast kan uppkomma när de avtalade begränsningarna inte omfattas av tillämpningsområdet för det relevanta patentet.

396 Sökandena anser att det saknas en tillräcklig motivering i det angripna beslutet av slutsatsen att värdeöverföringarna obestridligen minskar de generiska företagens incitament att föra talan i domstol. Det medges i det angripna beslutet att utsikterna att någon tid efter det att talan väckts mot originalproducenten göra upp i godo om en omvänd betalning, kan uppmuntra de generiska företagen

att väcka en sådan talan (skäl 711). Detta medgivande strider mot argumentet i det angripna beslutet att de omvända betalningarna förmodligen endast skulle leda till att de generiska företagen avstod från att väcka talan i domstol (skäl 966). Denna inneboende inkonsekvens avslöjar att det angripna beslutet inte vilar på en strikt ekonomisk grund och motsäger dess slutsats att omvända betalningar med nödvändighet är till nackdel för konsumenterna (skäl 646).

397 Kommissionen har bestritt dessa argument.

398 Sökandena har hävdat att de omtvistade avtalen inte innehöll någon klausul som hindrade de generiska företagen från att bestrida deras patents giltighet och att dessa avtal därför inte avlägsnade varje incitament för de generiska företagen att träda in på marknaden. Det kan konstateras att det argumentet är verkningslöst, eftersom det i det angripna beslutet endast fastställs att de omvända betalningar som föreskrevs i de omtvistade avtalen uppmuntrade eller utgjorde ett incitament för de generiska företagen att acceptera begränsningar av sitt ekonomiska oberoende som de inte skulle ha godtagit i avsaknad av dessa och att det i beslutet inte påstås att betalningarna avlägsnade varje incitament härvidlag (i skälen 604 och 659-661 i det angripna beslutet).

399 Även om de omtvistade avtalen inte innehöll någon klausul om att inte bestrida giltigheten av patenten, hade de generiska företagen i vart fall inte något intresse av att bestrida Lundbecks patent efter att ha ingått de omtvistade avtalen, eftersom de omvända betalningarna ungefär motsvarade deras beräknade vinster i samband med ett inträde på marknaden eller det skadestånd som de skulle ha kunna erhålla om de hade vunnit målen mot Lundbeck (se punkt 388 ovan). Även om det antas att beloppen avseende dessa betalningar till och med var lägre än de beräknade vinsterna, handlade det trots allt om en säker och omedelbar vinst, utan att de behövde utsättas för de risker som ett inträde på marknaden hade medfört. De faktiska omständigheterna, såsom de i realiteten ter sig i det aktuella fallet, bekräftar för övrigt denna tolkning, eftersom inte något av de generiska företagen bestred Lundbecks patent eller trädde in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid. Om Merck (GUK) faktiskt trädde in på marknaden för citalopram under några dagar i Förenade kungariket, efter det att GUK-avtalet för Förenade kungariket löpt ut, så var det därför att företaget ansåg att de villkor som Lundbeck hade föreslagit för att förlänga avtalet inte var tillräckligt förmånliga och det önskade få en mer lönsam kompensation i utbyte mot en andra förlängning av avtalet (skäl 299 i det angripna beslutet).

400 I den mån sökandena därefter har gjort gällande att de generiska företagen hade kunna träda in på marknaden med generiska produkter som inte utgjorde intrång, ska det hänvisas till prövningen av den sjätte grunden nedan som rör prövningen av innehållet i och räckvidden av de omtvistade avtalen.

401 Även om de begränsningar som de omtvistade avtalen innehöll potentiellt omfattades av tillämpningsområdet för Lundbecks patent, i den meningen att de även hade kunnat erhållas inom ramen för en talan i domstol, konstateras det i vart fall med rätta i det angripna beslutet att det endast rörde sig om en potentiell möjlighet, vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Den omständigheten att denna relativa ovisshet om huruvida de generiska företagens produkter utgjorde intrång och huruvida sökandenas patent var giltiga hade ersatts av vissheten om att de generiska företagen inte skulle komma in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid utgör, som sådan, en konkurrensbegränsning genom syfte i det aktuella fallet, eftersom det resultatet erhölls via en omvänd betalning (se punkterna 336 och 363 ovan).

402 Slutligen har sökandena förgäves gjort gällande att det angripna beslutet inte är tillräckligt motiverat i detta avseende, eftersom de talrika avsnitt i det angripna beslutet som ägnas åt de omvända betalningarna, vilka nämnts av sökandena själva, visar att dessa förstod kommissionens uppfattning i detta hänseende även om de inte delade den. För övrigt finns det ingen motsägelse i det angripna beslutet, i och med att det erkänns att utsikten att erhålla omvända betalningar av en originalproducent kan uppmuntra generiska företag att väcka talan i domstol, medan omvända

betalningar som erhållits i enlighet med de omtvistade avtalen hade avskräckt de generiska företagen från att väcka talan i det aktuella fallet. Såsom kommissionen angav i korthet i skälen 639 och 660 i det angripna beslutet, är uppgörelser i godo som innehåller betalningar – till och med omvända betalningar – inte alltid problematiska i konkurrensrättsligt hänseende när de inte åtföljs av någon begränsning av tillträdet till marknaden för generika och de tvärtom syftar till att kompensera de generiska företagen för deras uteblivna vinst, när väl originalproducenten medger att deras generiska produkter inte gör intrång i något patent.

403 Följaktligen ska det slås fast att kommissionen inte har gjort någon oriktig bedömning i det angripna beslutet genom att konstatera att de begränsningar som de omtvistade avtalen innehåller hade erhållits i utbyte mot betydande omvända betalningar som minskade de generiska företagens incitament att ta sig in på marknaden.

404 Följaktligen kan talan inte heller bifallas vad avser den andra delgrunden.

3. Den tredje delgrunden

405 Sökandena anser att den norm som tillämpats i beslutet, enligt vilken de uppgörelser i godo på patentområdet som åstadkommits genom en värdeöverföring har ett konkurrensbegränsande syfte, är oanvändbar.

406 De har gjort gällande att denna norm är inkonsekvent till sin karaktär och avskräcker företag från att ingå avtal i vilka det föreskrivs ett snabbt inträde på marknaden som gynnar konsumenterna, eftersom den leder till olika resultat beroende på om värdeöverföringen sker i form av kontant betalning eller ett snabbt inträde på marknaden.

407 Sökandena anser vidare att ett avtal inte endast kan grundas på parternas bedömning av patentets styrka och att den norm som kommissionen har tillämpat i princip förbjuder all omvänd betalning. Ingen uppgörelse i godo kan grundas uteslutande på parternas bedömning av patentets styrka, av det enkla skälet att ett patents styrka inte är ett exakt begrepp. Att kräva att uppgörelser i godo grundas endast på parternas bedömning av patentets styrka skulle vara detsamma som att tvinga parterna att väcka talan i domstol. Beslutet lämnar inget manöverutrymme åt parterna att använda en omvänd betalning i syfte att få ett generiskt företag att avstå från att begå intrång i en originalproducents patent.

408 Slutligen anser sökandena att det rättsliga kriterium som grundas på det belopp som erlagts är oanvändbart, eftersom det inte fastställs någon tydlig tröskel i det angripna beslutet som gör det möjligt att avgöra om en betalning är godtagbar eller konkurrensbegränsande.

409 Kommissionen har bestritt dessa argument.

410 Sökandenas argument att det angripna beslutet skulle avskräcka från uppgörelser i godo i vilka det föreskrivs ett snabbt inträde för generika på marknaden är uppenbarligen grundlöst, då kommissionen tvärtom ansåg att de omtvistade avtalen var problematiska i konkurrensrättsligt hänseende därför att de syftade till att försena inträdet på marknaden för generika och inte till att underlätta detta inträde. Det kan för övrigt erinras om att kommissionen även tog hänsyn till den omständigheten att de omtvistade avtalen inte innehöll något som helst åtagande från Lundbecks sida att avstå från att väcka talan om patentintrång mot de generiska företagen, om dessa skulle träda in på marknaden med generiskt citalopram när de omtvistade avtalen hade löpt ut (skäl 662 i det angripna beslutet).

411 Det anges vidare i beslutet att uppgörelser i godo i vissa fall inte är problematiska, ens när de innehåller omvända betalningar, om det även föreskrivs i dem att generika omedelbart kan träda in på marknaden (se exemplet med Neolab i punkt 350 ovan). Den omständigheten att kommissionen

behandlade de avtal som åtföljs av en omvänd betalning på ett annat sätt än dem i vilka det inte föreskrivs någon sådan betalning är helt och hållet berättigad, med hänsyn till det incitament som en sådan betalning var för de generiska företagen att acceptera begränsningar som de inte skulle ha accepterat utan denna betalning (se punkt 349 och följande punkter ovan). För övrigt är ett avtal som möjliggör ett snabbare inträde på marknaden naturligtvis inte problematiskt med avseende på konkurrensrätten och ett sådant vederlag för andra åtaganden som en uppgörelse i godo innehåller kan därför inte jämföras med en omvänd betalning som syftar till att försena marknadsinträdet.

412 Därefter ska det erinras om att det inte i det angripna beslutet fastställs att ett avtal måste grundas uteslutande på avtalsparternas bedömning av ett patents styrka för att tillämpningen av artikel 101.1 FEUF ska undvikas (punkt 360 ovan). Det är således inte korrekt av sökandena att hävda att det angripna beslutet minskar varje incitament att ingå uppgörelser i godo på patentområdet, vilket kommer att leda till en lavin av tvister i hela EES. Kommissionen har nämligen endast dömt ut avtal som ingåtts i form av uppgörelser i godo, som i det aktuella fallet, vilket i själva verket inte syftar till att lösa den bakomliggande patenttvisten mellan parterna i detta avtal och i vilket det föreskrivs omvända betalningar som vederlag för de generiska företagens åtagande att hålla sig borta från marknaden. Även om kommissionen har ansett att sådana avtal är konkurrensbegränsande, har originalproducenten ingen skyldighet att väcka talan vid alla domstolar i EES för att skydda sina patent, eftersom det alltid är möjligt att exempelvis ingå uppgörelser i godo som inte innehåller någon omvänd betalning eller att ingå uppgörelser i godo som, även om de inbegriper sådana betalningar, inte åtföljs av någon begränsning av generikas inträde på marknaden (se exemplet med Neolab, i punkt 350 ovan).

413 Sökandenas argument att det angripna beslutet inte ger dem något utrymme för att använda omvända betalningar i syfte att få de generiska företagen att avstå från att göra intrång i deras patent, vilar på nytt på den felaktiga premissen att de generiska företagens produkter gjorde intrång i deras patent, fastän detta inte hade fastställts vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

414 Kommissionen har i det angripna beslutet därefter förklarat att de omvända betalningarna var särskilt problematiska i det aktuella fallet, eftersom de belopp som föreskrivits i de omtvistade avtalen mer eller mindre motsvarade de generiska företagens beräknade vinster för det fall de skulle träda in på marknaden eller det skadestånd som de skulle ha kunnat erhålla om de hade vunnit målen mot Lundbeck (punkt 388 ovan). I det fallet skulle nämligen incitamentet för de generiska företagen att träda in på marknaden vara avsevärt mindre eller till och med obefintligt. Det viktiga i det aktuella fallet är således att beloppen på de omvända betalningar som föreskrevs i vart och ett av de omtvistade avtalen var tillräckligt höga för att göra det möjligt för de generiska företagen att acceptera begränsningarna av deras oberoende och att minska deras incitament att träda in på marknaden med sina generiska produkter (se särskilt skäl 644 i det angripna beslutet).

415 Kommissionen grundade sig visserligen på en mängd faktorer när den fastställde att det förelåg konkurrensbegränsning genom syfte i det aktuella fallet (se punkt 354 ovan samt skälen 661 och 662 i det angripna beslutet). Sökandena kan emellertid inte förebrå kommissionen för att den inte i tillräcklig mån klargjorde i det angripna beslutet vilken betydelse den fäste vid det faktum att de omvända betalningarna motsvarade de av de generiska företagen beräknade vinsterna. Det bör i vart fall understrykas, i likhet med kommissionen, att den inte är skyldig att i sina beslut fastställa allmänt tillämpliga rättsliga normer, utan endast att i varje enskilt fall avgöra om de avtal som den undersöker är förenliga med fördragets konkurrensregler och att motivera sina beslut härvidlag på ett tillräckligt klart och övertygande sätt. Mot bakgrund av det ovan anförda ska det konstateras att kommissionen har uppfyllt dessa krav i det aktuella fallet.

416 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den andra grundens tredje del och därigenom inte såvitt avser någon del av den andra grunden.

D – *Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning vad gäller principerna för bedömning av det konkurrensbegränsande syftet*

417 Sökandena anser att kommissionen i det angripna beslutet har gjort sig skyldig till oriktig rättstillämpning genom att dra slutsatsen att de omtvistade avtalen hade ett konkurrensbegränsande syfte, med tillämpning av de fasta principerna för tolkning av artikel 101.1 FEUF. I synnerhet har det begåtts ett fel, genom att dessa avtal likställs med dem som var i fråga i det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), samt andra klassiska mål angående marknadsuppdelning som inte rörde tillämpningen av patent. Sedan har kommissionen felaktigt ansett att en värdeöverföring i sig kan göra en uppgörelse i godo konkurrensbegränsande genom syfte. Det angripna beslutet är vidare felaktigt i det att det däri inte slås fast att det syfte som eftersträvades med de omtvistade avtalen, det vill säga att respektera Lundbecks patent, strider mot konstaterandet av en konkurrensbegränsning genom syfte och, slutligen, att den situation som skulle ha uppstått i avsaknad av de omtvistade avtalen (nedan kallat intrångsscenariot) uteslöt förekomsten av all konkurrensbegränsning genom syfte i det aktuella fallet.

1. Den första delgrunden

418 Sökandena anser att kommissionen misstog sig när den fann att de omtvistade avtalen kunde likställas med de avtal om marknadsuppdelning som var i fråga i domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643).

419 På denna punkt har sökandena gjort gällande, tvärtemot vad som gäller det aktuella fallet, att de ifrågavarande avtalen i domen BIDS punkt 341 ovan (EU:C:2008:643) inte syftade till att skydda ett patent som gav innehavaren rätt att förhindra att produkter som utgjorde intrång trädde in på marknaden och den irreparabla skada som skulle ha blivit följden av detta inträde.

420 Tvärtemot vad som var fallet i det aktuella fallet, hade de företag som lämnade den relevanta marknaden enligt de avtal som var i fråga i det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), med säkerhet konkurrerat med de företag som stannade kvar på denna marknad, om avtalen inte hade ingåtts.

421 Till skillnad mot vad som anförts i det aktuella målet hade de avtal som var i fråga i domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), presumerats vara konkurrensbegränsande, även om de inte hade innehållit någon betalning. Den omständigheten att kompensatoriska betalningar ingick var inte väsentlig för att de skulle anses ha till syfte att begränsa konkurrensen.

422 Kommissionen har bestritt dessa argument.

423 Det ska först nämnas att den jämförelse som kommissionen gjorde i skälen 657 och 658 i det angripna beslutet mellan de avtal som det rörde sig om i målet BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), och de omtvistade avtalen inte utgör någon felaktig rättstillämpning.

424 Såsom följer av punkt 8 i den domen, hade de företag som var verksamma på marknaden för förädling av nötkött i Irland skapat en mekanism, enligt vilken några företag åtog sig att hålla sig utanför marknaden under två år som vederlag för betalningar från de företag som stannade kvar på denna marknad. Det uppstod en liknande dynamik som i det aktuella fallet genom ingåendet av de omtvistade avtalen, enligt vilka Lundbeck, som var det främsta eller till och med det enda företag som var närvarande på marknaden i de länder som berördes av dessa avtal, betalade de generiska företagen, vilka var potentiella konkurrenter, för att dessa skulle hålla sig utanför marknaden under en given period.

425 Härav följer att såväl i det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), som i det aktuella målet, rörde det sig om avtal som begränsade de ekonomiska aktörernas möjlighet att självständigt bestämma den affärspolitik som de hade för avsikt att följa på marknaden och hindrade den normala konkurrensen (se, för ett liknande resonemang, domen BIDS, punkt 341 ovan, EU:C:2008:643, punkterna 33-35).

426 Sökandena har hävdat att, i motsats till vad som var fallet i det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), ingicks de omtvistade avtalen i det aktuella fallet i ett sammanhang där sökandena innehade patent som tillät dem att förhindra inträdet på marknaden för produkter som utgjorde intrång. Här ska det först erinras om att i det aktuella fallet utgjorde inte förekomsten av Lundbecks nya metodpatent hinder mot att de generiska företagen kunde betraktas som Lundbecks potentiella konkurrenter, såsom följer av prövningen av den första grunden. Artikel 101 FEUF skyddar nämligen den potentiella konkurrensen precis som den aktuella konkurrensen (se punkt 99 ovan).

427 Dessutom kan det erinras om att enligt rättspraxis, har ett avtal inte immunitet mot konkurrensrätten enbart genom att det rör ett patent eller syftar till att lösa en patenttvist genom en uppgörelse i godo (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 september 1988, Bayer och Maschinenfabrik Hennecke, 65/86, REG, EU:C:1988:448, punkt 15). Ett avtal kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen, utan också har andra legitima syften (domen BIDS, punkt 341 ovan, EU:C:2008:643, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

428 Visserligen var de ifrågavarande företagen aktuella konkurrenter i det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), eftersom det handlade om att förmå företag som redan befann sig på den berörda marknaden att lämna den, medan i det aktuella fallet Lundbeck och de generiska företagen endast var potentiella konkurrenter. Det kvarstår inte desto mindre att domstolen inte krävde av kommissionen i den domen att den skulle visa att företagen i avsaknad av avtal, skulle ha stannat kvar på marknaden. Då det rörde sig om en konkurrensbegränsning genom syfte, var nämligen en analys av avtalens verkningar överflödig (se punkt 341 ovan). Domstolen inskränkte sig således i detta mål till att konstatera att de ifrågavarande avtalen huvudsakligen syftade till att möjliggöra för ett flertal företag att bedriva en gemensam affärspolitik med syfte att uppmuntra vissa av dem att lämna marknaden och därmed minska den överkapacitet som påverkade företagens lönsamhet genom att de inte kunde uppnå stordriftsfördelar. Domstolen konstaterade följaktligen att denna typ av avtal på ett uppenbart sätt strider mot den egentliga grundtanken bakom fördragets konkurrensregler, nämligen att samtliga ekonomiska aktörer självständigt ska bestämma den affärspolitik som de har för avsikt att följa på marknaden. Domstolen erinrade om att artikel 101.1 FEUF syftar till att förbjuda all form av samordning som medvetet ersätter riskerna med den fria konkurrensen med ett praktiskt inbördes samarbete (domen BIDS, punkt 341 ovan, EU:C:2008:643, punkterna 33 och 34).

429 I det aktuella fallet föredrog emellertid parterna i de omtvistade avtalen att i utbyte mot vissheten om att de generiska företagen inte skulle träda in på marknaden med sina produkter under avtalens giltighetstid ersätta de risker som var förbundna med normal konkurrens och den ovisshet som rådde angående giltigheten hos Lundbecks metodpatent samt i frågan huruvida de produkter som de generiska företagen hade för avsikt att saluföra inkräktade på dessa patent eller ej. Medlet härför var betydande omvända betalningar som ungefär motsvarade de vinster som de generiska företagen skulle ha gjort om de hade trätt in på marknaden. Det har således liten betydelse om det var säkert att företagen skulle ha trätt in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid, eftersom dessa avtal just eliminerade denna möjlighet och ersatte den med vissheten om att de inte skulle göra det med sina produkter under denna period. Genom att handla på detta vis kunde parterna i de omtvistade avtalen sinsemellan dela upp en del av den vinst som Lundbeck fortsatte att uppbära, till nackdel för konsumenterna, vilka fortsatte att betala högre priser än de skulle ha betalat för det fall generika hade kommit ut på marknaden (se skälen 644–646 i det angripna beslutet).

430 Det finns även anledning att underkänna sökandenas argument att avtalen i fråga i det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), till skillnad från de omtvistade avtalen, skulle ha varit konkurrensbegränsande till och med om det inte hade föreskrivits omvända betalningar i dem. Det bör nämligen påpekas, i likhet med kommissionen, att betalningarna spelade en avgörande roll i dessa båda mål, såtillvida att de uppmuntrade företagen att dra sig tillbaka från marknaden. I det mål som gav upphov till domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), är det således föga troligt att de företag som lämnade marknaden skulle ha accepterat att göra detta utan att erhålla betalning av de företag som stannade kvar. I det aktuella fallet framgår det på samma sätt av handlingarna i målet att de generiska företagen inte ensidigt skulle ha godtagit att hålla sig utanför marknaden utan omvända betalningar efter att ha vidtagit åtgärder och gjort investeringar som var betydande.

431 Kommissionen har visserligen medgett att ingåendet av uppgörelser i godo på patentområdet i vissa fall inte är konkurrensbegränsande, bland annat när uppgörelsen bygger på en bedömning av patentets styrka som gjorts av var och en av avtalsparterna, eller när det föreskrivs en omvänd betalning i avtalet utan att, för den skull, generikas inträde på marknaden försenas (skälen 638 och 639 i det angripna beslutet). I det aktuella fallet, fann emellertid kommissionen riktigt att de omvända betalningarna spelade en avgörande roll, genom att de gjorde det möjligt för Lundbeck att erhålla åtaganden från de generiska företagens sida som Lundbeck inte skulle ha kunnat uppnå utan dessa betalningar som på så sätt försenade deras inträde på marknaden

432 Som svar på en fråga från tribunalen angående innebörden av domen CB/kommissionen, punkt 78 ovan (EU:C:2014:2204), har sökandena gjort gällande att den domen stödde deras ståndpunkt att kommissionen felaktigt hade betecknat de omtvistade avtalen som konkurrensbegränsande genom syfte. Domstolen har erinrat om att begreppet konkurrensbegränsning genom syfte ska tolkas restriktivt. Vidare kan förekomsten av en konkurrensbegränsning genom syfte endast konstateras om avtalet i sig är tillräckligt skadligt. Enligt det angripna beslutet kräver dock frågan, huruvida en uppgörelse i godo ska anses förenlig eller ej med konkurrensrätten, en fördjupad analys av det individuella avtalet med beaktande av dess faktiska, ekonomiska och rättsliga sammanhang. Det framgår även av en intern anteckning från KFST att kommissionen inte ansåg att omfattningen av betalningarna i Lundbecks fall utgjorde ett tydligt exempel på ett företag som betalar sina konkurrenter för att de ska hålla sig utanför marknaden. Sökandena anser därför att kommissionen genom sin inställning i själva verket har försökt slippa göra någon analys av de faktiska omständigheterna och undkomma den bevisbörda som åligger den när det gäller att fastställa att det rör sig om en konkurrensbegränsning grundad på verkningarna av ett avtal. Det sammanhang i vilket de omtvistade avtalen ingicks, det vill säga, förekomsten av giltiga metodpatent, avtalens begränsade giltighetstid, EES specifika bestämmelser samt bristen på tillgängliga produkter inom en tillräckligt kort tid som inte utgjorde intrång, kan inte heller ignoreras. Den erfarenhet som förvärvats är viktig när det ska fastställas om ett beteende syftar till att begränsa konkurrensen. Med erfarenheter avses vad som vanligen brukar framgå vid en ekonomisk analys och som har bekräftats av myndigheter med ansvar för konkurrensfrågor och i förekommande fall stärkts genom rättspraxis. Någon erfarenhet av detta slag finns dock inte i det aktuella fallet.

433 Kommissionen har för sin del förklarat att den tillämpat fast rättspraxis på området, såsom domstolen erinrade om i domen CB/kommissionen (punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204).

434 Det ska nämligen framhållas att domstolen i domen CB/kommissionen (punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204) inte ifrågasatte de grundläggande principerna om begreppet konkurrensbegränsning genom syfte, såsom de följer av äldre rättspraxis. Domstolen underkände visserligen i sin dom tribunalens analys i domen av den 29 november 2012, CB/kommissionen (T-491/07, EU:T:2012:633), i vilken tribunalen hade funnit att begreppet konkurrensbegränsning genom syfte inte skulle tolkas restriktivt. Domstolen erinrade om att begreppet konkurrensbegränsning genom syfte endast kan tillämpas på vissa typer av samordning mellan företag som är så pass skadlig för konkurrensen att det kan anses att någon bedömning av dess effekter inte behöver göras, eftersom det i annat fall skulle

betyda att kommissionen befriades från skyldigheten att styrka de konkreta effekterna på marknaden av avtal vilka inte på något sätt har visats vara skadliga för den normala konkurrensen (dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 58).

435 Det framgår emellertid av det angripna beslutets systematik i dess helhet och särskilt av skälen 802 och 1338, att de omtvistade avtalen kunde jämföras med avtal om utestängning från marknaden, som tillhör de mest allvarliga konkurrensbegränsningarna. En utestängning av konkurrenter från marknaden utgör nämligen en extrem form av marknadsuppdelning och produktionsbegränsning. Sökandena kan inte, i det aktuella målet, kritisera kommissionen för att den inte beaktade deras metodpatent och de specifika EES-bestämmelserna i det aktuella fallet i deras egenskap av relevanta omständigheter i sammanhanget. Det framgår nämligen av skälen 666–671 i det angripna beslutet att kommissionen beaktade sökandenas metodpatent, men ansåg att dessa även om de presumerades vara giltiga inte kunde utesluta all konkurrens avseende den aktiva farmaceutiska substansen citalopram. Dessutom beaktade kommissionen även den omständigheten att det vid tidpunkten då de omtvistade avtalen ingicks, rådde osäkerhet om huruvida sökandens patent var giltiga, särskilt vad gällde kristalliseringspatentet och att ingen domstol i EES hade uttalat sig i denna fråga vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

436 Följaktligen ska det anses att kommissionen, såsom det erinrats om i punkterna 338–344 ovan, har tillämpat rättspraxis på ett korrekt sätt angående fastställandet av om ett avtal till sin själva natur kan betraktas som konkurrensbegränsande på ett tillräckligt allvarligt sätt för att kunna betecknas som konkurrensbegränsning genom syfte i det aktuella fallet (se särskilt skäl 651 i det angripna beslutet).

437 Följaktligen var kommissionen inte skyldig att dessutom undersöka de konkreta verkningarna av de omtvistade avtalen på konkurrensen och frågan huruvida de generiska företagen i avsaknad av dessa avtal skulle ha trätt in på marknaden utan att göra intrång i det ena eller det andra av Lundbecks patent, för att kunna styrka att det rörde sig om en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, eftersom de förfogade över verkliga och konkreta möjligheter i detta avseende och var potentiella konkurrenter till Lundbeck vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (se den första grunden ovan).

438 Tvärtemot vad sökandena har hävdat, krävs det inte att samma typ av avtal redan har underkänts av kommissionen för att ett avtal ska kunna betraktas som konkurrensbegränsning genom syfte. Erfarenhetens roll som domstolen nämnde i punkt 51 i domen CB/kommissionen (punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204), angår inte en specifik kategori i en särskild sektor, utan det faktum att vissa samordnade beteenden i allmänhet och med hänsyn till förvärvad erfarenhet, anses ha en så negativ inverkan på konkurrensen att det inte anses nödvändigt att visa att de har verkningar i det enskilda fallet. Den omständigheten att kommissionen inte tidigare har ansett att ett avtal av en given typ begränsar konkurrensen på grund av själva sitt syfte hindrar inte, i sig, att kommissionen i framtiden drar motsatt slutsats efter en ingående granskning av de omtvistade åtgärderna i det enskilda fallet med hänsyn till deras innehåll, ändamål och sammanhang (se, för ett liknande resonemang, dom CB/kommissionen, punkt 78 ovan, EU:C:2014:2204, punkt 51, generaladvokat Wahls förslag till avgörande i mål, CB/kommissionen, C-67/13 P, REU, EU:C:2014:1958, punkt 142, och generaladvokat Wathelets förslag till avgörande i mål, Toshiba Corporation/kommissionen, C-373/14 P, REU, EU:C:2015:427, punkt 74).

439 Sökandena har således felaktigt gjort gällande att kommissionen inte har styrkt att de omtvistade avtalen genom sitt innehåll och sina syften, i sitt ekonomiska och juridiska sammanhang kunde betraktas som tillräckligt skadliga för konkurrensen (se punkt 343 ovan).

440 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delgrunden.

2. Den andra delgrunden

441 Sökandena anser att kommissionen har gjort en felaktig rättstillämpning när den i det angripna beslutet ansett att en värdeöverföring, i sig, är tillräcklig för att göra en uppgörelse i godo på patentområdet konkurrensbegränsande genom syfte.

442 Sökandena har påpekat att det i det angripna beslutet konstateras att de ”medel som patentinnehavarna har använt för att försvara sina rättigheter ska beaktas” (skäl 641), vilket betyder att medlen i sig kan göra ett avtal konkurrensbegränsande genom syfte. Det finns emellertid inget tidigare mål som visar att en åtgärd som utgör yttre påverkan antingen i form av ekonomiska fördelar eller i form av fysiska eller psykologiska påtryckningar, i sig, kan göra ett avtal, som i övrigt är konkurrensbegränsande, lagenligt. Om förekomsten av incitament utifrån inte kan motivera ett avtal som i övrigt är konkurrensbegränsande, så kan det inte heller göra ett avtal konkurrensbegränsande som i övrigt är lagenligt. Domstolens rättspraxis bekräftar slutligen att ett avtals konkurrensbegränsande syfte ska fastställas oberoende av varje beaktande av parternas ekonomiska incitament. Det begås således ett fel i det angripna beslutet genom att avgörande betydelse fästs vid betalningen, när denna är neutral i konkurrensrättsligt hänseende.

443 Kommissionen har bestritt dessa argument.

444 I den mån sökandena genom denna delgrund har ifrågasatt kommissionens bedömning av de omvända betalningarna i det angripna beslutet, ska det hänvisas till resonemangen kring denna fråga i samband med den andra grunden (se punkterna 345–416 ovan).

445 Det kan dessutom tilläggas att den rättspraxis, som sökandena har åberopat, enligt vilken det är likgiltigt, vad angår förekomsten av en överträdelse, om ingåendet av ett avtal har skett i de avtalsslutande parternas ekonomiska intresse eller ej (se dom av den 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel/kommissionen, C-403/04 P och C-405/04 P, REG, EU:C:2007:52, punkterna 44 och 45 och där angiven rättspraxis), endast innebär att parterna i ett avtal inte kan göra gällande att detta avtal utgjorde den mest lönsamma lösningen för att undkomma det förbud som uttalas i artikel 101 FEUF (se punkt 380 ovan). Rättspraxis utgör däremot inte hinder för att kommissionen beaktar innehållet i ett avtal och dess ändamål samt det sammanhang i vilket det ingicks, såsom i det aktuella fallet där det förekom betydande omvända betalningar, vid fastställandet av om det rör sig om konkurrensbegränsning genom syfte.

446 Talan kan följaktligen inte heller bifallas vad avser den andra delgrunden.

3. Den tredje delgrunden

447 Sökandena har anfört att det angripna beslutet har tillkommit genom felaktig rättstillämpning, för det första, genom att kommissionen har underlåtit att erkänna att de omtvistade avtalen var nödvändiga för att förverkliga ett legitimt syfte, det vill säga skyddet för och tillämpningen av ett patent. För det andra har kommissionen på ett felaktigt sätt tillämpat rättspraxis angående ”andra legitima syften” på det aktuella fallet.

448 Sökandena har inledningsvis åberopat unionsdomstolarnas fasta rättspraxis enligt vilken en begränsning av parternas handlingsfrihet inte systematiskt begränsar konkurrensen, särskilt inte när denna begränsning är nödvändig för att fullfölja ett primärt syfte som är neutralt i konkurrenshänseende eller gynnar konkurrensen. Skyddet av den investering som en innehavare av en immateriell rättighet genomfört skulle enligt sökandena kunna utgöra ett legitimt syfte.

449 De i det aktuella målet omtvistade avtalen fullföljde syftet att skydda Lundbecks metodpatent och tillse att de respekterades och på så sätt bevara Lundbecks investering genom att förhindra den irreparabla skada som skulle ha orsakats av lanseringen av generiska läkemedel. Avtalen gav för övrigt de generiska företagen den tid de behövde för att avgöra om Lundbecks patent hade blivit föremål för intrång utan att behöva dra på sig rättegångskostnader och andra utgifter i samband med en tvist. Dessutom var de omtvistade avtalens räckvidd och giltighetstid proportionerliga, eftersom de hade som enda uppgift att hindra de generiska företagen från att saluföra citalopram som gjorde intrång i Lundbecks patent och deras giltighetstid slutgiltigt var förbunden med utgången av Lagap-tvisten i Förenade kungariket som skulle göra det möjligt att ta itu med de bakomliggande tvisterna och fastställa om Lundbeck fortfarandet var motiverat att använda sina metodpatent.

450 Kommissionen har bestritt dessa argument.

451 Härvidlag bör det erinras om att det framgår av rättspraxis att om en viss transaktion eller en viss verksamhet inte omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av dess neutrala karaktär eller positiva effekt på konkurrensen, omfattas en begränsning av det affärsmässiga oberoendet för en eller flera av deltagarna i denna transaktion eller verksamhet inte heller av det principiella förbudet när begränsningen är objektivt nödvändig för genomförandet av transaktionen eller verksamheten och står i proportion till åtgärdens eller verksamhetens syfte (dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen, C-382/12 P, REU, EU:C:2014:2201, punkt 89 och där angiven rättspraxis).

452 När det inte är möjligt att skilja en sådan begränsning från huvudtransaktionen eller huvudverksamheten utan att äventyra transaktionens eller verksamhetens existens eller syften ska bedömningen av huruvida begränsningen är förenlig med artikel 101.1 FEUF nämligen ske tillsammans med bedömningen av huruvida den huvudtransaktion eller den huvudverksamhet som begränsningen hör samman med, är förenlig med artikel 101.1 FEUF, och detta även om det vid ett första påseende kan förefalla som om en sådan begränsning, betraktad separat, omfattas av det principiella förbudet i artikel 101.1 FEUF (dom MasterCard m.fl./kommissionen, punkt 450 ovan, EU:C:2014:2201, punkt 90).

453 När det gäller att fastställa huruvida en konkurrensbegränsande inskränkning kan undslippa förbudet i artikel 101.1 FEUF på grund av att den är accessorisk i förhållande till en icke konkurrensbegränsande huvudtransaktion, ska det undersökas huruvida det skulle vara omöjligt att genomföra transaktionen utan denna begränsning. Det faktum att transaktionen i fråga helt enkelt blir svårare, eller till och med bara mindre lönsam, att genomföra, kan inte anses medföra att begränsningen uppfyller det krav på att vara objektivt nödvändig som gäller för att den ska kunna kvalificeras som accessorisk. En sådan tolkning skulle nämligen innebära att detta begrepp utvidgades till att omfatta begränsningar som inte är strikt nödvändiga för genomförandet av huvudtransaktionen. Ett sådant resultat skulle skada den ändamålsenliga verkan hos förbudet i artikel 101.1 FEUF (dom MasterCard m.fl./kommissionen, punkt 450 ovan, EU:C:2014:2201, punkt 91).

454 Vad avser villkoret att en begränsning ska vara nödvändig måste två prövningar göras. För det första ska det prövas om begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen. För det andra ska det prövas om begränsningen står i proportion till denna transaktion (se dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkt 64 och där angiven rättspraxis).

455 Vad gäller villkoret att en begränsning ska vara objektivt nödvändig, framhåller tribunalen att eftersom det inte finns en skälighetsregel i unionens konkurrensrätt, vore det följaktligen felaktigt att, i samband med bedömningen av om en klausul utgör en accessorisk begränsning, tolka villkoret att en begränsning ska vara objektivt nödvändig som om det ska göras en avvägning mellan ett avtals

konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande verkningar (se, för ett liknande resonemang, dom E.ON Ruhrgas och E.ON/ kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkt 65 och där angiven rättspraxis).

456 I det aktuella fallet har sökandena hävdat att begränsningarna av de generiska företagens ekonomiska oberoende är accessoriska till huvudsyftet som består i att skydda deras immateriella rättigheter.

457 Detta argument kan inte godtas.

458 Sökandena har faktiskt inte visat att de begränsningar som överenskommits i de omtvistade avtalen, objektivt sett var nödvändiga för att skydda deras immateriella rättigheter, i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis. Dels skulle de ha kunnat skydda dessa rättigheter genom att väcka talan vid behöriga nationella domstolar vid fall av intrång i deras patent. Dels fanns det, såsom kommissionen angav i skäl 638 och följande skäl i det angripna beslutet, många sätt att lösa en patenttvist på genom att göra upp i godo, utan att komma överens om begränsningar beträffande generikas inträde på marknaden, med användning av omvända betalningar som ungefär motsvarade de vinster som dessa hade räknat med att göra i samband med ett inträde på marknaden (se punkterna 334 och 411 ovan). Sökandena har följaktligen inte visat att dessa begränsningar objektivt sett var nödvändiga för att förverkliga det påstådda syftet vilket bestod i att tillse att deras immateriella rättigheter respekterades.

459 Därefter ska det erinras om att enligt rättspraxis har ett avtal inte immunitet mot konkurrensrätten enbart genom den omständigheten att det rör ett patent eller syftar till att en patenttvist görs upp i godo och det kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen, utan även andra legitima syften eftersträvas genom avtalet (se punkt 427 ovan och där angiven rättspraxis). Den omständigheten att det kunde röra sig om den mest lönsamma eller minst riskfyllda lösningen i kommersiellt avseende utesluter inte alls att artikel 101 FEUF är tillämplig (punkt 380 ovan).

460 Om det i vart fall antas att de begränsningar som överenskommits enligt de omtvistade avtalen kan betraktas som objektivt sett nödvändiga för det av sökandena påstådda huvudsakliga syftet, vilket var att tillse att deras immateriella rättigheter respekterades, kvarstår inte desto mindre att de är oproportionerliga för att förverkliga detta ändamål. Tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, löstes nämligen inte någon patenttvist genom de omtvistade avtalen, eftersom det endast angavs i dem att de generiska företagen skulle hålla sig utanför marknaden för citalopram under en viss period mot betalning, utan att det ens föreskrevs att de när denna period gått ut, skulle kunna träda in på denna marknad och slippa att konfronteras med en talan om patentintrång från Lundbecks sida. Dessutom gick räckvidden av de begränsningar som dessa avtal innehöll ofta utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent (se den sjätte grunden nedan). Slutligen har sökandena felaktigt påstått att målet Lagap i Förenade kungariket tjänade som ”nyckelmål” för lösningen av tvisterna med de generiska företagen eftersom, såsom kommissionen hävdat i skäl 683 och följande skäl i det angripna beslutet, GUK-avtalet för Förenade kungariket, Arrow UK-avtalet, det danska Arrow-avtalet, Alpharma-avtalet och Ranbaxy-avtalet alla ingicks innan Lundbeck den 14 oktober 2002 väckte talan om patentintrång mot Lagap i Förenade kungariket. Vad angår det enda avtal som ingicks vid en senare tidpunkt, nämligen GUK-avtalet för EES, var Lagap-tvisten i realiteten inte relevant, eftersom den aktiva farmaceutiska substans som var i fråga i målet Lagap, vilken var framställd enligt Matrix II-metoden skiljde sig från Natcos aktiva farmaceutiska substans, utifrån vilken det generiska citalopram som Merck (GUK) planerade att saluföra framställdes (skäl 687 i det angripna beslutet).

461 Sökandena har således fel när de påstår att de begränsningar som överenskommits i de omtvistade avtalen objektivt sett var nödvändiga och proportionerliga för att skydda deras immateriella rättigheter.

462 Sökandena anser sedan att rättspraxis har tillämpats felaktigt i det angripna beslutet på de övriga legitima syftena i det aktuella fallet. Det förklaras nämligen i detta att den omständigheten att ett avtal kan eftersträva andra fullständigt legitima syften inte utgör hinder mot möjligheten att konstatera att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte. De mål som kommissionen har citerat till stöd för detta påstående rör dock situationer där det legitima syftet hade kunnat förverkligas utan att begränsa konkurrensen, medan de i det aktuella målet omtvistade avtalen var nödvändiga för att säkerställa respekten för Lundbecks patent.

463 Intervenienten stödjer sökandenas argument och anser likaledes att kommissionen har använt det rättsliga kriteriet för tillämpning av artikel 101.1 FEUF felaktigt. Enligt intervenienten grundas domstolens rättspraxis på kriteriet ”objektiv nödvändighet” när det ska fastställas huruvida artikel 101 FEUF är tillämplig. Därför borde kommissionen ha undersökt om en uppgörelse i godo hade skett i god tro i syfte att lösa en verklig patenttvist och om de avtalade begränsningarna var nödvändiga och proportionerliga för detta legitima ändamål.

464 Det ska härvidlag framhållas att, i motsats till vad sökandena har hävdat, var det utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning som kommissionen tillämpade rättspraxis på de övriga legitima syftena i det aktuella fallet (se punkt 427 ovan och där angiven rättspraxis) och som den avfärdade sökandenas argument i detta avseende i skäl 653 i det angripna beslutet. Även dessa argument bygger på den felaktiga premissen att sökandenas påstådda legitima syfte som bestod i att skydda deras immateriella rättigheter inte hade kunnat förverkligas utan att konkurrensen begränsades (se punkterna 458–461 ovan).

465 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den tredje delgrunden.

4. Den fjärde delgrunden

466 Sökandena anser att det har skett en felaktig rättstillämpning såvitt det inte medges i beslutet att intrångsscenariot i det aktuella fallet utesluter möjligheten att konstatera en konkurrensbegränsning genom syfte.

467 De har anfört att kommissionen i det angripna beslutet har missbedömt den omständigheten att de generiska företagen, även utan de omtvistade avtalen inte skulle ha sålt citalopram som inte utgjorde intrång. Det följer emellertid av fast rättspraxis att det generella kriteriet för att bedöma om ett avtal har till syfte eller verkan att begränsa konkurrensen, består i att undersöka hur konkurrensen skulle ha tett sig på den berörda marknaden i avsaknad av avtalet i fråga. Minsta tvivel på att det skulle ha funnits konkurrens i avsaknad av avtal räcker således för att utesluta varje överträdelse av artikel 101 FEUF. Dessutom undanröjer varje uppgörelse i godo osäkerheten och det medges i det angripna beslutet att uppgörelser i godo som försenar ett inträde på marknaden i vissa fall inte behöver utgöra åsidosättanden av artikel 101 FEUF.

468 De realistiska framtidsutsikterna att kunna träda in på en eller flera marknader i EES som nämns i det angripna beslutet under den period som omfattas av de omtvistade avtalen är grundlösa och i vart fall endast förhoppningar vilket åtminstone innebär att det inte var säkert att de generiska företagen utan dessa avtal skulle ha sålt citalopram som inte utgjorde intrång. Enligt sökandena hade de generiska företagen inte något godkännande för försäljning och om det antas att de hade kunnat lansera sina generiska produkter som utgör intrång skulle de ha blivit föremål för förbudsförelägganden genom sökandenas försorg. Dessutom skulle dessa företag ha kunnat välja att hålla sig utanför marknaden eller att lämna den för att undgå en tvist med Lundbeck. För övrigt hade flera generiska företag fortsatt att aktivt förbereda sitt inträde på marknaden och i synnerhet fortsatt att söka efter citalopram som inte utgjorde intrång och de omtvistade avtalen hade inte heller hindrat dem från att bestrida giltigheten hos Lundbecks patent.

469 Kommissionen har bestritt dessa argument.

470 Eftersom sökandena genom sina argument verkar ha velat ifrågasätta slutsatsen att de generiska företagen var potentiella konkurrenter till Lundbeck, vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, och dessa argument redan har avfärdats inom ramen för den första grunden ovan, kan det hänvisas till resonemangen i samband därmed.

471 Därefter är det viktigt att erinra om att artikel 101 FEUF syftar till att skydda den potentiella konkurrensen i samma mån som den aktuella konkurrensen mellan företagen på marknaden (se punkt 99 ovan). Det är således förgäves som sökandena på nytt har påstått att det var högst osäkert huruvida företagen faktiskt skulle träda in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid, i och med att de i sin argumentering har bortsett från skillnaden mellan aktuell och potentiell konkurrens.

472 I den mån sökandena har gjort gällande att kommissionen borde ha studerat intrångsscenariot i det aktuella fallet ska det erinras om att kommissionen när det rör sig om konkurrensbegränsningar genom syfte endast är skyldig att visa att de omtvistade avtalen var tillräckligt skadliga för konkurrensen, med hänsyn till innehållet i deras bestämmelser, de ändamål som eftersträvades samt deras ekonomiska och juridiska sammanhang, dock utan att behöva pröva deras verkningar (punkt 341 ovan).

473 En prövning av ett hypotetiskt intrångsscenario, förutom att den skulle vara svår att utföra i praktiken, därför att kommissionen skulle tvingas att rekonstruera händelser som skulle ha ägt rum i avsaknad av de omtvistade avtalen, när dessa just syftade till att försena inträdet för de generiska företagen på marknaden (se punkterna 138 och 139 ovan) skulle mer likna en prövning av de omtvistade avtalens verkningar på marknaden än en prövning av hur skadliga de var för konkurrensen. Det krävs emellertid ingen sådan prövning av verkningarna inom ramen för en analys baserad på förekomsten av konkurrensbegränsning genom syfte (punkt 341 ovan).

474 Även om det antas att vissa generiska företag inte skulle ha inträtt på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid, med anledning av en talan om patentintrång som väckts av Lundbeck eller på grund av möjligheten att erhålla ett godkännande för försäljning inom en tillräckligt kort tid, är det väsentliga att dessa företag förfogade över verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks med Lundbeck, så att de utövade ett konkurrenstryck på detta företag. Konkurrenstrycket eliminerades emellertid under de omtvistade avtalens giltighetstid, vilket i sig utgör en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.

475 Även om det är sant att uppgörelser i godo ofta har till syfte att minska den inneboende ovissheten i samband med en tvist, är sådana uppgörelser inte immuna mot tillämpningen av konkurrensrätten (se punkt 427 ovan). Dessutom är de, såsom kommissionen konstaterade i det angripna beslutet, särskilt problematiska när de innebär att potentiella konkurrenter betalas för att hålla sig borta från marknaden under en bestämd period, dock utan att de löser den minsta bakomliggande patenttvist, som i det aktuella fallet.

476 Följaktligen var det helt riktigt att kommissionen ansåg att de omtvistade avtalen liknade avtal om utestängning från marknaden konkurrenter emellan och att de kunde ha negativa verkningar på konkurrensen, utan att det var nödvändigt att vid tillämpningen av artikel 101.1 FEUF visa att de hade haft sådana verkningar.

477 Följaktligen kan talan inte vinna bifall såvitt avser den fjärde delgrunden och således inte såvitt avser någon del av den tredje grunden.

E – *Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning och bristfällig motivering i samband med avvisandet av kriteriet patentets tillämpningsområde som väsentlig norm för bedömning av uppgörelser i godo angående patent inom ramen för artikel 101.1 FEUF*

478 Sökandena anser att kommissionen felaktigt har vägrat att medge att avtal som medför begränsningar som motsvarar dem som ingår i utövandet av de rättigheter som en patentinnehavare har enligt sitt patent, inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF och att den felaktigt har påstått att avtal i vilka det föreskrivs begränsningar som överskrider detta patents tillämpningsområde troligen faller under denna bestämmelse. Enligt sökandena har det angripna beslutet tillkommit genom felaktig rättstillämpning såvitt kriteriet patentets tillämpningsområde har underkänts som relevant prövningsnorm för bedömningen av uppgörelser i godo på patentområdet inom ramen för artikel 101.1 FEUF. Sökandena anser dessutom att kommissionens argument i det angripna beslutet för att avvisa detta kriterium är obegripligt, orimligt och motsägs av de bakomliggande huvudargumenten i resten av det angripna beslutet.

1. Den första delgrunden

479 Sökandena har inledningsvis gjort gällande att avtalade begränsningar som omfattas av det tidsmässiga, territoriella och materiella tillämpningsområdet för patentinnehavarens rättigheter inte utgör åsidosättanden av konkurrensrätten, därför att dessa är analoga med dem som är förbundna med det bakomliggande patentet, oberoende av huruvida uppgörelsen i godo innebär en värdeöverföring eller ej från originalproducenten till tillverkaren av generika.

480 Detta villkor är förenligt med principen att patent ska presumeras vara giltiga ända till dess de uttryckligen har ogiltigförklarats. I domen Windsurfing, punkt 119 ovan (EU:C:1986:75), slog domstolen fast att varje klausul som rör produkter som omfattas av ett patent kan motiveras av skyddet för en immateriell rättighet. Patentets räckvidd är således relevant för bedömningen av ett åsidosättande av artikel 101 FEUF.

481 Sökandena anser att varje uppgörelse i godo måste vara förbunden med en tvist ” i god tro” mellan parterna i avtalet som rör ett patents giltighet eller intrång i ett patent. Sådana avtal är lagenliga och ändamålsenliga i sig och kan endast underkastas en ”antitrustkontroll” om den bakomliggande tvisten är fiktiv.

482 När det gäller uppgörelser i godo angående patent och generiska läkemedel borde en tvist betecknas som äkta dels när det inte har fastställts att patentinnehavaren visste eller innerst inne var övertygad om att patentet var ogiltigt, dels när patentinnehavaren förfogade över tillräckligt med bevis för att kunna hävda att de generiska läkemedlen gjorde intrång i hans patent. Om patentinnehavaren enbart hyser tvivel om patentets giltighet, är dessa tvivel som förmedlar den ovisshet som alltid råder om utgången av en tvist, inte tillräckliga för att påverka dess äkthet och för att göra en uppgörelse i godo rättsstridig. Följaktligen kan sådana uttalanden som nämnts flera gånger i det angripna beslutet, vilka gjordes mer än ett och ett halvt år efter det att de omtvistade avtalen ingicks och i vilka det påstods att en anställd hos Lundbeck hade uppskattat att det förelåg 60 procents risk för att kristalliseringspatentet skulle ogiltigförklaras av domstolar i Förenade kungariket, inte i något fall användas för att visa att Lundbeck trodde att kristalliseringspatentet var ogiltigt eller att företaget inte hade någon chans att få patentets giltighet fastställd i domstol.

483 Vidare anser sökandena att kriteriet patentets tillämpningsområde utgör den enda lämpliga normen. Först och främst skulle detta kriterium göra det möjligt att skapa en rimlig balans mellan konkurrensrätten och patenträtten. Därefter skulle det lösa kommissionens problem med uppgörelser i godo på patentområdet, eftersom ett generiskt företag som ingår ett sådant avtal kan träda in på

marknaden på ett sätt som inte inkräktar på det berörda patentets materiella, tidsmässiga eller territoriella tillämpningsområde. Slutligen innehåller det inte de fel som hänger samman med det kriterium som används i det angripna beslutet.

484 Sökandena har slutligen hävdat att inget av de omtvistade avtalen utgjorde ett åsidosättande av artikel 101 FEUF, därför att samtliga avtal dels uppfyllde villkoret att hålla sig inom patentets tillämpningsområde, i och med att de avtalade begränsningarna inskränkte sig till läkemedel som utgjorde intrång och inte överskred det territoriella och tidsmässiga tillämpningsområdet för Lundbecks metodpatent, dels uppfyllde villkoret angående en äkta tvist, eftersom det inte finns någon bevisning som avslöjar att företaget ansåg att dess patent var ogiltiga och det dessutom förfogade över vetenskapliga data som visade att de generiska företagen gjorde intrång i dess metodpatent.

485 Kommissionen har bestritt dessa argument.

486 Det ska först erinras om att enligt rättspraxis görs det i artikel 101.1 FEUF ingen åtskillnad mellan avtal som har till syfte att få en tvist att upphöra och avtal som har andra syften (dom Bayer och Maschinenfabrik Hennecke, punkt 427 ovan, EU:C:1988:448, punkt 15). Även om de rättigheters existens som lagstiftningen i en medlemsstat tillerkänner på det immaterialrättsliga området inte påverkas av artikel 101 FEUF, kan emellertid deras utövande omfattas av de förbud som uttalas i denna artikel. Så kan vara fallet varje gång som utövandet av en sådan rättighet visar sig vara syftet med, medlet för eller konsekvensen av en konkurrensbegränsande samverkan (dom Centrafarm och de Peijper, punkt 117 ovan, EU:C:1974:114, punkterna 39 och 40).

487 Även om det är sant att det specifika syftet med industriell äganderätt är att, för att kompensera uppfinnarens kreativa ansträngning, tillförsäkra innehavaren ensamrätt att använda en uppfinning och att först saluföra industriella produkter, antingen direkt eller genom att upplåta licenser åt tredje part, och rätten att väcka talan mot varje intrång (dom Centrafarm och de Peijper, punkt 117 ovan, EU:C:1974:115, punkt 9), kan detta inte tolkas så att det garanterar skydd även mot en talan som syftar till att bestrida ett patents giltighet, med beaktande av att det är av allmänt intresse att undanröja alla hinder mot ekonomisk verksamhet som kan bli följden av ett felaktigt beviljat patent (dom Windsurfing, punkt 119 ovan, EU:C:1986:75, punkt 92).

488 Här kan det noteras, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att de överväganden som kom till uttryck i punkt 92 i domen Windsurfing, punkt 119 ovan (EU:C:1986:75), inte endast kan äga giltighet för de klausuler som uppenbarligen inte omfattas av patentets tillämpningsområde. Domstolen fann nämligen i punkt 46 i samma dom att även om det antas att det tyska patentet täcker hela windsurfingbrädan och därför också flottören, vilket tyder på att den klausul som det var fråga om omfattades av patentets tillämpningsområde, betyder inte detta att en sådan klausul var förenlig med artikel 101 FEUF.

489 Enligt rättspraxis ankommer det inte på kommissionen att fastställa ett patents räckvidd, men den kan ändå inte avstå från varje initiativ när räckvidden av ett patent är relevant för bedömningen av ett åsidosättande av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF (dom Windsurfing International/kommissionen, punkt 119 ovan, EU:C:1986:75, punkt 26).

490 Mot bakgrund av denna rättspraxis, samt de inneboende syftena med artikel 101 FEUF enligt vilka det bland annat krävs att de ekonomiska aktörerna självständigt bestämmer den affärspolitik de har för avsikt att föra på marknaden (domen BIDS, punkt 341 ovan, EU:C:2008:643, punkterna 33 och 34), för att skydda konsumenterna mot omotiverade prishöjningar som är en följd av hemlig samverkan mellan konkurrenter (se punkt 386 ovan), hade kommissionen rätt när den avfärdade användningen av kriteriet patentets tillämpningsområde i det aktuella fallet vid bedömningen av de omtvistade avtalen med avseende på artikel 101.1 FEUF.

491 Såsom kommissionen gjorde gällande i skäl 698 i det angripna beslutet, är detta test nämligen problematiskt på flera sätt i konkurrensrättsligt hänseende. För det första leder det till att ett generiskt läkemedel presumeras göra intrång i originalproducentens patent och det gör det således möjligt att utestänga det generiska läkemedlet på denna grund, medan frågan huruvida det generiska läkemedlet utgör en överträdelse eller ej är en fråga som inte besvaras. För det andra bygger det på presumtionen att varje patent som åberopas inom ramen för en uppgörelse i godo betraktas som giltigt för det fall dess giltighet skulle bestridas, när det inte finns någon grund för denna verkan i rättsregler eller i praxis (punkt 122 ovan). Kriteriet patentets tillämpningsområde vilar således på sökandenas subjektiva bedömning av tillämpningsområdet för deras patent och dessas giltighet, medan en nationell domstol eller en behörig myndighet hade kunnat ha en annan uppfattning.

492 Förenta staternas högsta domstol hade för övrigt samma uppfattning när den avslutade den intensiva diskussionen i detta ämne. Denna domstol förkastade i domen Actavis, som nämnts ovan i punkt 353, kriteriet patentets tillämpningsområde vilket hade tillämpats av vissa lägre instanser och ansåg att den omständigheten att ett avtal omfattas av ett patents tillämpningsområde inte gör avtalet immunt mot en talan i ett antitrustärende.

493 Frågan om en begränsning omfattas av tillämpningsområdet för ett patent eller ej besvaras genom en slutsats som följer av en prövning av patentets tillämpningsområde och giltighet och är inte, såsom sökandena har påstått, utgångspunkten för denna prövning (se, punkt 353 ovan, angående domen Actavis).

494 När sökandena vill göra gällande att de produkter som de generiska företagen hade för avsikt att saluföra innebar intrång i deras patent eller omfattades av patentens materiella, tidsmässiga och territoriella tillämpningsområde, rör det sig i realiteten enbart om spekulationer som vilar på deras egna subjektiva bedömningar, eftersom de inte har bestritt att det vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks inte hade fastställts av någon nationell domstol eller behörig myndighet att dessa produkter gjorde intrång i det ena eller det andra av deras metodpatent (punkt 145 ovan). Vidare hade, såsom kommissionen betonat, kristalliseringspatentet inte ens beviljats vid den tidpunkt då de flesta av de omtvistade avtalen ingicks (punkt 127 ovan) och tillämpningsområdet för sökandenas patent var därför oklart, precis som räckvidden av de begränsningar som avtalen innehöll.

495 Den omständigheten att vissa begränsningar som de omtvistade avtalen innehöll, av kommissionen, hade ansetts potentiellt befinna sig inom tillämpningsområdet för Lundbecks patent, betyder endast att sökandena hade kunnat erhålla jämförbara begränsningar genom domstolsbeslut som meddelats för att deras patent skulle kunna användas, om det antas att de hade vunnit målen vid de behöriga nationella domstolarna. Med andra ord, även om de omtvistade avtalen också innehöll begränsningar som potentiellt omfattades av patentens tillämpningsområde, överskred dessa avtal deras immateriella rättigheters specifika syften, som visserligen inbegrep rätten att bestrida patentintrång, men inte rätten att ingå avtal enligt vilka verkliga eller potentiella konkurrenter på marknaden erhåller betalning för att inte träda in på marknaden (se punkt 487 ovan och skäl 698 i det angripna beslutet).

496 Sökandena har inte desto mindre gjort gällande att det pågick verkliga patenttvister mellan parterna i de omtvistade avtalen i det aktuella fallet, och att parterna kunde lösa dessa tvister genom uppgörelser i godo utan att åsidosätta artikel 101 FEUF.

497 Det är dock tveksamt om de omtvistade avtalen verkligen skulle ha gjort det möjligt att få de bakomliggande patenttvisterna mellan sökandena och de generiska företagen att upphöra, eftersom det inte föreskrevs i avtalen att generika skulle kunna träda in på marknaden omedelbart efter det att avtalen löpt ut och att sökandena skulle avstå från sina anspråk i fråga om patent (punkt 354 ovan och skäl 662 i det angripna beslutet).

498 Om det sedan till och med antas att de omtvistade avtalen hade möjliggjort en uppgörelse i godo i en tvist mellan parterna, räcker det att erinra om att det i artikel 101.1 FEUF inte görs någon åtskillnad mellan avtal som syftar till att få en tvist att upphöra och avtal som har andra syften (se, för ett liknande resonemang, dom Bayer och Maschinenfabrik Hennecke, punkt 427 ovan, EU:C:1988:448, punkt 15). Eftersom dessa avtals konkurrensbegränsande syfte har styrkts, då det gäller avtal som utestänger potentiella konkurrenter från marknaden mot betalning, om det antas att de även har kunnat gynna konkurrensen och konsumenterna, måste dessa verkningar visas av sökandena och prövas med avseende på artikel 101.3 FEUF (se prövningen av den sjunde grunden nedan) och inte utvärderas av kommissionen i enlighet med den första punkten i samma artikel (se, för ett liknande resonemang, dom Brasserie nationale m.fl./kommissionen, punkt 387 ovan, T-49/02–T-51/02, REG, EU:T:2005:298, punkt 85).

499 Sökandena har följaktligen felaktigt gjort gällande att det rättsliga kriterium som kommissionen tillämpade saknar stöd i rättspraxis eller att utövandet av immateriella rättigheter endast skulle kunna omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF under extraordinära förhållanden. Kommissionen har inte gjort någon felaktig rättstillämpning genom att underkänna kriteriet patentets tillämpningsområde som relevant test för prövningen av de omtvistade avtalen med avseende på artikel 101.1 FEUF. Såsom kommissionen har gjort gällande, var det relevanta kriteriet i det aktuella fallet begreppet konkurrensbegränsning genom syfte, såsom det utvecklats i unionsdomstolarnas rättspraxis (punkterna 338–344 ovan).

500 Följaktligen hade kommissionen i det aktuella fallet rätt att grunda sig på en mängd faktorer i egenskap av omständigheter som ingick i sammanhanget, exempelvis förekomsten av en omvänd betalning, storleken på denna betalning och den omständigheten att den föreföll motsvara de generiska företagens beräknade vinster för det fall de skulle träda in på marknaden, avsaknaden av en klausul som skulle underlätta generikas inträde på marknaden när de omtvistade avtalen hade gått ut samt angivandet av begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för sökandenas patent, för att konstatera att dessa avtal syftade till att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101 FEUF (se skälen 661 och 662 i det angripna beslutet).

501 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första delgrunden.

2. Den andra delgrunden

502 Sökandena har gjort gällande att motiveringen till att kriteriet patentets tillämpningsområde underkändes återfinns enbart i skäl 698 i det angripna beslutet som dessutom innehåller ett orimligt resonemang, då detta kriterium enligt sökandena inte uppmuntrar de generiska företagen att överge alla sina ansträngningar för att träda in på marknaderna utan endast att sälja produkter som inte utgör intrång.

503 Dessutom innebär rätten att bestrida intrång även att patentinnehavaren kan bestrida intrång genom att lösa en tvist genom en uppgörelse i godo. Denna rättighet följer även av ett patents specifika syfte, tvärtemot vad som insinueras i det angripna beslutet. Domen Windsurfing, punkt 119 ovan (EU:C:1986:75), som nämns i det angripna beslutet, kan endast åberopas till stöd för att Lundbeck inte är behörig att lösa en konflikt mellan två tredje parter som är tillverkare, vilket inte överensstämmer med det aktuella fallet. Det argument som framförs i det angripna beslutet, enligt vilket uppgörelser i godo är tillåtna endast om de grundas på parternas subjektiva bedömning av patentets styrka, motsäger för övrigt påståendet att patentinnehavare inte borde vara kapabla att själva bedöma om generiska läkemedel gör intrång i deras patent. Det förklaras inte heller i det angripna beslutet på vilket sätt kriteriet patentets tillämpningsområde i amerikansk rätt inte skulle kunna tillämpas även i unionsrätten.

504 Sökandena anser sedan att kommissionens underkännande av kriteriet patentets tillämpningsområde inte går ihop med huvudresonemanget i det angripna beslutet på vilket kommissionen grundade sin utvärdering av de omtvistade avtalen. Kommissionen grundade nämligen sin slutsats att dessa avtal hade till syfte att begränsa konkurrensen på påståendet att de innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent, eftersom de var ämnade att hindra inträdet för allt generiskt citalopram på marknaden, oberoende av huruvida det utgjorde intrång eller ej. På andra ställen i beslutet förklarade kommissionen emellertid att omvända betalningar, som sådana, tyder på att de omtvistade avtalen syftade till att tvinga de generiska företagen att hålla sig borta från marknaden för generiskt citalopram under dessa avtals hela giltighetstid, oberoende av huruvida de läkemedel som dessa företag hade kunnat sälja utgjorde intrång eller ej.

505 Detta visar att kriteriet patentets tillämpningsområde spelade en avgörande roll i kommissionens analys, vilket strider mot dess påstående att frågan huruvida de omtvistade avtalen höll sig inom tillämpningsområdet för Lundbecks patent inte på ett grundläggande sätt hade ändrat kommissionens rättsliga bedömning av dessa begränsningar.

506 Kommissionen har bestritt dessa argument.

507 Det bör erinras om att motiveringsskyldigheten enligt artikel 296 FEUF ska anpassas till rättsaktens beskaffenhet och det ska klart och tydligt framgå av denna hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning (se dom av den 29 september 2011, Elf Aquitaine/kommissionen, C-521/09 P, REU, EU:C:2011:620, punkt 147 och där angiven rättspraxis).

508 I samband med individuella beslut framgår det av fast rättspraxis att skyldigheten att motivera ett sådant beslut har till syfte, utöver att göra det möjligt för domstolen att pröva beslutets lagenlighet, att ge den som berörs av beslutet tillräckliga upplysningar för att kunna bedöma om beslutet eventuellt har tillkommit genom ett fel som innebär att dess giltighet kan ifrågasättas. Det ska emellertid erinras om att den motiveringsskyldighet som föreskrivs i artikel 296 FEUF utgör en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är välgrundad, vilken ska hänföras till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (dom Elf Aquitaine/kommissionen, punkt 507 ovan, EU:C:2011:620, punkterna 146 och 148 och där angiven rättspraxis).

509 Vad angår, i det aktuella fallet, det angripna beslutets motivering till att kommissionen underkände kriteriet patentets tillämpningsområde, måste det slås fast att kommissionen uttryckligen har besvarat sökandenas argument på denna punkt i skäl 698 i det angripna beslutet. Kommissionen förklarade här skälen till att detta test inte gjorde det möjligt att åtgärda de bekymmer som de omtvistade avtalen orsakat i konkurrensrättsligt hänseende (se punkt 491 ovan). Dessutom framgår det av strukturen i det angripna beslutet, i dess helhet, att kommissionen tillämpade begreppet konkurrensbegränsning genom syfte enligt artikel 101.1 FEUF på de omtvistade avtalen, med beaktande av det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket dessa ingicks och med beaktande av en rad faktorer härvidlag (se punkt 354 ovan). Kommissionen avfärdade härigenom med nödvändighet kriteriet patentets tillämpningsområde som relevant rättsligt kriterium för bedömningen av dessa avtal med avseende på artikel 101.1 FEUF.

510 Sökandena kan således inte kritisera kommissionen för att den inte i tillräcklig mån, i det angripna beslutet, motiverade varför den hade underkänt kriteriet patentets tillämpningsområde och inte heller för att den inte tagit ställning i frågan huruvida patentinnehavaren har rätt att bestrida intrång genom att lösa sina tvister genom uppgörelser i godo, då denna fråga hänför sig till prövningen i sak av det angripna beslutet vilken har utförts inom ramen för den andra och den tredje grunden ovan.

511 Dessutom har sökandena förgäves gjort gällande att kommissionen borde ha motiverat sitt angripna beslut under åberopande av de rättsliga kriterier som tillämpas i amerikansk rätt. Det har nämligen redan slagits fast att en ståndpunkt som intagits i ett tredje lands rätt inte kan vinna över en ståndpunkt som råder i unionsrätten och ett åsidosättande av denna rätt utgör inte, som sådant, ett fel som kan medföra ogiltighet för ett beslut som antagits på grundval av unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen, T-191/98 och T-212/98 och T-214/98, REG, EU:T:2003:245, punkterna 1406 och 1407 och där angiven rättspraxis).

512 Det räcker i vart fall att konstatera att det i den dom som innehåller den uppfattning som majoriteten i Förenta staternas högsta domstol företrädde i målet Actavis (punkt 353 ovan) – och inte domaren Roberts avvikande åsikt – klart fastställs att den omständigheten att ett avtal som omfattas av tillämpningsområdet för ett patent inte gör avtalet immunt mot en talan i ett antitrustärende. Härigenom underkänns kriteriet patentets tillämpningsområde som relevant norm för bedömningen av den konkurrensbegränsande karaktären hos uppgörelser i godo på patentområdet som innehåller omvända betalningar (benämnda ”pay for delay”) såsom de omtvistade avtalen i det aktuella fallet.

513 Såsom sökandena har gjort gällande vid förhandlingen skiljer sig lagstiftningen i Förenta staterna från lagstiftningen i de olika medlemsstaterna i unionen. Det var således korrekt av kommissionen att inte närmare studera sökandenas argument angående kriteriet patentets tillämpningsområde, vilket hade tillämpats av vissa lägre instanser i Förenta staterna före domen Actavis (punkt 353 ovan), vid prövningen av de omtvistade avtalen med avseende på artikel 101 FEUF.

514 Vidare har sökandena felaktigt gjort gällande att det angripna beslutet är motsägelsefullt såtillvida att det, å ena sidan, medges i det att de omtvistade avtalen var konkurrensbegränsande oavsett om de innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för deras patent, och, å andra sidan, att dessa avtal innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för deras patent, eftersom de syftade till att förhindra de generiska företagens försäljning av alla typer av generiskt citalopram.

515 Kommissionen förklarade nämligen i skälen 661 och 662 i det angripna beslutet att den omständigheten att Lundbeck inte hade kunnat erhålla samma begränsningar av generikas inträde på marknaden genom att göra gällande sina metodpatent, utgjorde ett starkt indicium, bland andra, för att de omtvistade avtalen stred mot artikel 101.1 FEUF. Med andra ord betraktades frågan, huruvida de begränsningar som de omtvistade avtalen innehöll gick utöver tillämpningsområdet för sökandenas patent, som en relevant men inte avgörande faktor för fastställandet av att det rörde sig om en konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i denna bestämmelse, vilket också klart framgår av skäl 641 i det angripna beslutet (punkterna 335, 336 och 354 ovan). Det finns således ingen motsägelse i det angripna beslutet i denna fråga.

516 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden.

F – *Den femte grunden: Uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna, åsidosättande av omsorgsplikten och bristfällig motivering såtillvida att Lundbecks agerande har betraktats som en fientlig övergripande strategi riktad mot generikas inträde och som relevant för bedömningen av de omtvistade avtalen med avseende på artikel 101.1 FEUF*

517 Enligt sökandena är det angripna beslutet otillräckligt motiverat, innehåller uppenbart oriktiga bedömningar av de faktiska omständigheterna och innebär ett åsidosättande av den omsorgsplikt som åligger kommissionen. Kommissionen har nämligen koncentrerat sig på några utvalda uttalanden och den har ignorerat väsentliga faktiska omständigheter för att dra slutsatsen att de hade en ”övergripande strategi” riktad mot de generiska versionerna av citalopram och kommissionen har lagt denna påstådda strategi till grund för bedömningen av de omtvistade avtalen med avseende på artikel 101.1 FEUF.

518 Sökandena har först gjort gällande att deras övergripande strategi bestod i ensidiga handlingar, utan samband med de omtvistade avtalen, som i vart fall inte var rättsstridiga. De anser att kommissionen har begått ett antal allvarliga fel genom att i det angripna beslutet hävda att de bedrev olika slags politik som ingick i en påstått övergripande strategi riktad mot generikas inträde på marknaden för citalopram, det vill säga, för det första, skapandet av en lämplig period för lanseringen av escitalopram, för det andra, ingivandet av en ansökan om metodpatent för tillverkning av citalopram, för det tredje, interventionen i förfarandena för godkännande för försäljning av de generiska versionerna av citalopram, för det fjärde, undanröjandet av det konkurrenshot som bestod i de framtida tillverkarna av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram samt, för det femte, incitamentet för de generiska företagens att upphöra med sina ansträngningar att komma in på marknaden för citalopram.

519 Därefter har de anfört att det inte i det angripna beslutet förklaras på vilket sätt deras agerande skulle vara relevant för konstaterandet av att det föreligger en överträdelse av artikel 101.1 FEUF. Enligt sökandena, kan inte parternas avsikt göra avtal, som för övrigt är lagenliga, oförenliga med konkurrensrätten. Dessa parters subjektiva avsikt är accessorisk till huvudfrågan, huruvida en konkurrensbegränsning framgår av de objektiva syften som dessa avtal eftersträvar, mot bakgrund av det sammanhang i vilket de ingår. I det angripna beslutet fokuseras emellertid felaktigt på Lundbecks ensidiga agerande och det förklaras inte på vilket sätt de generiska företagen delade Lundbecks påstådda avsikt eller om de kände till denna avsikt. Följaktligen kan inte kommissionen åberopa detta beteende för att fastställa att det fanns en samstämmig vilja hos Lundbeck och de generiska företagen, att dämpa den konkurrens som utövades av den generiska versionen av citalopram.

520 Sökandena anser vidare att kommissionen har åsidosatt den omsorgsplikt som åligger den att noggrant och opartiskt pröva alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet, genom att den har underlåtit att beakta alla de övriga faktiska omständigheter som angav att deras agerande syftade till att genomföra legitima syften, såsom tillämpningen av ett giltigt patent för att invända mot ett inträde som utgjorde intrång, lanseringen av en innovativ produkt till nytta för konsumenterna, informationen till hälsomyndigheter om potentiella hälsorisker och erhållandet av ytterligare tillverkningskapacitet.

521 Därefter anser sökandena att det var med orätt som vissa av deras handlingar betecknades som rättsstridiga i det angripna beslutet, exempelvis att deras kommersiella ansträngningar hade överförts till en annan mer effektiv produkt nämligen Cipralex, att de inkommit med flera patentansökningar som omfattade metoder som gjorde det möjligt att tillverka citalopram, deras interventioner i förfarandena för erhållande av godkännande för försäljning och deras transaktioner med tillverkarna av den aktiva farmaceutiska substansen. Sökandena bedömer för övrigt att det felaktigt i det angripna beslutet insinueras att de under Lagap-tvisten skulle ha godtagit att generiska produkter som byggde på den metod som Matrix använde inte utgjorde intrång, medan det godkännande för försäljning som grundades på Matrix II-metoden vilken inbegrep ytterligare en etapp med tvättning inte hade beviljats i Förenade kungariket förrän den 4 juni 2003. Lundbeck hade för övrigt aldrig medgett att Matrix tillgrep en metod som användes i industriell skala och var kommersiellt gångbar samtidigt som den inte utgjorde intrång.

522 Kommissionen har bestritt dessa argument.

523 Det ska först och främst erinras om att kommissionen var i sin fulla rätt att beakta sökandenas avsikt vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, eftersom rättspraxis erkänner att parternas avsikt kan utgöra en relevant omständighet för fastställandet av att det föreligger konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF (punkt 344 ovan).

524 I den mån sökandena har gjort gällande att deras strategi inte var rättsstridig, såvitt den bestod bland annat i att utveckla den nya patenterade produkten escitalopram, att registrera ett metodpatent för citalopram och att försvara dess metodpatent genom att intervenera i förfarandet för erhållande av de generiska företagens godkännanden för försäljning, kan det konstateras att det inte i det angripna

beslutet fastställs att dessa handlingar, i sig, var rättsstridiga. Kommissionen har endast beaktat dessa omständigheter som relevanta faktiska omständigheter vilka gör det möjligt att placera de omtvistade avtalen i ett större sammanhang, och visat att sökandena avsåg att försena generikas inträde på marknaden i syfte att finna ett lämpligt tillfälle att lansera escitalopram (skäl 123 och följande skäl i det angripna beslutet), med alla möjliga – lagenliga och rättsstridiga – medel. Dessa argument är således i stor utsträckning verkningslösa.

525 Inte desto mindre, i den mån sökandenas argument även kan tolkas så, att de syftar till att bestrida de bedömningar av de faktiska omständigheterna som kommissionen utfört i det angripna beslutet, genom att göra gällande att bevisfakta har förvanskats härvidlag, ska följande framhållas.

526 När det inledningsvis rör sig om sökandenas påståenden att deras metodpatent presumerades vara giltiga och att ingen domstol hade konstaterat att de generiska företagen inte utgjorde intrång vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, ska det erinras om att kommissionen i det angripna beslutet inte alls slog fast att sökandenas metodpatent inte var giltiga eller att de inte hade någon chans att motsätta sig generikas inträde på marknaden, för det fall dessa skulle göra ett riskfyllt inträde, men att det förelåg ovisshet härvidlag, en ovisshet som de omtvistade avtalen väsentligen reducerade eller eliminerade (punkterna 336, 363 och 429 ovan).

527 Lundbecks interna uppskattningar av chanserna för att kristalliseringspatentet skulle ogiltigförklaras hade dessutom främst använts av kommissionen för att i det angripna beslutet visa att Lundbeck och de generiska företagen var potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (se punkt 96 ovan och skäl 627 i det angripna beslutet). Oavsett i vilket sammanhang detta uttalande gjordes eller av vem, framgår det mycket väl, såsom kommissionen konstaterade i det angripna beslutet, att det förelåg en viss osäkerhet huruvida Lundbecks patent skulle ha gjort det möjligt att blockera varje inträde av generiska företag på marknaden, och om dessa förfogade över verkliga och konkreta möjligheter härtill, vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks. Sökandena har för övrigt medgett att resultat av ogiltighetsförfaranden på nationell nivå var mycket slumpmässiga.

528 Sökandena har sedan fel när de anser att det angripna beslutet inte har grundats på någon konkret handling i syfte att fastställa ett samband mellan de omtvistade avtalen och lanseringen av escitalopram. Det angripna beslutet bygger nämligen i detta avseende på ett utdrag ur Lundbecks strategiska plan för år 1993 (skäl 135), en handling som upprättats inför ett styrelsemöte vid Lundbeck A/S av den 24 april 1998 (skäl 136), en handling från Lundbeck av den 24 september 1999 (skäl 138), Lundbecks strategiska verksamhetsplan och budget för år 1999 (skäl 137), år 2001 (skäl 139), och år 2002 (skäl 140), samt på anteckningar som fördes under ett strategiskt möte hos Lundbeck i början av år 2003 (skäl 141). Den sistnämnda handlingen visar exempelvis att Lundbeck planerade att bekämpa generika för att skapa en öppning för att övergå till escitalopram. Dessutom hade Lundbeck i sin strategiska verksamhetsplan och budget för år 2003 dragit slutsatsen att generikas inträde, som ursprungligen planerats till det första kvartalet 2002, hade uppskjutits på ett mycket effektivt sätt till och med oktober 2002 och att det var uppenbart att avsaknaden av generika hade haft en gynnsam inverkan på försäljningen av Cipralex (escitalopram) för år 2003 (skäl 206 i det angripna beslutet).

529 Sökandena har likaledes förgäves i det angripna beslutet tagit upp förvanskningen av omständigheterna i Lagap-processen i Förenade kungariket. Det framgår nämligen av de bevisfakta som kommissionen lagt fram, vilka för övrigt inte har ifrågasatts av sökandena, att även om sökandena inom ramen för den processen faktiskt hävdade att det citalopram som Matrix tillverkade gjorde intrång i kristalliseringspatentet, rörde det sig emellertid på nytt om deras subjektiva bedömning då detta påstående aldrig bekräftades av den domstol som hade att avgöra det målet, eftersom sökandena hade föredragit att kompromissa med Lagap för att undvika ett nederlag som enligt deras egna ord skulle ha varit ”förnedrande” och som ”skulle ha använts mot dem i andra domstolar” (skäl 160 i det angripna beslutet). Sökandena har inte i det angripna beslutet visat på vilket sätt kommission förvanskade bevisfakta i det målet.

530 Sökandena har inte desto mindre hävdat att godkännandet för försäljning angående fasen med ytterligare tvättning (det vill säga Matrix II-metoden) inte beviljades i Förenade kungariket förrän den 3 december 2003. Det generiska citalopram som hade saluförts före detta datum i Förenade kungariket byggde således på Matrix I-metoden, som sökandena ansåg gjorde intrång i deras patent såtillvida att den byggde på förfalskade uppgifter. Detta har dock aldrig styrkts, då det tvärtom framgår av skäl 155 i det angripna beslutet att den brittiska domstol vid vilken målet mot Lagap hade anhängiggjorts, i ett preliminärt avgörande av den 14 februari 2003 förklarade att ”Lundbeck hädanefter var tvunget att tillstå att dess fasta och orubbliga övertygelse om att det var omöjligt för Lagap och dess leverantörer att använda metoder som inte utgjorde intrång var grundlös” och sökandena därför inte kunde göra gällande att bevisningen förvanskats härvidlag.

531 Sökandena har påstått att deras transaktioner med tillverkarna av den aktiva farmaceutiska substansen endast hade till syfte att finna en lösning på de kapacitetsproblem som de konfronterats med. Här ska det framhållas att den förklaringen är föga trovärdig mot bakgrund av de bevisfakta som kommissionen lade fram i skäl 172 och följande skäl i det angripna beslutet. Det är särskilt svårt att förstå hur det kunde vara oundgängligt, eller ens till nytta för Lundbeck, att köpa upp det italienska företaget VIS Farmaceutici SpA (nedan kallat VIS) och att återkalla dess grunddokument för läkemedel från Tiefenbachers ansökan om godkännande för försäljning, som var anhängigt vid nederländska myndigheter (skäl 176 i det angripna beslutet), i syfte att lösa dessa kapacitetsproblem.

532 Slutligen har sökandena felaktigt hävdat att det i det angripna beslutet konstateras att deras talan om patentintrång hade ogillats. I beslutet erkänns det tvärtom att sökandena till en början erhöll förbudsförelägganden i vissa domstolar och förordnanden om beslag i vissa stater, men att dessa återkallades, ansökningarna avslogs eller så löstes tvisterna genom förlikning efter det att många generiska företag hade övergått till Matrix II-metoden. I det angripna beslutet fastställs endast att ingen domstol i EES hade konstaterat att kristalliseringspatentet var giltigt och att det hade blivit föremål för intrång vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (skäl 185 i det angripna beslutet), vilket sökandena för övrigt inte har bestritt (punkt 145 ovan).

533 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte bifallas vad avser den femte grunden, då den är verkningslös eller det i vart fall inte finns fog för den.

G – Den sjätte grunden: Uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna såvitt det slås fast i det angripna beslutet att de omtvistade avtalen medförde begränsningar som gick utöver dem som var förbundna med utövandet av de rättigheter som Lundbeck hade enligt sina patent

534 Sökandena har gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att den inte har undersökt alla omständigheter kring de omtvistade avtalen och felaktigt har funnit att dessa medförde begränsningar som gick utöver dem som var förbundna med utövandet av de rättigheter som de hade enligt deras patent. Vart och ett av de omtvistade avtalen hade hållit sig inom ramen för tillämpningsområdet för deras patent och hade endast hindrat försäljning av citalopram som utgjorde intrång.

535 Sökandena anser först att det felaktigt slås fast i det angripna beslutet att de omtvistade avtalen hindrade de generiska företagen från att sälja citalopram, inklusive sådant som inte utgjorde intrång, och att avtalen således gick utöver deras rättigheter enligt patenten.

536 Sökandena har gjort gällande att om de hade haft för avsikt att hindra de generiska företagen från att sälja, vilken typ av citalopram som helst, borde de ha ingått avtal med alla företag som potentiellt kunde inträda på marknaden, då det vid denna tid fanns mer än 300 generiska företag som sålde antidepressiva läkemedel i EES. Lundbeck skulle inte haft något plausibelt motiv att utesluta endast fyra generiska företags försäljning av läkemedel som inte utgjorde intrång.

537 Sedan har sökandena gjort gällande att kommissionen, när den fann att avtalen gick utöver tillämpningsområdet för deras patent i det angripna beslutet inte, i fråga om vart och ett av de omtvistade avtalen, tog hänsyn till alla omständigheter i sammanhanget och att den inte undersökte vad som var det sanna uttrycket för parternas avsikt, vilket följer såväl av klausulerna i ett avtal som av de ifrågavarande företagens agerande.

538 Kommissionen har bestritt dessa argument.

539 Först ska det påpekas, i likhet med kommissionen, att även om de omtvistade avtalen inte hade överskridit tillämpningsområdet för sökandenas patent, utgjorde dessa avtal inte desto mindre konkurrensbegränsningar genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, eftersom de bestod av konkurrensbegränsande samverkan som syftade till att försena de generiska företagens inträde på marknaden, i utbyte mot betydande omvända betalningar (se den andra, tredje och den fjärde grunden ovan), som förvandlade den relativa ovissheten angående detta inträde, till visshet om att inträdet inte skulle äga rum under de omtvistade avtalens giltighetstid (punkt 363 ovan).

540 Den aktuella grunden är således verkningslös.

541 Det finns inte desto mindre anledning att, i andra hand, pröva sökandenas argument härvidlag, i den mån kommissionen anser att sökandena inte uppfyller de villkor som de själva ställt upp, eftersom de avtalade begränsningar som de omtvistade avtalen innehöll inte inskränkte sig till de produkter som potentiellt utgjorde intrång och överskred tillämpningsområdet för de ifrågavarande patenten.

1. GUK-avtalet för Förenade kungariket

542 Enligt sökandena hade kommissionen fel när den i det angripna beslutet ansåg, för det första, att Merck (GUK):s skyldighet att inte lansera citalopram, framställt enbart på grundval av Natcos aktiva farmaceutiska substans, var tillämplig oberoende av huruvida Natcos aktiva farmaceutiska substans utgjorde intrång eller ej och, för det andra, att den exklusiva inköpsskyldighet som detta avtal innehöll hindrade Merck (GUK) från att sälja någon annan generisk version av citalopram.

543 Kommissionen har bestritt dessa argument.

544 Sökandena bedömer inledningsvis att det felaktigt i det angripna beslutet konstateras att GUK-avtalet för Förenade kungariket förhindrade försäljningen av Natcos citalopram, oberoende av huruvida detta utgjorde intrång. De har anfört att GUK-avtalet för Förenade kungariket endast gällde en produkt, det vill säga Natcos citalopram, på vilket Lundbeck utfört tester och ansåg att det gjorde intrång i företagets patent.

545 Det angripna beslutet bygger, enligt sökandena, felaktigt på uttalanden som återfinns i två av Merck (GUK):s interna e-postmeddelanden, till stöd för slutsatsen att Lundbecks patent, i förevarande fall kristalliseringspatentet, varken var giltiga eller hade blivit föremål för intrång och att ingen av de publicerade patentansökningarna utgjorde något bekymmer. För övrigt beaktades inte i det angripna beslutet några andra av Merck (GUK):s samtida handlingar med faktiska omständigheter som visade att företaget i hög grad befarade att Natcos aktiva farmaceutiska substans gjorde intrång i Lundbecks patent, och inte heller beaktades den omständigheten att Merck (GUK) under det administrativa förfarandet, hade medgett att företaget inte var säkert på att Natcos metoder inte gjorde intrång i Lundbecks metodpatent.

546 Dessutom anser sökandena att GUK-avtalet för Förenade kungariket inte i något fall kunde inbegripa det citalopram som tillverkats enligt olika metoder och som inte utgjorde intrång, eftersom Natco och Merck (GUK) inte hade varit i stånd att gå över till ett nytt läkemedel under detta avtals korta giltighetstid.

547 Det bör erinras om att det uttryckligen framgår av punkt C i ingressen till GUK-avtalet för Förenade kungariket att Merck (GUK) inte accepterade att dess produkt förklarades utgöra intrång men att företaget i gengäld erkände att det fanns risk för en patenttvist vilket skulle kunna förorsaka förseningar och olägenheter.

548 Det måste vidare, i likhet med vad kommissionen gjorde i skäl 768 i det angripna beslutet, slås fast att det i GUK-avtalet för Förenade kungariket inte ens angavs vilket av sökandenas patent som hade blivit utsatt för intrång.

549 Sökandena har således fel när de på nytt försöker göra gällande att Merck (GUK):s produkter utgjorde intrång, eftersom påståendet vilar på deras egen subjektiva uppfattning (punkt 221 ovan). Den omständigheten att Merck (GUK) kunde ha varit tveksamt till huruvida dess produkter utgjorde intrång, kan inte annat än bekräfta den osäkra situation som sökandena och de generiska företagen befann sig i vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, men den möjliggör inte i något fall att det fastställs att Natcos aktiva farmaceutiska substans utgjorde intrång. De bevisfakta som kommissionen har lagt till grund för det angripna beslutet visar snarare att Merck (GUK) var säkert på att vinna för det fall det skulle uppstå en tvist med Lundbeck (punkt 125 ovan).

550 Eftersom sökandenas övriga argument redan har förkastats i samband med prövningen av den första grunden angående den potentiella konkurrensen, kan det hänvisas till prövningen av denna grund och punkterna 207–236 ovan, vad särskilt gäller Merck (GUK):s situation.

551 Sökandenas argument att det var fel av kommissionen att dra slutsatsen att GUK-avtalet för Förenade kungariket hade begränsat försäljningen av Natcos citalopram, oberoende av huruvida detta utgjorde intrång, ska underkännas.

552 Sökandena anser att kommissionen i det angripna beslutet felaktigt slog fast att den klausul om ensamrätt, som punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket innehöll, hindrade Merck (GUK) från att träda in på marknaden med en annan generisk version av citalopram, oavsett om det var i form av en färdig produkt eller i form av en aktiv farmaceutisk substans. Enligt sökandena ålades Merck (GUK) genom punkt 3.2 att endast köpa kartor med 28 tabletter med 20 mg Cipramil av Lundbeck och denna punkt begränsade inte GUK:s frihet att antingen köpa färdiga läkemedel som innehöll citalopram som inte härrörde från Lundbeck eller citalopram i någon annan form, exempelvis den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, av vilken tredje part som helst.

553 Tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande i det angripna beslutet, är en sådan tolkning meningsfull, eftersom Merck (GUK) i avsaknad av denna klausul hade kunnat köpa Lundbecks Cipramil av tredje part, exempelvis grossister, vilket skulle ha omintetgjort Lundbecks syfte att öka den sammanlagda försäljningen av detta läkemedel i Förenade kungariket.

554 Det medges dessutom i det angripna beslutet att ”om man tolkar de uttryck som används i dessa bestämmelser bokstavligt, är det möjligt att Merck (GUK) faktiskt inte förhindrades genom punkt 3.2 att köpa den aktiva farmaceutiska substansen citalopram av tredje part” (skäl 781). I det angripna beslutet fann emellertid kommissionen felaktigt att Merck (GUK) hade hindrats från att köpa den aktiva farmaceutiska substansen citalopram av tredje part, såtillvida att företaget inte hade något som helst incitament att göra det. Merck (GUK) hade nämligen varit fritt att sälja citalopram som inte härrörde från Lundbeck, i form av färdig produkt, med uteslutande av Natcos citalopram som utgjorde intrång. Även om Merck (GUK), genom att köpa den aktiva farmaceutiska substansen citalopram av tredje part, hade åsidosatt artikel 1.3 i sitt avtal med Schweizerhall, enligt vilket Merck (GUK) åtog sig att täcka hela sin årliga efterfrågan på den aktiva farmaceutiska substansen citalopram av det företaget (skäl 783), kände Lundbeck dessutom inte till den bestämmelsen och kunde således inte vara medvetet om den påstådda bristen på incitament för Merck (GUK) att köpa den aktiva farmaceutiska substansen av tredje part. I vart fall följer inte denna brist på incitament av GUK-avtalet för Förenade kungariket och den kan följaktligen inte användas för att definiera tillämpningsområdet för detta avtal.

555 Kommissionen har bestritt dessa argument och erinrat om att det i punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket föreskrivs att ”GUK är överens om att förvärva färdiga produkter uteslutande av [Lundbeck] för återförsäljning av GUK och dess närstående bolag”. Denna bestämmelse betyder, i dess vanliga mening, att Merck (GUK) endast kunde förvärva färdiga produkter av Lundbeck, med uteslutande av övriga leverantörer. Denna tolkning bekräftas av punkt D i ingressen där det anges att ”parterna har dessutom kommit överens om att GUK ska täcka sitt behov av färdiga produkter genom att köpa dem av [Lundbeck]”. Sökandena medgav till och med under det administrativa förfarandet att Merck (GUK) ”var överens om att täcka sitt behov av citalopram genom att köpa det uteslutande av Lundbeck för återförsäljning i Förenade kungariket”. Dessa åtaganden överskrider emellertid klart tillämpningsområdet för Lundbecks patent.

556 Kommissionen har avvisat den av sökandena föreslagna tolkningen att uttrycket ”Färdiga produkter” endast skulle hänföra sig till Lundbecks Cipramil. Detta uttryck definieras i artikel 1.1 i avtalet som ”de produkter som innehåller citalopram i form av färdiga askar som [Lundbeck] ska tillhandahålla GUK i enlighet med detta avtal”. Den av sökandena föreslagna tolkningen gör uttrycket ”uteslutande” överflödigt eftersom Merck (GUK) uppenbarligen inte hade kunnat köpa Lundbecks Cipramil från något annat företag än Lundbeck. Uttrycket ”uteslutande” betyder således att Merck (GUK) skulle täcka alla sina behov av citalopram i form av färdig produkt hos Lundbeck. Dessutom ska denna bestämmelse tolkas mot bakgrund av sökandenas avsikt att undvika en självständig närvaro av de generiska företagen på marknaden.

557 Vad gäller inköp av den aktiva farmaceutiska substansen citalopram av tredje part, medgavs det i det angripna beslutet att en bokstavstolkning av artikel 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket otvivelaktigt inte utgjorde hinder mot att köpa den aktiva farmaceutiska substansen av tredje part. Emellertid slogs det i det angripna beslutet fast att på grund av det leveransavtal som ingåtts mellan Merck (GUK) och Schweizerhall i maj 2011, vars villkor förstärkte villkoren i GUK-avtalet för Förenade kungariket, hade Merck (GUK) inte längre något incitament att köpa den aktiva farmaceutiska substansen citalopram av tredje part. Även om Merck (GUK) hade köpt aktiv farmaceutisk substans som inte härrörde från Natco för att självt tillverka och sälja en färdig produkt, skulle företaget nämligen ha riskerat att åsidosätta sin skyldighet enligt GUK-avtalet för Förenade kungariket att ”täcka sitt behov” av citalopram i form av färdiga produkter uteslutande från Lundbeck.

558 Här finns det anledning att i likhet med sökandena anse att den tolkning av punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket som kommissionen har gjort i det angripna beslutet, enligt vilken Merck (GUK) hade förbundit sig att uteslutande köpa citalopram i form av färdiga produkter från Lundbeck för att saluföra dem i Förenade kungariket, med uteslutande av allt annat citalopram, inte kan godkännas.

559 Det framgår nämligen klart av definitionen av ”Färdiga produkter” i punkt 1.1 i GUK-avtalet för Förenade kungariket (punkt 26 ovan) att det rör sig om färdiga produkter som härrör från Lundbeck, det vill säga Cipramil. I denna klausul åtog sig således Merck (GUK) att endast köpa Cipramiltabletter av Lundbeck, för att återförsälja dem i Förenade kungariket, enligt ett distributionsavtal. Uttrycket uteslutande som, används i denna bestämmelse betyder inte, tvärtemot vad kommissionen har anfört, att Merck (GUK) åtog sig att köpa och sälja citalopram uteslutande i form av färdiga produkter som härrörde från Lundbeck, med uteslutande av allt annat citalopram, utan att företaget åtog sig att köpa Cipramil för återförsäljning i Förenade kungariket, endast av Lundbeck, med uteslutande av andra leverantörer. Tvärtemot vad kommissionen hävdade i skäl 779 i det angripna beslutet, är den tolkningen inte orimlig eftersom uttrycket uteslutande i punkt 3.2 således kunde syfta till att det skulle undvikas att Merck (GUK) kunde förse sig med Cipramil hos grossister eller andra leverantörer än Lundbeck, i överensstämmelse med detta företags syfte att öka försäljningen av Cipramil.

560 Vidare var det fel av kommissionen att grunda sig på punkt D i ingressen till GUK-avtalet för Förenade kungariket, vars ordalydelse väsentligen överensstämmer med punkt 3.2 i avtalet, till stöd för sin tolkning, eftersom det där också nämns ”Färdiga produkter” med stor bokstav som tydligt definieras i punkt 1.1 i samma avtal.

561 För övrigt leder en bokstavstolkning, såsom kommissionen själv har medgett i skäl 781 i det angripna beslutet, av texten i punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket, till slutsatsen att denna bestämmelse inte hindrade Merck (GUK) från att förse sig med citalopram i form av aktiv farmaceutisk substans hos tredje part.

562 Det bör framhållas att det i punkt 2.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket endast föreskrivs att Merck (GUK) förbinder sig att leverera till Lundbeck alla sina ”produkter” som definieras i punkt 1.1 i avtalet som ”produkter med citalopram … i form av råvara, i lösvikt eller i form av tabletter, såsom specificeras i Bilagan och som tillverkats i överensstämmelse med den produktspecifikation som GUK tillhandahöll den dag då avtalet undertecknades, vilken återfinns i Bilaga 2”. I denna bilaga anges emellertid Natcos aktiva farmaceutiska substans. Detta innebär att Merck (GUK) enligt denna bestämmelse endast var skyldigt att leverera sitt befintliga lager med citalopram, som redan fanns vid tidpunkten för undertecknandet av avtalet och inte något annan typ av generiskt citalopram som härrörde från andra tillverkare än Natco som Merck (GUK) skulle ha kunnat skaffa sig senare. Kommissionen har för övrigt, i skäl 763 i det angripna beslutet, angett att denna skyldighet endast avsåg Natcos aktiva farmaceutiska substans.

563 I skäl 783 i det angripna beslutet bedömde kommissionen inte desto mindre att om Merck (GUK) hade försett sig med citalopram i form av aktiv farmaceutisk substans hos tredje part, skulle företaget härigenom har åsidosatt punkt 1.3 i sitt leveransavtal med Schweizerhall, där det föreskrevs att Merck (GUK) skulle täcka 100 procent av sitt årsbehov av generiskt citalopram genom inköp från detta företag (punkt 210 ovan). Kommissionen ansåg därför, i fotnot 1435 i det angripna beslutet, att även om det var formellt möjligt för Merck (GUK) enligt GUK-avtalet för Förenade kungariket att träda in på marknaden med ett generiskt citalopram som härrörde från andra källor än Natco, var detta inte möjligt på grund av avtalet med Schweizerhall. Enligt kommissionen förstärkte emellertid dessa båda avtal varandra och de bör därför läsas tillsammans.

564 Det ska emellertid framhållas, i likhet med sökandena, att även om det antas att de kände till Merck (GUK):s skyldighet att köpa generiskt citalopram uteslutande av Natco, i enlighet med det leveransavtal som ingåtts med Schweizerhall, följer någon sådan skyldighet inte av bestämmelserna i GUK-avtalet för Förenade kungariket, utan av avtalet med Schweizerhall.

565 Kommissionen kan dock inte stödja sig på bestämmelser i ett annat avtal som inte rör samma parter när den ska fastställa innehållet i klausuler i GUK-avtalet för Förenade kungarike, i synnerhet inte när den ska fastställa om dessa klausuler innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent eller ej. Den tolkningen skulle nämligen göra det möjligt att anse att vilken typ av avtal som helst som Merck (GUK) hade ingått, vilket innehöll begränsningar som rörde Natcos aktiva farmaceutiska substans som dock hade identifierats som potentiellt innebärande intrång av parterna i GUK-avtalet för Förenade kungariket, överskred tillämpningsområdet för Lundbecks patent, på grund av den exklusiva inköpsskyldighet som följde av avtalet med Schweizerhall vilket hade ingåtts tidigare mellan olika parter.

566 Även om Lundbeck kunde ha haft kännedom om avtalet med Schweizerhall, kunde kommissionen följaktligen inte grunda sig på den omständigheten för att sluta sig till att punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket, i sig, syftade till att hindra Merck (GUK) från att träda in på marknaden med vilken typ av citalopram som helst, oavsett om den härrörde från Natco eller ej och om parterna ansåg det potentiellt kunna utgöra intrång eller ej.

567 Såsom kommissionen visserligen har gjort gällande, ska de omtvistade avtalen tolkas med beaktande inte endast av ordalydelsen, utan även av deras sammanhang och de syften som eftersträvas med dem. En sådan tolkningsmetod kan dock inte föranleda kommissionen att ignorera ordalydelsen i avtalsbestämmelser när ordalydelsen är tillräckligt klar.

568 Det ska för övrigt nämnas att kommissionen själv i skäl 635 och i fotnot 1562 i det angripna beslutet samt som svar på en fråga från tribunalen hävdade att avtalet med Schweizerhall hade kunnat hävas i en situation med intrång i Lundbecks patent (se punkt 224 ovan). Denna tolkning av avtalet med Schweizerhall är dock svår att förena med den tolkning av GUK-avtalet för Förenade kungariket som kommissionen föreslog i det angripna beslutet, enligt vilken begränsningarna gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent med anledning av Merck (GUK):s skyldighet enligt avtalet med Schweizerhall att uteslutande köpa generiskt citalopram av detta företag. Den omständigheten att Merck (GUK) inte hade kunnat ha för avsikt att köpa citalopram som inte hade tillverkats av Natco betyder inte att GUK-avtalet för Förenade kungariket innehöll sådana begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent.

569 Därför kan det konstateras att kommissionen, som har bevisbördan för detta (punkterna 105–112 ovan), inte i det angripna beslutet har kunnat styrka att de begränsningar som GUK-avtalet för Förenade kungariket innehöll gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent, det vill säga att sådana begränsningar hade Lundbeck inte kunnat erhålla vid en behörig patentdomstol om de generiska produkter som byggde på Natcos aktiva farmaceutiska substans, vilka Merck (GUK) planerade att saluföra, hade bedömts utgöra intrång och om dessa patent hade stått emot eventuella genkäromål med syftet att ifrågasätta deras giltighet.

570 Detta konstaterande kan dock inte få några konsekvenser i samband med en prövning av det angripna beslutets lagenlighet, eftersom den anmärkning som sökandena framfört är verkningslös av nedan angivna skäl.

571 Det måste först slås fast att sökandena inte har bestritt att Merck (GUK) enligt punkt 1.1 i GUK-avtalet för Förenade kungariket, förband sig att inte träda in på marknaden med sina generiska produkter som byggde på Natcos aktiva farmaceutiska substans. De har inte heller bestritt vare sig att Merck (GUK) åtog sig att, enligt punkterna 2.2 och 2.3 i avtalet, leverera hela det lager med citalopram som företaget byggt upp till dem (skälen 771 och 772 i det angripna beslutet), eller att de erlade ett belopp på 3 miljoner GBP till Merck (GUK) i utbyte mot detta åtagande (punkt 26 ovan). Sökandena har likaledes inte bestritt att Merck (GUK), enligt punkt 2.7 i GUK-avtalet för Förenade kungariket, åtog sig att inte bevilja någon licens och att inte sälja en kopia av sina godkännanden för försäljning med licens vilka redan erhållits i Förenade kungariket under detta avtals giltighetstid.

572 Såsom kommissionen har hävdat, är dock sådana åtaganden i vart fall konkurrensbegränsande genom själva sitt syfte, oavsett om de överskrider tillämpningsområdet för Lundbecks patent eller ej, eftersom de, långtifrån att lösa en patenttvist mellan parterna i GUK-avtalet för Förenade kungariket, erhölls som vederlag för betydande omvända betalningar och hade till syfte att hindra Merck (GUK) – och alla företag som önskade använda dess godkännande för försäljning – från att, under hela avtalets giltighetstid, träda in på marknaden med sina generiska produkter som byggde på Natcos aktiva farmaceutiska substans och som Merck (GUK) dittills hade lagt till grund för hela den strategi som syftade till att träda in på marknaden.

573 Såsom kommissionen underströk i skälen 641 och 820 i det angripna beslutet, är det väsentliga i detta hänseende att GUK-avtalet för Förenade kungariket hade förvandlat ovissheten om utgången av en eventuell talan om patentintrång till visshet om att Merck (GUK) inte skulle träda in på marknaden med sina generiska produkter under hela detta avtals giltighetstid, även om begränsningarna av Merck (GUK):s ekonomiska oberoende inte uteslutande var resultatet av en analys av Lundbecks patent som

utförts av parterna i avtalet utan snarare av storleken på den omvända betalning som i detta fall vann över denna bedömning och uppmuntrade det generiska företaget att inte fortsätta med sina ansträngningar att träda in på marknaden.

574 Det bör sedan, för fullständighetens skull, framhållas att kommissionen helt riktigt i skäl 784 i det angripna beslutet konstaterade att Merck (GUK) inte längre hade något incitament, med anledning av bestämmelserna i GUK-avtalet för Förenade kungariket, tagna i sitt sammanhang, att förse sig med citalopram i form av aktiv farmaceutisk substans hos tredje part eller att sälja annat citalopram i form av färdiga produkter än det som härrörde från Lundbeck, även om företaget i princip var fritt att göra det enligt detta avtal.

575 Först och främst ska det påpekas att Merck (GUK), enligt punkt 3.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket, åtog sig att sälja Lundbecks Cipramil i Förenade kungariket under avtalets hela giltighetstid och att, enligt punkt 6.2 i detta avtal villkorades betalningen av beloppet 5 miljoner GBP, betecknat som ”nettovinst” av försäljningen av en viss mängd av dessa läkemedel i Förenade kungariket under avtalets giltighetstid. Det ska dessutom erinras om att detta belopp skulle erläggas i flera delposter, vilket gjorde det möjligt för Lundbeck att försäkra sig om att avtalet genomfördes på ett riktigt sätt.

576 Även om Merck (GUK) teoretiskt hade kunnat förse sig med generiskt citalopram i form av aktiv farmaceutisk substans hos tredje part och sälja andra typer av färdiga produkter än Lundbecks produkter, hade företaget inget intresse av att göra det, eftersom det utan att ta minsta risk, kunde erhålla summan 5 miljoner GBP som garanterad vinst för försäljning av Cipramil enligt punkt 6.2 i GUK-avtalet för Förenade kungariket, medan varje försök att träda in på marknaden med andra generiska produkter hade kunnat utsätta det för en talan om patentintrång och skadeståndskrav från Lundbecks sida. Dessutom är det, såsom kommissionen anförde i skäl 784 i det angripna beslutet, svårt att tänka sig vilket intresse tredje part skulle ha av att köpa generiskt citalopram i form av aktiva farmaceutisk substans via Merck (GUK), för att återförsälja det i form av färdiga produkter i Förenade kungariket, om de kunde köpa det direkt av tillverkaren av den aktiva farmaceutiska substansen eller av dess huvudleverantör.

577 Sökandena kan inte vinna framgång med deras argument att det var fel av kommissionen att slå fast att GUK-avtalet för Förenade kungariket hade begränsat försäljningen av annat citalopram än det som tillverkats med Natcos aktiva farmaceutiska substans som råvara då detta argument är verkningslöst.

2. GUK-avtalet för EES

578 Vad angår GUK-avtalet för EES, anser sökandena att det var fel att i det angripna beslutet dra slutsatsen att tillämpningsområdet för detta avtal inbegrep citalopram som inte utgjorde intrång och att avtalet var avsett att undanröja Natco som leverantör av den aktiva farmaceutiska substansen.

579 Sökandena anser inledningsvis att kommissionen i det angripna beslutet felaktigt ansåg att GUK-avtalet för EES var tillämpligt på vilken typ av citalopram som helst. I det angripna beslutet görs en felaktig tolkning av texten i punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES i vilken det föreskrivs att GUK ”ska upphöra med att sälja och tillhandahålla farmaceutiska produkter som innehåller Citalopram”, medan enligt dansk rätt, som är det lands lag som är tillämplig på avtalet, tolkningen av dessa avtal ska grundas på parternas gemensamma avsikt. Parternas avsikt som bekräftas av punkterna D, F och G i ingressen till avtalet, var emellertid att avtalet endast skulle tillämpas på det citalopram som byggde på Natcos aktiva farmaceutiska substans. Vidare ska detta avtal tolkas på ett sätt som är samstämmigt med GUK-avtalet för Förenade kungariket, eftersom dessa båda avtal enligt kommissionen skulle betraktas som en enda, fortlöpande överträdelse.

580 I den tolkning som kommissionen har gjort av punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES beaktas inte heller den omständigheten att Mercks tyska dotterbolag, Merck dura, fortsatte att sälja Tiefenbachers citalopram i Tyskland, räknat från den 15 april 2002 och under hela den period som omfattades av GUK-avtalet för EES, samt att Lundbeck väckte talan mot Merck dura för patentintrång hellre än att genomföra det nämnda avtalet. Enligt punkt 1.1 i avtalet där det föreskrivs ett förbud för Merck (GUK) att sälja och leverera produkter som innehåller citalopram var emellertid Merck dura en ”närstående part” till Merck (GUK) i den mening som avses i denna bestämmelse, vilket tyder på att uttrycket ”produkter som innehåller citalopram” inte kunde syfta på något annat än Natcos citalopram och inte på vilken typ av citalopram som helst.

581 Slutligen har sökandena kritiserat kommissionens slutsats i skäl 845 i det angripna beslutet att det inte är en logisk följd, enbart av det faktum att Merck (GUK) hade ett avtal enligt vilket företaget skulle täcka alla sina behov genom att köpa citalopram av Natco ända till år 2008, som dess åtagande att avstå från att sälja citalopram under giltighetstiden för GUK-avtalet för EES också borde begränsas till Natcos citalopram. Denna slutsats motsäger klart argumenteringen i det angripna beslutet angående GUK-avtalet för Förenade kungariket, enligt vilken Merck (GUK):s avtalade åtagande att täcka alla sina behov genom inköp hos Natco visar att Merck (GUK) inte uppmuntrats till att sälja den aktiva farmaceutiska substansen eller färdiga produkter till tredje part på denna grund.

582 Sökandena anser även att kommissionen i det angripna beslutet felaktigt kom fram till att det avtal som ingåtts med Merck (GUK) angående EES syftade till att eliminera Natco som leverantör av den aktiva farmaceutiska substansen.

583 Sökandena har bestritt att punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES, enligt vilken Merck (GUK) ”ska göra sitt allra bästa för att säkerställa att Natco upphör med att tillhandahålla Citalopram och läkemedel som innehåller Citalopram på territoriet” var utformad för att undanröja Natco som leverantör av den aktiva farmaceutiska substansen. Denna bestämmelse var enbart ett verktyg för att säkerställa att Merck (GUK) inte skulle kunna kringgå avtalet och sälja citalopram som utgjorde intrång, vilket byggde på Natcos aktiva farmaceutiska substans, exempelvis genom ett särskilt bolag. Bestämmelsen grundades på den omständigheten att Lundbeck – felaktigt – trodde, åtminstone till och med juni 2002, att Merck (GUK) var Natcos exklusiva distributör. Om kommissionen för övrigt har medgett, i fråga om GUK-avtalet för Förenade kungariket, att de begränsningar som hade gjorts i fråga om Natcos aktiva farmaceutiska substans inte låg utanför tillämpningsområdet för Lundbecks patent, borde samma slutsats dras i fråga om de avtalade begränsningar som ingick i GUK-avtalet för EES.

584 Kommissionen har bestritt dessa argument.

585 Det ska härvidlag framhållas att ordalydelsen i första meningen i punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES är att Merck (GUK) ”åtar sig att upphöra med försäljning och inköp av farmaceutiska produkter som innehåller citalopram i EES-området (härvid inbegrips utan begränsning, att upphöra med försäljning och leverans till NM Pharma AB) under avtalets giltighetstid” utan någon annan precisering.

586 I punkterna D och E i ingressen till detta avtal anges visserligen det faktum att Merck (GUK) var distributör av produkter som innehåll citalopram tillverkat eller tillhandahållet av Natco och det faktum att försäljning och leverans av produkter som innehöll citalopram i Förenade kungariket av Merck (GUK) skedde utan någon licens från Lundbecks sida.

587 Detta gör det emellertid inte möjligt att bekräfta sökandenas tolkning att punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES enbart avsåg Natcos citalopram.

588 Om parterna i GUK-avtalet för EES hade velat åsyfta uteslutande Natcos citalopram, skulle de nämligen uttryckligen ha nämnt detta citalopram i punkt 1.1 i avtalet, precis som i ingressen till avtalet, och inte ”farmaceutiska produkter som innehåller citalopram” rent allmänt, såsom

kommissionen med rätta har gjort gällande. De skulle likaledes ha kunnat definiera termen ”citalopram” på ett sådant sätt att det preciserades att denna term endast omfattade vissa typer av citalopram som tillverkats enligt vissa metoder, såsom inom ramen för UK-avtalet (se punkt 562 ovan).

589 Dessutom är den av sökandena föreslagna tolkningen föga plausibel när den jämförs med ordalydelsen i punkt 1.3 i GUK-avtalet för EES, där det föreskrivs att Lundbeck förbinder sig att inte väcka talan i domstol mot Merck (GUK), så länge detta företag iakttar punkt 1.1 i avtalet. Om sökandenas tolkning godtogs skulle detta nämligen innebära att Lundbeck hade förbundit sig att inte väcka talan om patentintrång mot Merck (GUK), så länge detta företag avstod från att sälja eller tillhandahålla Natcos citalopram inom EES, och detta även om det sålde en annan version av citalopram som härrörde från en annan tillverkare. Detta är svårt att förena med det sammanhang i vilket de omtvistade avtalen ingicks, vilket just vittnar om den omständigheten att Lundbeck hade den bestämda avsikten att förhindra allt inträde av generika på marknaden.

590 Sökandena har inte desto mindre gjort gällande att Merck (GUK):s tyska dotterbolag Merck dura kunde träda in på marknaden för citalopram i Tyskland, då det var en närstående part i den mening som avses i punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES, vilket tyder på att uttrycket ”produkter som innehåller citalopram” i denna punkt endast kunde avse Natcos citalopram och inte varje typ av citalopram.

591 Det finns emellertid anledning att, i likhet med kommissionen, uppmärksamma att punkt 1.1 i avtalet för EES endast var tillämplig på Merck (GUK), precis som resten av avtalet, i enlighet med detta avtals relativa verkan. Därför betyder Merck (GUK):s skyldighet att inte sälja generiskt citalopram till sina närstående bolag inte att dessa närstående bolag som exempelvis Merck dura, inte kunde köpa från en annan källa och själva sälja generiskt citalopram som Merck dura gjorde i det aktuella fallet genom att köpa av Tiefenbacher. Det är följaktligen inte möjligt att dra slutsatsen, vare sig av den omständigheten att Merck dura trädde in på den tyska marknaden under giltighetstiden för GUK-avtalet för EES eller av den omständigheten att sökandena väckte talan om patentintrång mot detta företag, att uttrycket ”produkter som innehåller citalopram” i punkt 1.1 i avtalet inte avsåg alla typer av citalopram utan endast Natcos citalopram.

592 Genom att det föreskrevs en skyldighet för Merck (GUK) att avstå från att sälja eller tillhandahålla produkter som innehöll citalopram till dessa närstående eller till vilken tredje part som helst (inklusive NM Pharma som hade börjat sälja citalopram i Sverige) under hela den tid som GUK-avtalet för EES var giltigt, innehöll punkt 1.1 i detta avtal begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent, eftersom denna skyldighet inte var begränsad till citalopram som avtalsparterna potentiellt kunde anse utgöra intrång.

593 De ska därefter erinras om att det i punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES föreskrevs inte endast en skyldighet för Merck (GUK) att avstå från att sälja eller tillhandahålla produkter som innehöll citalopram under avtalets hela giltighetstid, utan även en skyldighet att göra alla rimliga ansträngningar för att försäkra sig om att Natco upphörde med att tillhandahålla citalopram och produkter som innehöll citalopram inom EES-området under avtalets giltighetstid.

594 Det finns dock inget som tyder på att denna skyldighet enbart var ett oviktigt åtagande eller till och med inte existerade eller att det hade grundats på sökandenas felaktiga övertygelse om att Merck (GUK) var Natcos exklusiva distributör. Enligt vad kommissionen har gjort gällande ansågs nämligen denna klausul vara tillräckligt viktig av avtalsparterna för att villkora betalningen av ett belopp på 12 miljoner euro. För övrigt föreskrevs det uttryckligen i punkt 1.2 i GUK-avtalet för EES att Lundbeck inte var skyldigt att erlägga ännu ej förfallna betalningar, för det fall Natco skulle tillhandahålla citalopram eller produkter som innehöll citalopram inom EES-området under avtalets giltighetstid.

595 Även om Merck (GUK) inte kunde hindra Natco från att tillhandahålla citalopram inom EES-området, såsom sökandena har hävdat, kvarstår inte desto mindre att punkt 1.1 i GUK-avtalet för EES utgjorde ett starkt incitament för Merck (GUK) att vidta alla nödvändiga åtgärder och göra ”alla rimliga ansträngningar” i denna riktning, med risk för att annars behöva avstå från en väsentlig del av de betalningar som Lundbeck utlovat enligt avtalet.

596 Detta visar, såsom kommissionen mycket riktigt konstaterade i skäl 848 i det angripna beslutet, att det objektiva syftet med GUK-avtalet för EES inte enbart var att undanröja Merck (GUK) från marknaderna i EES, i egenskap av försäljare av generiska produkter framställda av Natcos citalopram, utan även att undanröja Natco i egenskap av tillverkare av generiskt citalopram på detta territorium.

597 Det kan därför konstateras att det framgår tillräckligt väl av innehållet i GUK-avtalet för EES, läst i sitt sammanhang, att Merck (GUK) i enlighet med klausulerna i detta avtal, avstod från varje möjlighet att sälja sin generiska version av citalopram, oavsett om denna härrörde från Natco eller ej och om Natco potentiellt hade gjort intrång i ett av Lundbecks patent eller ej.

598 Följaktligen var det utan att begå något fel som kommissionen i skäl 846 i det angripna beslutet fann att GUK-avtalet för EES och i synnerhet, punkt 1.1 i detta avtal, skulle tolkas så att den tvingade Merck (GUK) att upphöra med försäljning och tillhandahållande av alla typer av citalopram under avtalets giltighetstid, inom hela EES-området, vilket gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent.

599 Oavsett vilken tolkning detta avtal ges och om de begränsningar som ålades Merck (GUK) omfattades av tillämpningsområdet för Lundbecks patent eller ej, var de trots allt konkurrensbegränsande genom syfte, eftersom det inte har styrkts att det citalopram som Natco tillverkat gjorde intrång i ett av dessa patent, har Merck (GUK) uttryckligen bestritt att företagets generiska produkter utgjorde intrång (se punkt G i ingressen till GUK-avtalet för EES) och begränsningarna av dess ekonomiska oberoende hade föranletts av betydande omvända betalningar för vilka de utgjorde vederlag (se punkterna 572 och 573 ovan).

600 Dessutom innehöll de omtvistade avtalen, såsom kommissionen konstaterade i skäl 847 i det angripna beslutet, inget annat vederlag för begränsningarna i fråga, än de av Lundbeck utlovade omvända betalningarna, som exempelvis en möjlighet för Merck (GUK) att omedelbart träda in på marknaden när avtalen löpte ut utan att behöva befara en talan om patentintrång från Lundbecks sida, och de var således inte avsedda att lösa någon som helst patenttvist.

601 Sökandenas anmärkning enligt vilken GUK-avtalet för EES inte innehöll någon begränsning som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent ska därför ogillas då den är verkningslös och i vart fall grundlös.

3. Arrow UK-avtalet

602 Sökandena har hävdat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den tolkade Arrow UK-avtalet så, att det hindrade Arrow från att sälja alla former av generiskt citalopram under detta avtals giltighetstid, vilket endast rörde det citalopram som gjorde intrång i deras patent. Detta visar avtalets ordalydelse och omständigheterna i samband med dess ingående, däribland att patenttvisten med Arrow och Lagap-tvisten pågick.

603 Kommissionen har bestritt dessa argument.

604 Sökandena har bestritt att uttrycket ”nämnda Citalopram”, vilket definieras i fjärde skälet i Arrow UK-ingressen och används i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet (se punkt 35, andra och sjätte strecksatsen, ovan), syftar på alla typer av citalopram som Arrow hade kunnat köpa av Tiefenbacher. Enligt sökandena avser detta uttryck endast det citalopram som Arrow redan hade köpt eller beställt av det sistnämnda företaget och som gjorde intrång i deras patent.

605 Den av sökandena föreslagna tolkningen av uttrycket bekräftas av den omständigheten, att det uttalas i sjätte skälet i Arrow UK-ingressen (se punkt 35 tredje strecksatsen ovan), att ”nämnda Citalopram” blivit föremål för laboratorietester. Dessutom har den inte ifrågasatts genom hänvisningen i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet till ett förbud mot att importera ”nämnda Citalopram” efter det andra leveransdatum som anges i punkt 3.4 i Arrow UK-avtalet (se punkt 35 sista strecksatsen ovan). Denna hänvisning avser nämligen endast uttrycket ”något annat citalopram” som används i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet. Arrow hade i vart fall till och med efter det andra leveransdatumet förfogat över citalopramtabletter som beställts hos Tiefenbacher, vilka inte hade överlämnats till sökandena.

606 Det ska erinras om att punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet har följande lydelse:

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

607 För att innebörden av uttrycket nämnda Citalopram i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet ska kunna tolkas, bör det erinras om att

— detta uttryck är ett överenskommet skrivsätt i fjärde skälet i Arrow UK-ingressen som har följande lydelse: ”Arrow [UK] har erhållit en licens av tredje part för att importera citalopram till Förenade kungariket som inte tillverkats av Lundbeck eller med tillstånd av Lundbeck (’nämnda Citalopram’, varvid denna definition, för undvikande av alla missförstånd, enbart inbegriper det Citalopram som är avsett för marknadsföring och försäljning i Förenade kungariket och utesluter det Citalopram som är avsett för marknadsföring och försäljning i andra länder)”.

— Det följer av punkt 3.4 i Arrow UK-avtalet att det andra leveransdatumet vilket nämns i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet är den dag då Arrow UK skulle leverera den andra delen av sitt lager med nämnda Citalopram till Lundbeck och att denna leverans skulle ske senast den 15 februari 2002.

608 I skälen 905, 910-913 och 916 i det angripna beslutet, ansåg kommissionen att uttrycket ”nämnda Citalopram” borde tolkas så, att det inte endast avsåg det citalopram som Arrow redan hade köpt av Tiefenbacher, utan också allt citalopram som Arrow därefter skulle kunna köpa av samma företag, och detta även om den aktiva farmaceutiska substans som hädanefter användes skulle tillverkas enligt Cipla II- eller Matrix II-metoden. Kommissionen grundade sig därvid på omnämnandet i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet av perioden efter det ”andra leveransdatumet” såsom framgår av punkt 3.4 i Arrow UK-avtalet, vilket enligt kommissionen utgör hinder mot att begränsa begreppet nämnda Citalopram till det citalopram som Arrow redan hade i lager. Kommissionen grundade sig också på ordalydelsen i fjärde skälet i UK-ingressen, varav följer att nämnda Citalopram är allt det citalopram som Tiefenbacher tillverkar och som omfattas av detta företags godkännande för försäljning.

609 Mot bakgrund av de omständigheter som det nyss har erinrats om, ska noteras att en av de skyldigheter som anges i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet består i att förbjuda Arrow att importera eller bevara nämnda Citalopram efter det andra leveransdatum som anges i punkt 3.4 i avtalet. Denna skyldighet har emellertid endast en innebörd eller ändamålsenlig verkan om detta uttryck även avser citalopram som visserligen härrör från Tiefenbacher men som sökandena beställer efter denna leverans. På denna punkt ska det anmärkas att inget i denna klausuls ordalydelse gör det möjligt att anse att den ovannämnda skyldigheten inte rör nämnda Citalopram utan endast avser ”något annat citalopram som enligt Lundbeck, gör intrång i dess immateriella rättigheter”.

610 På samma sätt är den definition som avser uttrycket nämnda Citalopram som återfinns i fjärde skälet i Arrow UK-ingressen formulerad i ord som inte kan tolkas så, att de endast avser det citalopram som sökandena redan hade köpt av Tiefenbacher. Detta skäl betyder nämligen att allt citalopram som omfattas av det godkännande för försäljning som Tiefenbacher förfogade över var inbegripet i definitionen av nämnda Citalopram. Detta godkännande för försäljning avsåg emellertid det citalopram som tillverkats enligt Cipla I- och Matrix I-metoderna, oberoende av det faktum att de tabletter som sökandena hade i lager enbart hade tillverkats med hjälp av Cipla I-metoden.

611 Även om det är sant att sökanden eller innehavaren av ett godkännande för försäljning hos den myndighet som ska bevilja eller som har beviljat ett sådant kan begära att ändringar införs för att utsträcka dess räckvidd till att omfatta andra metoder, har sökandena inte desto mindre rätt, när de hävdar att inget i fjärde skälet gör det möjligt att fastställa att parterna i Arrow UK-avtalet, när de definierade nämnda Citalopram även avsåg den aktiva farmaceutiska substansen citalopram som tillverkades enligt Cipla II- och Matrix II-metoderna vilka inte var inbegripna i den ”licens” som nämns i skälet. Dessa metoder hade nämligen inte kunnat omfattas av Tiefenbachers godkännande för försäljning förrän efter en ändring av detta.

612 Denna tolkning ifrågasätts slutligen inte av det faktum, som kommissionen åberopat, att uttrycket nämnda Citalopram (punkt 36 ovan), hade ersatts med uttrycket ”Citalopram som inte tillverkats av Lundbeck eller med tillstånd av Lundbeck” i förlikningsbeslutet angående Arrow. Förlikningsbeslutet är nämligen, även om det meddelats till följd av ingåendet av Arrow UK-avtalet, ett särskilt juridiskt instrument i förhållande till avtalet.

613 Följaktligen ska ”nämnda Citalopram” förstås som allt generiskt citalopram som tillverkats av Tiefenbacher enligt de processer som Cipla eller Matrix använde, som Arrow redan hade köpt den dag då Arrow UK-avtalet undertecknades eller företaget därefter hade kunnat köpa vilket omfattades av Tiefenbachers godkännande för försäljning.

614 Uttrycket ”något annat citalopram som, enligt Lundbeck, gör intrång i dess immateriella rättigheter” vilket används i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet, ger enligt sökandena inte dem någon vetorätt, eftersom de inte kunde begränsa sig till att åberopa att det citalopram som Arrow hade kunnat försöka använda utgjorde intrång, utan de borde lägga fram bevis för att deras patent blivit föremål för intrång, med hjälp av den mekanism för stickprov som föreskrivs i nämnda punkt, vilket överensstämmer med lärdomarna från domen Paroxetine (punkt 240 ovan). Sökandena har i detta avseende betonat att Arrow UK-avtalet inte hindrade Arrow från att vid behöriga domstolar bestrida eventuella påståenden från deras sida angående den omständigheten att det citalopram som Arrow hade kunnat försöka använda gjorde intrång i deras patent.

615 Det bör erinras om att kommissionen i skälen 917 och 922–924 i det angripna beslutet nämnde att uttrycket i fråga gjorde det möjligt för Lundbeck att lägga in sitt veto mot Arrows import eller försäljning av citalopram som tillverkats enligt vilken metod som helst, eftersom Lundbeck kunde inskränka sig till att förklara att företaget trodde att en given metod gjorde intrång i dess immateriella rättigheter. Kommissionen framhöll också att den mekanism för stickprov som föreskrevs i punkt 1.1 i

Arrow UK-avtalet aldrig hade använts, eftersom Arrow inte hade något intresse av att ifrågasätta Lundbecks påståenden om resultatet från eventuella tester och inte heller av att låta aktiva farmaceutiska substanser testas, så länge som Lundbeck erlade de föreskrivna betalningarna.

616 I detta hänseende ska det betonas, enligt vad kommissionen helt riktigt har anmärkt, att Arrow som svar på en begäran om upplysningar från kommissionen av den 18 december 2008, vilket sökandena själva företedde i en bilaga till ansökan och som blev föremål för en diskussion vid förhandlingen att Arrow medgav följande:

”Det test som föreskrivs [i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet] är ett subjektivt test angående en påstådd överträdelse och inte en konstaterad överträdelse. Följaktligen hade produkter som innehåller citalopram i fråga om vilka ingen domstol har fastställt att de inte gör intrång [i Lundbecks immateriella rättigheter], men som i realiteten inte utgör en överträdelse [av dessa rättigheter], kunnat omfattas av tillämpningsområdet [för nämnda punkt], men detta är helt och hållet brukligt i avtal av detta slag.”

617 Detta uttalande bekräftar kommissionens tes enligt vilken Lundbeck i princip hade vetorätt. Tvärtemot vad sökandena har påstått, kan en sådan rätt inte jämställas med den påstådda situation som uppkom genom den ovan i punkt 240 nämnda domen Paroxetine. Utöver vad som anförts i punkterna 258–263 ovan, ska det nämligen uppmärksammas att den mekanism som förskrivs i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet inte innebär att en domstol involveras, medan så uppenbarligen var fallet i situationen i den domen, och det ska preciseras att det inte är tänkbart att en domstol förordnar om en interimistisk åtgärd enbart på grundval av vad en patentinnehavare anfört vars patent har påståtts vara föremål för intrång.

618 För övrigt ska det noteras att förekomsten av denna vetorätt inte gör den del av punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet som rör ”nämnda Citalopram” överflödig, eftersom Lundbeck inte ens behövde använda sin vetorätt i förhållande till denna produkt, i och med att de förbud som Arrow blev föremål för angående detta citalopram var tillämpliga utan att Lundbeck behövde göra något, bortsett från att erlägga de föreskrivna betalningarna.

619 Den omständigheten att testet i punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet, på grund av sin subjektiva karaktär, var detsamma som att tillerkänna Lundbeck en vetorätt, vilket Arrow var medvetet om, bekräftas av att testet inte användes under detta avtals hela giltighetstid. Även om Arrow under avtalets giltighetstid fortsatte att söka nya källor med den aktiva farmaceutiska substansen, förelade företaget aldrig Lundbeck några stickprov som skulle undersökas.

620 På denna punkt ska det framhållas att Arrows efterforskningar i detta syfte kan förklaras av viljan att träda in på andra marknader än marknaden i Förenade kungariket. Arrow förberedde nämligen sitt inträde på den danska marknaden just vid den tidpunkt då det danska Arrow-avtalet ingicks, vilket skedde flera månader efter Arrow UK-avtalet. Såsom kommissionen uppgav i skäl 931 i det angripna beslutet, intresserade sig Arrow även för den svenska marknaden. Arrow behövde ett alternativ till Tiefenbacher för att ro sitt projekt i land som var att på sikt självt kunna tillverka sina tabletter med generiskt citalopram och köpa den aktiva farmaceutiska substansen direkt av tillverkaren utan att gå via en mellanhand som Tiefenbacher som omvandlade denna aktiva farmaceutiska substans till tabletter (se fotnot 1935 i det angripna beslutet).

621 För övrigt kunde sådana efterforskningar hänföras till företagens åtgärder för att förbereda tiden efter Arrow UK-avtalets utgång, vilket först hade ingåtts för en kortare giltighetstid än ett år och sedan förlängts två gånger. Dessa överväganden äger också giltighet vad angår den omständigheten att Arrow under Arrow UK-avtalets giltighetstid ansökte om en ändring av godkännandet för försäljning avseende Ciplas och Matrix aktiva farmaceutiska substanser för att detta även skulle omfatta Cipla I- och Matrix II-metoderna.

622 Dessa överväganden gör det möjligt att även förkasta sökandenas argument enligt vilket den omständigheten att Arrow, även efter ingåendet av Arrow UK-avtalet, fortsatte att söka efter nya leverantörer som kunde leverera en aktiv farmaceutisk substans till Arrow som inte gjorde intrång i Lundbecks patent bekräftar att detta avtal endast avsåg citalopram som gjorde intrång i dessa patent.

623 Sökandena har därefter erinrat om att enligt engelsk rätt, som är tillämplig på Arrow UK-avtalet, ska avtalet tolkas på grundval av sitt kommersiella syfte som var att tjäna som reservlösning för begäran om interimistiskt förbudsföreläggande vid den nationella domstolen. Ett sådant föreläggande hade dock endast kunna angå det generiska citalopram som gjorde intrång i Lundbecks patent.

624 Det bör emellertid observeras att sökandenas åberopande av principer i engelsk rätt för tolkning av avtal inte har någon inverkan på kommissionens tolkning.

625 Det ska visserligen erinras om att en fråga om tolkning av nationell rätt i en medlemsstat är en sakfråga över vilken tribunalen i princip är skyldig att utöva sin fulla kontroll (punkt 258 ovan).

626 Lundbecks kommersiella syfte, som Arrow inte kunde vara ovetande om, var att hindra det sistnämnda företaget från att träda in på marknaden med generiskt citalopram. Det är av denna anledning som Lundbeck betalade Arrow belopp som hade samband med de vinster som Arrow hoppades göra genom sitt inträde på marknaden. Under dessa förhållanden är det inte förvånande att parterna i Arrow UK-avtalet accepterade att bevilja Lundbeck en vetorätt som även kunde användas mot det citalopram som tillverkades enligt Cipla II- och Matrix II-metoderna.

627 Denna betalning kunde i själva verket svårligen förenas med bevarandet av möjligheten för sökandena att fritt börja sälja annat citalopram än nämnda citalopram, det vill säga, det som tillverkades enligt Cipla I- eller Matrix I-metoden. Om det hade förhållit sig annorlunda skulle Arrow ha kunnat dra nytta, inte endast av Lundbecks betalningar utan även av de vinster som inträdet på marknaden skulle föra med sig, exempelvis med generiskt citalopram som tillverkats enligt Cipla II- eller Matrix II-metoden, medan Lundbeck skulle ha fått svara för såväl betalningarna som förlusterna till följd av inträdet.

628 Sökandena har sedan gjort gällande att kommissionen inte kan dra några konsekvenser för räckvidden av Arrow UK-avtalet, av punkt 3 i andra tillägget till avtalet, enligt vilken för det fall Lagap-tvisten hade visat att kristalliseringspatentet var ogiltigt, sökandena skulle ha tvingats erlägga beloppet 750 000 GBP till Arrow för att få de tabletter levererade till sig som Arrow fortfarande hade i lager. Denna betalning skulle nämligen ha motiverats av att tabletternas giltighet gick ut i oktober 2003, så att det inte hade varit möjligt för Arrow att sälja dem på marknaden. För övrigt har sökandena anfört att det föreligger processhinder mot kommissionens invändning, eftersom den varken framställts i det angripna beslutet eller i meddelandet om invändningar.

629 I detta avseende bör det uppmärksammas att argumentet är verkningslöst, i och med att tolkningen av Arrow UK-avtalets räckvidd i det angripna beslutet inte alls har grundats på punkt 3 i andra tillägget till avtalet. Det var nämligen inte förrän vid tribunalen som kommissionen stödde sig på denna punkt, vilken den inskränkte sig till att citera i skäl 441 i det angripna beslutet, utan att dra några slutsatser av den.

630 Det följer av det ovan anförda att det var utan att begå något fel som kommissionen tolkade punkt 1.1 i Arrow UK-avtalet så, att den syftade till att hindra Arrow från att komma in på den brittiska marknaden under detta avtals giltighetstid, inte endast med det generiska citalopram som företaget redan hade beställt eller köpt av Tiefenbacher utan även med något annat generiskt citalopram som Arrow skulle ha kunnat skaffa sig senare, inklusive det som tillverkats enligt Cipla II- och Matrix II-metoderna.

631 Denna anmärkning kan således inte godtas.

4. Det danska Arrow-avtalet

632 Sökandena har gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den tolkade det danska Arrow-avtalet så, att det hindrade Arrow från att sälja alla former av generiskt citalopram under detta avtals giltighetstid, då avtalet enbart rörde det citalopram som gjorde intrång i deras patent.

633 Punkt 1.1 i det danska Arrow-avtalet (se punkt 39, andra strecksatsen, ovan) kan, om den läses mot bakgrund av ingressen till avtalet och dess allmänna sammanhang, endast avse det citalopram som Arrow redan hade importerat och på vilket sökandena hade utfört laboratorietester. Det var således det citalopram som härrörde från Tiefenbacher som gjorde intrång i deras patent.

634 Sökandena har sedan anfört att enligt dansk rätt som är tillämplig på detta avtal ska särskild vikt läggas vid parternas gemensamma avsikt som var att tillse att sökandenas patent respekterades. Kommissionens alltför vida tolkning utgör således ett åsidosättande av dansk rätt.

635 Sökandena har framfört argument som överensstämmer med vad som anförts i fråga om Arrow UK-avtalet, särskild vad gäller den omständigheten att Arrow fortsatte att söka andra källor med den aktiva farmaceutiska substansen och hade möjlighet att vända sig till en nationell domstol och begära att denna skulle avgöra om det eventuellt inte hade skett något intrång i sökandenas patent.

636 Sökandena har slutligen gjort gällande att, om det danska Arrow-avtalet och Arrow UK-avtalet utgör en enda, fortlöpande överträdelse, som det påstås i det angripna beslutet, är det inte tänkbart att det förstnämnda även avser citalopram som inte utgör intrång, när så inte är fallet med det sistnämnda.

637 Kommissionen har bestritt dessa argument.

638 Det ska erinras om att punkt 1.1 i det danska Arrow-avtalet har följande lydelse:

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

639 Sökandena har hävdat att ingressen till det danska Arrow-avtalet låter förstå att den nämnda punkten ska tolkas så, att den endast avser det citalopram som sökandena redan hade köpt av Tiefenbacher.

640 Det ska noteras att i tredje och femte skälen i ingressen till det danska Arrow-avtalet, om de läses mot bakgrund av de preciseringar av skälen som återfinns i skäl 986 i det angripna beslutet, vilka inte har ifrågasatts av sökandena, åberopas det faktum att Arrow stod i begrepp att köpa ett godkännande för försäljning som skulle göra det möjligt för företaget att sälja generiskt citalopram i Danmark vilket hade tillverkats med utgångspunkt i Ciplas eller Matrix aktiva farmaceutiska substans och som hade blivit föremål för laboratorietester genom Lundbecks försorg. I fjärde skälet i denna ingress nämns också Arrows avsikt att från Tyskland till Danmark exportera citalopram i lösvikt som härrörde från Tiefenbacher.

641 Dessa åberopanden räcker dock inte, även om de förklarar det sammanhang i vilket det danska Arrow-avtalet ingicks, för att ifrågasätta den omständigheten att punkt 1.1 i avtalet har en tydlig ordalydelse vars räckvidd inte kan reduceras till den av sökandena föreslagna.

642 Om parterna i detta avtal hade velat minska räckvidden av de skyldigheter som anges där till att endast avse citalopram som Arrow hade i lager, skulle de ha kunnat välja en ordalydelse som var bättre anpassad till det ändamålet i stället för att välja en mycket vid sådan, vars räckvidd behövde begränsas genom en tolkning mot bakgrund av skälen i ingressen som dessutom inte är formulerade på ett sätt som får viljan att införa begränsningar att framstå tydligt.

643 Vad närmare bestämt gäller sökandenas åberopande av det viktiga i parternas gemensamma avsikt enligt dansk rätt, som ska tillämpas på avtalet i fråga, kan det noteras att sökandena inte har lagt fram några bevis för att denna avsikt skulle skilja sig från den som klart följer av avtalstexten och som inte ifrågasätts av skälen i dess ingress.

644 För övrigt kan sökandenas argument inte heller vinna framgång enligt vilket det danska Arrow-avtalet borde ha en mindre räckvidd för att vara samstämmigt med Arrow UK-avtalet eftersom de båda avtal som de ingått med Arrow utgör en enda, fortlöpande överträdelse. Det sistnämnda avtalet har nämligen inte den begränsade räckvidd som sökandena tilldelar det, såsom följer av prövningen i punkterna 604–629 ovan.

645 Följaktligen kan slutsatsen dras att kommissionen inte har gjort någon oriktig bedömning genom att anse att punkt 1.1 i det danska Arrow-avtalet borde tolkas så, att Arrow inte skulle komma in på den danska marknaden under detta avtals giltighetstid, med något som helst generiskt citalopram.

646 Av det anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den fjärde delgrunden.

5. Alpharma-avtalet

647 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att Alpharma-avtalet medförde ett förbud för detta företag mot att sälja alla former av generiskt citalopram under detta avtals giltighetstid, vilket endast rörde generiskt citalopram tillverkat genom intrång i Lundbecks patent, däribland dem som återges i bilaga A.

648 Kommissionen har bestritt dessa argument.

649 Det ska framhållas att kommissionen i skälen 1042, 1059 och 1061 i det angripna beslutet tolkade punkt 1.1 i Alpharma-avtalet så, att Alpharma genom avtalet åtog sig att inte sälja något citalopram under den relevanta perioden, eller åtminstone hade godtagit begränsningar av sina möjligheter att sälja citalopram, som i hög grad överskred dem som Lundbeck hade kunnat erhålla i en tvist på grundval av sina nya patent.

650 Enligt sökandena ska ordalydelsen i punkt 1.1 i Alpharma-avtalet tolkas mot bakgrund av sammanhanget och de tillgängliga bevis som gör det möjligt att dra slutsatsen att uttrycket ”Citalopram” vilket anges där, enbart avser det citalopram som gör intrång i deras patent. Denna tolkning följer av en läsning av ingressen till Alpharma-avtalet och bilaga A som visar att detta var avtalsparternas avsikt.

651 Det ska härvidlag erinras om att det stadgas i punkt 1.1 i Alpharma-avtalet att Alpharma, inklusive dess ”[d]otterbolag” ”ska avsluta, upphöra med och avstå från all import, … tillverkning … och försäljning av farmaceutiska produkter som innehåller Citalopram på Territoriet … under den [relevanta perioden]” och att Lundbeck ska återkalla talan om patentintrång mot Alpharma. Det preciseras också att denna punkt inte är tillämplig på ”någon produkt som innehåller escitalopram”.

652 Det måste slås fast att i Alpharma-avtalet, inklusive i punkt 1.1, används ordet ”Citalopram” skrivet med stort ”c”. Likaledes används i detta avtal ord skrivna med stor begynnelsebokstav när det rör sig om överenskomna skrivsätt såsom är fallet med orden ”Territoriet” i andra skälet i ingressen och

”Dotterbolag” i punkt 1.1. Emellertid har dessa överenskomna skrivsätt använts uttryckligen med en precis definition av deras räckvidd på samma ställe där de förekommer för första gången. Således är det tydligt att ”Territoriet” är ett uttryck som används för att åsyfta unionens medlemsstater, Norge och Schweiz, medan ordet ”Dotterbolag” syftar på alla bolag som direkt eller indirekt kontrollerar, kontrolleras av eller befinner sig under gemensam kontroll tillsammans med Alpharma ApS.

653 Däremot innehåller Alpharma-avtalet inte någon definition av termen ”Citalopram” som gör det möjligt att ge det en mer inskränkt innebörd än den som tillkommer den gemensamma internationella benämningen citalopram, i egenskap av aktiv farmaceutisk substans, erkänd av Världshälsoorganisationen (WHO), såsom kommissionen har hävdat.

654 I likhet med vad kommissionen mycket riktigt har angett i skäl 1050 i det angripna beslutet, bekräftar för övrigt den omständigheten att det i punkt 1.1 i slutet i Alpharma-avtalet föreskrivs att det inte är tillämpligt på escitalopram, att avtalsparterna när de ville begränsa räckvidden av de skyldigheter som följer av denna punkt gjorde det uttryckligen.

655 Även om avsaknaden av stort ”e” i ordet ”escitalopram”, som sökandena har påpekat, avslöjar att stavningen av de ord som använts i Alpharma-avtalet är inkonsekvent i fråga om de aktiva farmaceutiska substanserna, ska det emellertid anmärkas att denna omständighet inte räcker för att anse att parterna i detta avtal hade velat begränsa räckvidden av ordet Citalopram.

656 Vad sedan gäller ingressen till Alpharma-avtalet, ska det nämnas att det i första skälet till denna ingress föreskrivs att ”Lundbeck är innehavare av immateriella rättigheter som särskilt inbegriper patent för tillverkning av den aktiva farmaceutiska substansen ”Citalopram” vilka innefattar de patent som återges i bilaga A”.

657 Det följer av sjunde skälet i ingressen till Alpharma-avtalet att Lundbeck hade väckt talan om patentintrång mot Alpharma ” i syfte att uppnå ett förbudsföreläggande mot [koncernen] Alpharmas försäljning av produkter som innehåller Citalopram på grund av intrång i Lundbecks immateriella rättigheter”.

658 Det följer slutligen av åttonde skälet i ingressen att Alpharma medgav att Lundbecks iakttagelser angående intrången i dess patent var korrekta och att Alpharma förband sig att inte släppa ut ”sådana produkter” på marknaden.

659 Det bör noteras, såsom kommissionen väsentligen framhöll i skäl 1047 i det angripna beslutet, att enbart omnämnandet i första skälet i ingressen, av att Lundbeck innehade patent som avsåg ”Citalopram” vilka återfinns i en förteckning i bilaga A, inte gör det möjligt att sluta sig till att parterna i Alpharma-avtalet hade velat, om än indirekt, införa en definition av ordet Citalopram som inte sammanföll med den som normalt används för citalopram, utan stort ”c”, det vill säga den aktiva farmaceutiska substansen citalopram, oavsett vilken metod som används för att tillverka den.

660 Såsom kommissionen därefter har uppmärksammat i skälen 1047–1049 i det angripna beslutet, erinras det i sjunde och åttonde skälen i ingressen visserligen om det sammanhang i vilket Alpharma-avtalet ingicks, men dessa skäl är inte avgörande för att ordet ”Citalopram” ska kunna tilldelas en inskränkt innebörd. Sjunde skälet är nämligen inte formulerat så, att ordet definieras, utan det behandlar ansökan om förbudsföreläggande mot försäljning av produkter som innehåller Citalopram med anledning av intrång i patent som tillhör Lundbeck. Även om det antas att uttrycket ”sådana produkter” i åttonde skälet, endast avser produkter som innehåller citalopram som syntetiserats enligt de metoder som angavs i den nämnda ansökan och angående vilka Alpharma medgav att de utgjorde intrång, möjliggör inte den omständigheten att det fastställs att ordet Citalopram i hela Alpharma-avtalet, inklusive punkt 1.1, endast inbegrep dessa produkter.

661 I avsaknad av tydliga begränsningar i ingressen av innebörden av ordet Citalopram, är det följaktligen inte möjligt att anse, enbart genom att hänvisa till vad som föregått ingåendet av Alpharma-avtalet, att parterna i detta avtal har velat begränsa räckvidden av de skyldigheter som Alpharma åtagit sig till endast det citalopram angående vilket det hade medgetts att det tillverkats på ett sätt som gjorde intrång i Lundbecks nya patent.

662 Sökandena har vidare åberopat den omständigheten att avtalet syftade till att lösa en konflikt mellan dem och Alpharma som just rörde det sistnämnda företagets intrång i deras patent. De har också anfört att Lagap-tvisten var mycket viktig.

663 Det ska uppmärksammas att den omständigheten att Alpharma-avtalet ingicks efter det att sökandena hade väckt talan om patentintrång mot Alpharma, vilken specifikt rörde tabletter som detta företag redan hade mottagit eller beställt, inte innebär att de skyldigheter som anges i punkt 1.1 i avtalet, trots den vida ordalydelsen i denna punkt, måste tolkas så att de begränsas till vad sökandena skulle kunnat uppnå genom denna talan. Alpharma-avtalet avslutade inte detta förfarande som enbart uppsköts under den relevanta perioden, utan någon garanti för att talan skulle återkallas efter det att avtalstiden löpt ut. Det föreskrivs nämligen inte alls i Alpharma-avtalet att Lundbeck senare skulle avstå från talan om patentintrång i sina patent mot koncernen Alpharma. Dessutom följer det av Lundbecks uttalande som återges i skäl 80 i det angripna beslutet att företaget inte ansåg att de omtvistade avtalen, däribland Alpharma-avtalet, gjorde det möjligt att avsluta en tvist. Lagap-tvisten som hade inletts i oktober 2002, såsom framgår av skäl 63 i det angripna beslutet, kan dessutom inte ha någon som helst inverkan på räckvidden av de skyldigheter som följer av punkt 1.1 i Alpharma-avtalet.

664 Sökandena har därefter åberopat ett uttalande som Alpharmas verkställande direktör, med ansvar för det relevanta ärendet, gjorde till pressen den 28 februari 2002 (nedan kallat uttalandet av den 28 februari 2002), i vilket den omständigheten nämndes att lanseringen av generiskt citalopram hade skjutits upp men att det inte var uteslutet att den kunde äga rum i slutet av sommarsemestrarna om problemen till följd av Lundbecks nya patent hade lösts under tiden. Med hänsyn till Alpharma-avtalets giltighetstid, bekräftar detta uttalande att punkt 1.1 i Alpharma-avtalet inte avsåg alla typer av citalopram.

665 Det ska noteras att Alpharma, genom uttalandet av den 28 februari 2002, i huvudsak meddelade pressen att företaget sköt upp försäljningen av citalopram åtminstone till slutet av sommarens semesterperiod och att det vid behov skulle kunna överge försäljningsprojektet med motiveringen att dess lager innebar problem i förhållande till Lundbecks patent. Företaget tillade att det behövde hitta en annan tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen och erhålla de nödvändiga godkännandena.

666 Det kan noteras härvidlag att enligt vad kommissionen framhöll i skäl 1055 i det angripna beslutet visade detta uttalande, som gjordes efter ingåendet av Alpharma-avtalet, att Alpharma hade ändrat sina planer som en konsekvens av ett ensidigt beslut från dess sida, oberoende av de betalningar som förskrivits i Alpharma-avtalet. Följaktligen kan, mot bakgrund av övervägandena i punkterna 138 och 139 ovan, ett sådant uttalande inte betraktas som ett starkt bevis. Alpharma hade nämligen i hemlighet godtagit begränsningarna av sitt ekonomiska oberoende till följd av Alpharma-avtalet som vederlag för de betalningar som föreskrevs i detta och var tvungen att motivera, om så endast för sina potentiella kunder, de ändrade planer som den verkställande direktören tidigare hade tillkännagett. Härav följer att uttalandet av den 28 februari 2002 inte är en betydande omständighet i sammanhanget vid tolkningen av Alpharma-avtalets räckvidd.

667 Det ska i vart fall uppmärksammas att när Alpharma nämnde att företaget eventuellt skulle träda in på marknaden efter sommaren, tog det även upp möjligheten att det skulle avstå från projektet, vilket är förenligt med den tolkning av Alpharma-avtalet som kommissionen tog fasta på.

668 Under dessa förhållanden är det inte möjligt att av detta uttalande sluta sig till att punkt 1.1 i Alpharma-avtalet endast avsåg citalopram som hade tillverkats enligt metoder i fråga om vilka det har medgetts att de utgjorde intrång.

669 Sökandena har därefter åberopat förlikningsbeslutet angående Alpharma (se punkt 45 ovan), vars innehåll är relevant för tolkningen av punkt 1.1 i Alpharma-avtalet, eftersom detta beslut hade meddelats för att avsluta målet om patentintrång mot Alpharma. Sökandena har understrukit att det i förlikningsbeslutet preciseras att räckvidden av de begränsningar som åligger Alpharma inskränker sig till citalopram som gör intrång i deras patent. För övrigt har sökandena bestritt den uppfattning som kommissionen föreslår i det angripna beslutet enligt vilken förlikningsbeslutet angående Alpharma upprättades i mindre strikta ordalag än vad som var fallet i punkt 1.1 i Alpharma-avtalet med motiveringen att det annars skulle ha blivit svårt att få en domstol att godkänna det. De har anmärkt att det även skulle vara svårt att få en domstol att säkerställa iakttagandet av denna punkt såsom den tolkats av kommissionen.

670 Härvidlag förhåller det sig visserligen så, att förlikningsbeslutet angående Alpharma av den 2 maj 2002 har formulerats på det sätt som sökandena har erinrat om (punkt 45 ovan), vilket klart medför begränsningar av Alpharmas agerande som är mindre omfattade än dem som följer av punkt 1.1 i Alpharma-avtalet, såsom det tolkats av kommissionen i det angripna beslutet.

671 Det är också sant att finns ett samband mellan detta beslut och Alpharma-avtalet. Beslutet meddelades nämligen i syfte att uppskjuta målet om patentintrång mot Alpharma just med motiveringen att avtalet hade ingåtts.

672 Inte desto mindre, är dessa omständigheter inte tillräckliga för att tolka punkt 1.1 i Alpharma-avtalet på ett sätt som sammanfaller med räckvidden av förlikningsbeslutet angående Alpharma.

673 Såsom kommissionen framhöll i skäl 1054 i det angripna beslutet rör det sig om två separata juridiska instrument. Vad som räknas för att Alpharma-avtalet ska kunna utgöra existensberättigandet för förlikningsbeslutet angående Alpharma är att de skyldigheter som Alpharma accepterade enligt Alpharma-avtalet räckte för att Lundbeck under detta avtals giltighetstid inte längre skulle ha något intresse av att fullfölja talan om patentintrång mot Alpharma som endast avsåg frågan huruvida Alpharma redan var i färd med att göra intrång i Lundbecks nya patent. Detta villkor är emellertid uppfyllt även om Alpharma-avtalets räckvidd överskrider förlikningsbeslutets räckvidd.

674 Eftersom det för övrigt inte var nödvändigt att för en nationell domstol som meddelat förlikningsbeslutet angående Alpharma avslöja exakt vilken räckvidd Alpharma-avtalet hade, är det fullt rimligt att parterna i detta avtal inskränkte sig till att i texten i det beslut som de hade förelagt denna domstol återge de skyldigheter enligt avtalet som var relevanta för förfarandet angående talan om patentintrång mot Alpharma. För övrigt bekräftas avsaknaden av direkt överensstämmelse mellan Alpharma-avtalet och det nämnda beslutet av den omständigheten att det inte alls nämns i detta beslut att det i avtalet föreskrevs en omvänd betalning till förmån för Alpharma, trots att det rörde sig om en grundläggande omständighet för avtalets ingående.

675 Härav följer att förlikningsbeslutet angående Alpharma inte gör det möjligt att tolka punkt 1.1 i Alpharma-avtalet på det sätt som sökandena har förespråkat.

676 Slutligen har sökandena åberopat e-postmeddelandet av den 12 mars 2002 från en av deras medarbetare som var involverad i ärendet (nedan kallat e-postmeddelandet av den 12 mars 2002). I detta meddelande hävdas det att även om det rådde osäkerhet i många avseenden, trodde vederbörande inte att Alpharma skulle träda in på marknaden i Förenade kungariket inom en förutsebar framtid. Enligt sökandena rådde det ingen osäkerhet om huruvida punkt 1.1 i Alpharma-avtalet hade den räckvidd som kommissionen tillskrev den.

677 Här ska det framhållas att nämnda e-postmeddelande utgör svaret på ett annat e-postmeddelande i vilket en prislista från Alpharma angående citalopram nämndes och i vilket mottagaren av e-postmeddelandet ombads att kontrollera hos Alpharma hur det förhöll sig med den saken. Eftersom författaren till e-postmeddelandet av den 12 mars 2002 som svar på denna förfrågan uppgav att det troligen handlade om en gammal prislista och preciserade att han inte hade kontaktat Alpharma i denna fråga, anser kommissionen att det inte finns något i detta e-postmeddelande som gör det möjligt att ifrågasätta den tolkning av Alpharma-avtalets räckvidd som anges i det angripna beslutet.

678 Om Alpharma-avtalet hade en räckvidd som var begränsad till citalopram, tillverkat enligt Cipla I-metoden som Alpharma redan hade mottagit eller beställt, såsom sökandena har gjort gällande, borde dessa ha oroat sig över denna prislista och författaren av e-postmeddelandet av den 12 mars 2002 skulle troligen ha tagit initiativ till att fastställa om Alpharma redan hade kunnat förse sig med citalopram tillverkat enligt andra metoder, som inte omfattades av de skyldigheter som följer av Alpharma-avtalet, tolkat på detta sätt. Den omständigheten att författaren till nämnda e-postmeddelandes inte hade följt upp den förfrågan som han fått av sin kollega, samtidigt som han påstod att han inte trodde att Alpharma skulle träda in på marknaden inom en förutsebar framtid, tyder på att han ansåg att Alpharma-avtalet inte enbart avsåg citalopram framställt enligt Cipla I-metoden.

679 Eftersom det endast rör sig om hypoteser, ska det påpekas att e-postmeddelandet av den 12 mars 2002 inte gör det möjligt att dra några verkliga slutsatser angående Alpharma-avtalets räckvidd. Härvidlag ska det noteras att kommissionen inte grundade sig på detta e-postmeddelande för att bekräfta sin tolkning av Alpharma-avtalet, utan endast nämnde det i det angripna beslutet för att underkänna ett av argument som sökandena framfört till stöd för sin tolkning av det nämnda avtalet.

680 Mot bakgrund av det ovan anförda kan det fastställas att kommissionen har styrkt att en bokstavstolkning, en tolkning som tar hänsyn till sammanhanget och en ändamålstolkning av Alpharma-avtalet gör det möjligt att dra slutsatsen att de skyldigheter som Alpharma hade åtagit sig enligt punkt 1.1 i detta avtal inte var begränsade till citalopram tillverkat enligt processer, i fråga om vilka Alpharma och Lundbeck hade medgett att de gjorde intrång i Lundbecks nya patent. Dessa skyldigheter angick nämligen inte endast det citalopram som Alpharma redan hade i lager, tillverkat enligt Cipla I-metoden, utan även det citalopram som företaget hade beställt eller skulle beställa av Tiefenbacher, oberoende av vilka metoder som använts av den tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen som var Tiefenbachers leverantör.

681 Den tolkningen av punkt 1.1 i Alpharma-avtalet gör det möjligt att anse att de skyldigheter som Alpharma åtagit sig var mer långtgående än dem som Lundbeck hade kunnat erhålla med tillämpning av sina nya patent.

682 Eftersom sökandena inte har lyckats vederlägga de uppgifter som gjorde det möjligt för kommissionen att bevisa att Alpharma-avtalet medförde begränsningar för detta företag som gick utöver dem som de skulle ha kunnat erhålla med stöd av sina nya patent och genom att vinna framgång i eventuella tvister, kan talan inte bifallas vad avser denna delgrund.

6. Ranbaxy-avtalet

683 Sökandena har gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att Ranbaxy-avtalet innebar ett förbud för företaget mot att sälja, inte endast det citalopram som hade tillverkats enligt de metoder som det redan använde utan även det som tillverkats enligt metoder som företaget skulle ha kunnat utveckla under detta avtals giltighetstid.

684 Denna tolkning har bestritts av kommissionen.

685 Sökandena har inledningsvis hävdat att när det i punkt 1.1 i Ranbaxy-avtalet (se punkt 48 första strecksatsen ovan) anges ”någon tillverkningsmetod som Ranbaxy använder”, åsyftas inte metoder som företaget skulle haft möjlighet att utveckla till följd av att Ranbaxy-avtalet ingåtts och som inte hade kunnat göra intrång i deras patent, en möjlighet som för övrigt inte hade funnits. Enligt sökandena är kommissionens tolkning oförenlig med skälen i Ranbaxy-ingressen och omständigheterna i samband med ingåendet av detta avtal.

686 Det ska erinras om att de skyldigheter som Ranbaxy åtog sig enligt Ranbaxy-avtalet är de som återfinns i punkt 1.1 i avtalet som har följande lydelse:

”Med förbehåll för att villkoren uppfylls och utbetalningarna fullgörs av Lundbeck i enlighet med [detta avtal], har Ranbaxy Laboratories inte några anspråk på rättigheter vad angår den [p]atentansökan [som avses i ingressen] eller någon tillverkningsmetod som Ranbaxy Laboratories använder och företaget ska avsluta, upphöra med och avstå från all tillverkning och försäljning av farmaceutiska produkter baserade på dessa metoder [i EES] under detta avtals giltighetstid …”

687 Det ska uppmärksammas att kommissionen i skälen 1131–1137 i det angripna beslutet fann att uttrycket ”någon tillverkningsmetod som Ranbaxy Laboratories använder” inte enbart omfattade den metod som Ranbaxy redan använde vid ingåendet av Ranbaxy-avtalet, utan även de metoder som företaget skulle kunnat utveckla senare under detta avtals giltighetstid.

688 Sökandena har bestritt denna tolkning och har gjort gällande att uttrycket endast avser de metoder som Ranbaxy redan förfogade över vid ingåendet av Ranbaxy-avtalet.

689 Vad angår ordalydelsen i punkten, bör det noteras att användningen av uttrycket ”någon tillverkningsmetod”, i sig, gör det möjligt att anse att det inte endast rörde sig om de metoder som sökandena redan använde när de undertecknade avtalet utan att även de metoder som företaget skulle kunna använda framledes åsyftades, såsom kommissionen fann i det angripna beslutet.

690 Det är emellertid lämpligt att kontrollera om andra omständigheter som följer av själva Ranbaxy-avtalet eller av det sammanhang i vilket det ingicks bekräftar den tolkningen.

691 Här har sökandena påpekat att i femte och sjätte skälen i Ranbaxy-ingressen nämns de patentansökningar som Ranbaxy hade ingett i Indien (tredje skälet) och som från deras synpunkt följde av resultaten från laboratorieanalyserna av de metoder som gjorde intrång i deras amid- och jodpatent.

692 Här rör det sig emellertid om uppgifter som förklarar det sammanhang i vilket Ranbaxy-avtalet ingicks, men som inte räcker för att ifrågasätta den omständigheten att punkt 1.1 i Ranbaxy-avtalet, mot bakgrund av dess tydliga ordalydelse, inte innehåller några begränsningar avseende de metoder som de skyldigheter avser vilka Ranbaxy accepterade. Om parterna i detta avtal emellertid hade velat begränsa skyldigheternas räckvidd till metoder som motsvarade Ranbaxys patentansökningar, skulle de ha kunnat välja en ordalydelse som var anpassad till detta ändamål, i stället för att välja en mycket vid sådan som behövde få sin räckvidd minskad genom en konstruktiv tolkning mot bakgrund av ingressen till avtalet

693 Det sammanhang i vilket Ranbaxy-avtalet ingicks bekräftar vidare tolkningen av punkt 1.1 i punkt 689 ovan. Såsom kommissionen anförde i skälen 130–132, 140, 204 och 206 i det angripna beslutet, ville nämligen Lundbeck försena inträdet för generiskt citalopram på marknaden i syfte att skapa bästa möjliga förutsättningar för lanseringen av sitt nya läkemedel Cipralex, som skyddades av ett patent (se punkt 22 ovan).

694 Mot bakgrund av detta syfte, är det inte tänkbart att sökandena skulle ha accepterat att betala Ranbaxy de belopp som föreskrivs i Ranbaxy-avtalet, om detta hade gjort det möjligt för Ranbaxy att tillverka och sälja generiskt citalopram med hjälp av andra metoder än dem som angavs i de patentansökningar som företaget ingav i Indien. I själva verket är det föga troligt att Lundbeck skulle ha ingått ett kostsamt avtal om det inte med säkerhet hade inneburit att Ranbaxy skulle hålla sig utanför marknaden med sitt generiska citalopram under detta avtals giltighetstid, när Lundbeck räknade med att kunna börja saluföra Cipralex.

695 Även om det är sant att Ranbaxy inte delade sökandenas syfte angående Cipralex, kvarstår dock att företaget inte kunde vara ovetande om det och särskilt att det helt klart hade intresse av att erhålla säkra penningbelopp i stället för att ta de risker som dess inträde på marknaden skulle ha medfört.

696 Dessa överväganden gör det också möjligt att underkänna sökandenas argument att kommissionen, i enlighet med svensk rätt som ska tillämpas på Ranbaxy-avtalet, i större utsträckning borde ha beaktat avtalsparternas gemensamma avsikt.

697 Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte gjorde något fel när den, i skälen 1137 och 1172 i det angripna beslutet, fann att de skyldigheter som Ranbaxy accepterade, enligt punkt 1.1 i Ranbaxy-avtalet, med hänsyn till sitt sammanhang inte var begränsade till citalopram som tillverkats enligt de metoder som Ranbaxy använde vid tidpunkten för undertecknandet av detta avtal och dessa skyldigheter överskred därför tillämpningsområdet för Lundbecks patent.

698 Sökandena har sedan gjort gällande att kommissionens tolkning inte är förenlig med dess medgivande av omständigheten att Ranbaxy fortfarande var fri att sälja citalopram som gjorde intrång i deras patent, såvitt den aktiva farmaceutiska substans som användes för att tillverka det härrörde från tredje part.

699 Såsom kommissionen helt riktigt har hävdat, har det föga betydelse att den i skäl 694 i det angripna beslutet hade medgett att Ranbaxy-avtalet inte hindrade företaget från att sälja farmaceutiska produkter som innehöll citalopram vilka gjorde intrång i Lundbecks patent, såvitt den aktiva farmaceutiska substans som användes i detta syfte härrörde från tredje part. De skyldigheter som Ranbaxy godtagit enligt kommissionens tolkning av punkt 1.1 i Ranbaxy-avtalet, vilka avser försäljning av citalopram som detta företag självt tillverkar är nämligen inte förbundna med den rent teoretiska möjligheten att Ranbaxy skulle sälja produkter som innehåller citalopram som härrör från andra tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen. Härvidlag måste det framhållas att Ranbaxy ursprungligen var tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen, så företaget hade inget intresse av att förse sig med den aktiva farmaceutiska substansen någon annanstans ifrån för att tillverka citalopramtabletter i form av färdiga produkter.

700 Sökandena har därefter hävdat att punkt 1.4 i Ranbaxy-avtalet (se punkt 48 sista strecksatsen ovan) inte utgjorde hinder mot att detta företag bestred deras patents giltighet. En talan i domstol som syftar till att uppnå ogiltigförklaring av ett patent ”grundas” nämligen inte på detta, medan det i denna punkt föreskrivs ett åtagande att inte väcka talan på grundval av de patent som anges i Ranbaxy-avtalet. Det enda förbudet för Ranbaxy rör möjligheten att väcka talan mot sökandena om intrång i de patent som Ranbaxy hade ansökt om i Indien.

701 Det är här lämpligt att först notera att dessa argument är verkningslösa, av det skälet att, såsom följer av punkterna 398 och 399 ovan, betecknandet av de omtvistade avtalen som konkurrensbegränsande genom syfte inte bygger på att det i dessa avtal finns klausuler om att inte bestrida patentens giltighet. Dessutom framgår det klart av skäl 1174 att förekomsten av en sådan klausul i Ranbaxy-avtalet inte har nämnts av kommissionen som en av de relevanta faktorerna för slutsatsen att det rör sig om en överträdelse genom syfte.

702 Det ska i vart fall nämnas att uttrycket ”förbinder sig att inte väcka talan vid domstol … på grundval av något av de patent som anges ovan” vilket återfinns i punkt 1.4 i Ranbaxy-avtalet är tillräckligt flexibelt för att det ska vara möjligt att inbegripa ett bestridande av ifrågavarande patents giltighet. För övrigt, ska det noteras att Ranbaxy inte har bestritt att dessa patent var giltiga under Ranbaxy-avtalets giltighetstid.

703 Sökandena har vidare påstått att den invändning som rör punkt 1.4 i Ranbaxy-avtalet endast har anförts i redogörelsen för de faktiska omständigheterna och inte redan i meddelandet om invändningar, vilket innebar ett åsidosättande av deras rätt till försvar.

704 Här räcker det att nämna att sökandena har medgett att denna klausul och den tolkning som kommissionen gjorde i det angripna beslutet fanns i redogörelsen för de faktiska omständigheterna vilken de besvarade, inklusive på denna punkt. Härav följer att de fått tillfälle att uttala sig i detta hänseende, och deras rätt till försvar har därför inte åsidosatts (se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 mars 2002, LR AF 1998/kommissionen, T-23/99, REG, EU:T:2002:75, punkt 190 och där angiven rättspraxis).

705 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på denna delgrund och således inte på någon del av den sjätte grunden.

III – *Den sjunde grunden. Uppenbart oriktig bedömning såvitt effektivitetsvinsterna med de omtvistade avtalen inte utvärderades på ett korrekt sätt*

706 Sökandena har erinrat om att de i sitt svar på meddelandet om invändningar tog upp att de omtvistade avtalen gynnade konkurrensen, eftersom uppgörelser i godo bevarar motivationen att vara innovativ och kan underlätta för generika att tidigare träda in på marknaden. Kommissionen har underlåtit att pröva dessa argument i den utsträckning som krävs. Dessutom kan de förklaringar i efterhand som kommissionen tillhandahållit i sin svarsinlaga inte tas upp till sakprövning.

707 Kommissionen har bestritt dessa argument.

708 Det ska framhållas att kommissionen prövade huruvida artikel 101.3 FEUF eventuellt kunde tillämpas på de omtvistade avtalen i skäl 1212 och följande skäl i det angripna beslutet.

709 Kommissionen erinrade mycket riktigt om att artikel 101.3 FEUF gör det möjligt för företag att försvara sig mot en påstådd överträdelse av artikel 101.1 FEUF genom att visa att fyra villkor är uppfyllda:

— För det första ska avtalet i fråga bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av produkter eller till att främja tekniska eller ekonomiska framsteg,

— för det andra ska avtalet i fråga inte ålägga begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

— för det tredje ska det tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, och

— för det fjärde ska avtalet inte ge företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

710 I artikel 2 i förordning nr 1/2003 föreskrivs det, såsom i rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, REG, EU:C:2009:610, punkt 82), att den som åberopar 101.3 FEUF genom övertygande argument och bevisning måste styrka att villkoren för att bevilja undantag är uppfyllda.

711 Bevisbördan åvilar således det företag som begär ett undantag enligt artikel 101.3 FEUF. De faktiska omständigheter som detta företag åberopar kan emellertid vara sådana att motparten tvingas lämna en förklaring eller en motivering, vid äventyr av att bevisbördan kan anses ha uppfyllts (se, för ett liknande resonemang, dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl., punkt 710 ovan, punkt 83 och där angiven rättspraxis).

712 Tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, prövade kommissionen i det angripna beslutet, i den utsträckning som krävs, de olika argument som de generiska företagen och sökandena hade framfört under det administrativa förfarandets gång.

713 Vad först angår argumentet att de omtvistade avtalen hade gett sökandena incitament till att vara innovativa, prövades visserligen inte detta argument specifikt av kommissionen i den del av beslutet som rör prövningen av huruvida artikel 101.3 FEUF kunde tillämpas. Det bör dock anföras, i likhet med vad kommissionen gjorde, att sökandena i sitt svar på meddelandet om invändningar nöjde sig med att påstå rent allmänt, med stöd av en ekonomisk studie, att uppgörelser i godo på patentområdet bevarade incitamentet till att vara innovativ, dock utan att förklara på vilket sätt de omtvistade avtalen hade bidragit till att skapa ett sådant incitament i det aktuella fallet, utöver det lagstadgade skydd som är förbundet med patent. Sökanden har inte heller förklarat på vilket sätt de fyra tillämpningsvillkoren i artikel 101.3 FEUF var uppfyllda i det aktuella fallet. Den studie som sökandena hade lagt fram innebar nämligen i högre grad ett ifrågasättande av själva tillämpligheten av artikel 101.1 FEUF, eftersom det i den förnekades att uppgörelser i godo på patentområdet, som de omtvistade avtalen, kan ha negativa verkningar för konsumenterna. Eftersom detta argument redan hade förkastats av kommissionen inom ramen för prövningen av huruvida det förelåg en konkurrensbegränsning genom syfte (skälen 710–713 i det angripna beslutet), var den inte skyldig att pröva det på nytt med avseende på artikel 101.3 FEUF, i brist på mer underbyggda argument i det avseendet.

714 Det är i vart fall uppenbart i det aktuella målet att de omtvistade avtalen, i vilka det föreskrevs att generikas inträde på marknaden skulle försenas med hjälp av omvända betalningar, inte var oundgängliga för att bevara sökandenas incitament till att vara innovativa. Dessutom är det svårt att uppfatta vilka fördelar för konsumenterna sådana avtal skulle föra med sig. Villkoret att konkurrensen inte får ha satts ur spel är slutligen inte heller uppfyllt i det aktuella fallet, i och med att de generiska företagen faktiskt var potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks och att de åtog sig att mot betalning inte träda in på marknaden under avtalens giltighetstid.

715 Det kan följaktligen konstateras att det var utan att begå något fel, som kommissionen inte i större utsträckning prövade sökandenas argument angående de omtvistade avtalens förmåga att uppmuntra till innovationer, med avseende på artikel 101.3 FEUF i det angripna beslutet.

716 När det sedan gäller påståendet att de omtvistade avtalen skulle ha gjort det möjligt att säkerställa ett snabbare inträde för generika på marknaden, vad det korrekt av kommissionen att avfärda det i skälen 1228–1230 i det angripna beslutet och att anse att det inte bekräftades av de faktiska omständigheterna eftersom de omtvistade avtalen inte innehöll något åtagande från Lundbecks sida att tillåta att generika trädde in på marknaden när avtalen löpte ut och de i realiteten förhindrade ett potentiellt omedelbart inträde från deras sida på marknaden.

717 Det följer nämligen av uppgifter i handlingarna i målet, särskilt av innehållet i de omtvistade avtalen, att det inte föreskrevs något visst datum i dem då de generiska företagen kunde träda in på marknaden innan Lundbecks patent löpte ut. Såsom kommissionen konstaterade i skäl 662 i det angripna beslutet, innehöll de omtvistade avtalen inte något åtagande från Lundbecks sida att inte väcka talan om patentintrång, för det fall generika skulle träda in på marknaden efter det att avtalen löpt ut. De omtvistade avtalen har således i realiteten inte löst någon patenttvist eller möjliggjort ett snabbare inträde för generika på marknaden, som sökandena ha påstått, utan helt enkelt gjort det möjligt för Lundbeck att vinna tid genom att försena generikas inträde på marknaden med hjälp av betalningar av betydande belopp till de generiska företagen.

718 Påståendet att de omtvistade avtalen skulle ha gjort det möjligt att undvika höga rättegångskostnader eller skiljaktiga domstolsbeslut, har inte heller bekräftats av de faktiska omständigheterna, eftersom dessa avtal inte gjorde det möjligt att avsluta den bakomliggande patenttvisten mellan parterna i dessa avtal. Det var nämligen inte uteslutet att Lundbeck skulle kunna väcka talan i domstol mot de generiska företagen när avtalen hade löpt ut, inklusive vid olika domstolar i olika EES-stater. Följaktligen är de sifferuppgifter som sökandena uppgett inte relevanta vilka går ut på att flera miljoner euro i rättegångskostnader för EES i dess helhet skulle ha undvikits, då det inte har visat sig att dessa kostnader med säkerhet hade kunnat undvikas i avsaknad av de omtvistade avtalen. Även om det slutligen är sant att Lundbeck inte väckte någon talan efter det att dessa avtal hade löpt ut, så är det främst därför att Lundbeck inte längre hade något intresse av en sådan tvist, i och med att andra generiska företag, som Lagap i Förenade kungariket, redan hade trätt in på marknaden vid denna tidpunkt.

719 Även om det antas att de omtvistade avtalen skulle ha gjort det möjligt att undvika vissa rättegångskostnader i samband med potentiella tvister vid olika domstolar, har sökandena inte visat på vilket sätt de konkurrensbegränsningar som följde av dessa avtal var oundgängliga för att uppnå detta syfte, när det till och med var möjligt att ingå andra typer av uppgörelser i godo som inte på något sätt var konkurrensbegränsande (se punkterna 350 och 529 ovan). Sökandena har inte heller förklarat på vilket sätt dessa avtal skulle ha kunnat tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av den påstådda vinst som åstadkommits.

720 Det ska följaktligen konstateras att det var utan att begå något fel eller åsidosätta reglerna om bevisbördan som kommissionen drog slutsatsen att villkoren i artikel 101.3 FEUF inte var uppfyllda i det aktuella fallet.

721 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den sjunde grunden.

IV – *Den åttonde grunden: Åsidosättande av rätten till försvar*

722 Sökandena har gjort gällande att deras rätt till försvar har åsidosatts genom det angripna beslutet, på grund av att kommissionen ändrade de omständigheter som utgjorde överträdelsen, utan att höra dem i förväg. De hade inte haft tillfälle att vederlägga kommissionens påståenden att de generiska företagen var deras potentiella konkurrenter trots det eventuella eller sannolika intrånget i deras patent, samt kommissionens ståndpunkt att de omvända betalningarna i sig räcker för att styrka att de omtvistade avtalen utgjorde överträdelser genom syfte. Kommissionen borde för övrigt ha låtit sökandena få tillgång till dess skriftväxling med KFST, eftersom denna skriftväxling kunde innehålla bevisfakta till deras fördel.

A – *Den första delgrunden*

723 Sökandena anser att den fullständiga omarbetningen av kommissionens teori utgör hinder för deras rätt till försvar. De har erinrat om att det följer av rättspraxis att även om alla faktiska omständigheter som kommissionen tog upp i det angripna beslutet redan fanns i meddelandet om invändningar,

iakttogs inte deras rätt till försvar när dessa faktiska omständigheter återgavs i olika punkter i detta meddelande om invändningar, utan att det fastställdes något samband dem emellan eller kommissionen gav dem någon beteckning.

724 Sökandena har inledningsvis gjort gällande att ståndpunkten väsentligen ändrades i det angripna beslutet i jämförelse med den som hade uttryckts i meddelandet om invändningar vad gäller frågan om potentiell konkurrens, som är en väsentlig beståndsdel av den påstådda överträdelsen. I det angripna beslutet ändrade först kommissionen väsentligen ståndpunkt genom att förklara att även de generiska företag som inte hade tillgång till citalopram som inte utgjorde intrång borde presumeras utgöra potentiella konkurrenter till Lundbeck. Sedan skiljde kommissionen mellan två faser under vilka det bedrevs potentiell konkurrens, och slutligen tillade den att potentiell konkurrens även kom till uttryck via bestridanden av patents giltighet, försök till innovationer med utgångspunkt i metodpatent eller via väckande av talan om negativ fastställelse avseende intrång och till och med det via det riskabla inträde som är själva essensen av konkurrensen i den farmaceutiska sektorn.

725 Kommissionen har bestritt dessa argument.

726 Det bör erinras om att iakttagandet av rätten till försvar är en grundläggande rättighet i unionsrätten som har stadfästs i artikel 41.2 a i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna vilken kräver att dessa rättigheter iakttas i alla förfaranden.

727 Iakttagandet av rätten till försvar förutsätter att det berörda företaget under det administrativa förfarandet har fått tillfälle att på ett meningsfullt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta och på de handlingar som enligt kommissionen styrker dess påstående om att fördraget har överträtts (dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen, punkt 111 ovan, EU:C:2004:6, punkt 66; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, REG, EU:C:1979:36, punkt 9).

728 I artikel 27.1 i förordning nr 1/2003 föreskrivs på liknande sätt att kommissionen ska ge, de företag eller företagssammanslutningar som omfattas av det förfarande som kommissionen inlett, tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen ska endast grunda sina beslut på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över.

729 Detta krav ska tolkas mot bakgrund av rättspraxis enligt vilken det klart ska anges i meddelandet om invändningar vilka väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet. Denna angivelse kan vara kortfattad, och beslutet behöver inte nödvändigtvis vara en kopia av redogörelsen för invändningarna, eftersom detta meddelande utgör ett förberedande dokument vars bedömningar av faktiska och rättsliga förhållanden är av rent provisorisk karaktär (se dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen, punkt 111 ovan, EU:C:2004:6, punkt 67 och där angiven rättspraxis).

730 Vad först angår argumentet att kommissionen i stor utsträckning hade ändrat ståndpunkt i frågan om potentiell konkurrens i det angripna beslutet i jämförelse med meddelandet om invändningar ska det konstateras, tvärtemot mot vad sökandena har hävdat, att kommissionen inte har ansett att endast generiska företag som hade tillgång till citalopram som inte utgjorde intrång kunde betraktas som potentiella konkurrenter till Lundbeck. Det framgår nämligen av skälen 468 och 469 i meddelandet om invändningar att kommissionen ansåg att de generiska företagen och originalproducenten kunde betraktas som potentiella konkurrenter, oberoende av huruvida de generiska produkter som dessa företag hade för avsikt att saluföra hade kunnat göra intrång i ett metodpatent eller ej. Dessutom framgår det av skälen 519, 550, 586, 612, 645, och 683 i meddelandet om invändningar att kommissionen grundade sig på en mängd faktorer, bland dem den omständigheten att de generiska företagen redan hade gjort betydande ansträngningar för att förbereda sitt marknadsinträde och i vissa

fall hade erhållit de nödvändiga godkännandena för försäljning eller byggt upp ett avsevärt lager med generiskt citalopram för detta ändamål, för att dra slutsatsen att det förelåg åtminstone potentiell konkurrens mellan de generiska företagen och Lundbeck.

731 Angående det faktum att kommissionen skiljde på två faser i fråga om den potentiella konkurrensen i den farmaceutiska sektorn i det angripna beslutet (punkt 91 ovan), kan det anföras att det i det aktuella fallet är utrett att Lundbecks ursprungspatent hade löpt ut i nästan alla EES-länder vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, så att samtliga generiska företag befann sig i ett framskridet skede av sina förberedelser för att träda in på marknaden. Den omständigheten att kommissionen, i skäl 616 i det angripna beslutet, fann att den potentiella konkurrensen kunde börja redan flera år innan patentet för den aktiva farmaceutiska substansen hade löpt ut, var inte avgörande eller ens relevant för bedömningen av situationen i fråga om potentiell konkurrens mellan sökandena och de generiska företagen i det aktuella fallet. Följaktligen, kan den bedömningen än mindre ha haft några verkningar på sökandenas rätt till försvar härvidlag.

732 Det framgår även av meddelandet om invändningar att de generiska företagens ”riskabla” inträde betraktades som en del av konkurrensen mellan dem och Lundbeck (se särskilt skälen 29, 488, 528, 562, 594, 621 och 656 i meddelandet om invändningar). Även om det är sant att det angripna beslutet är mer utförligt i det avseendet, ska det erinras om att beslutet enligt rättspraxis inte nödvändigtvis behöver vara en kopia av meddelandet om invändningar (punkt 729 ovan) och att kommissionen måste kunna ta hänsyn till företagens svar på meddelandet om invändningar, inklusive komplettera, fördjupa eller tillrättalägga sin argumentation till stöd för de invändningar den vidhåller (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 maj 2007, SGL Carbon/kommissionen, C-328/05 P, REG, EU:C:2007:277, punkt 62, och dom av den 15 mars 2006, BASF/kommissionen, T-15/02, REG, EU:T:2006:74, punkt 93 och där angiven rättspraxis).

733 Sökandena har felaktigt påstått att kommissionen, i det angripna beslutet, hade konstaterat att möjliga patenttvister skulle vara tillräckligt för att fastställa förekomsten av potentiell konkurrens mellan dem och de generiska företagen. Det angripna beslutet, precis som meddelandet om invändningar, grundas på en mängd faktorer härvidlag, däribland den omständigheten att de generiska företagen hade vidtagit betydande åtgärder för att förbereda sitt marknadsinträde (punkterna 96 och 730 ovan). I meddelandet om invändningar angavs även det faktum att patenttvister helt och hållet är en del av konkurrensen i den farmaceutiska sektorn (se särskilt skäl 27 i meddelandet om invändningar).

734 Sökandena har således felaktigt påstått att kommissionen i hög grad hade ändrat sin ståndpunkt angående den potentiella konkurrensen från meddelandet om invändningar till det angripna beslutet.

735 Sökandena anser att meddelandet om invändningar inte innehåller någon klar och konsekvent rättslig norm för prövning av omvända betalningar som ingår i uppgörelser i godo på patentområdet mot bakgrund av unionens konkurrensrätt.

736 Det finns inte heller någon anvisning i meddelandet om invändningar om en tröskel över vilken ett penningbelopp bör betraktas som ”anmärkningsvärt”, eftersom när den enda referenspunkten är att de generiska företagen ”erbjöds mer pengar än de kunde tjäna på marknaden genom försäljning av generiska versioner av citalopram” vilket skulle ha ”uppmuntrat dem att avstå från att konkurrera med Lundbeck” (skäl 710 i meddelandet om invändningar).

737 Avsaknaden av tydliga normer för prövningen har hindrat sökandena från att på ett ändamålsenligt sätt ge uttryck för sina synpunkter, vilket utgör en särskilt allvarlig brist i rättsligt hänseende, eftersom det i det aktuella fallet har väckts komplexa och nya juridiska frågor och ingen annan riktlinje än kriteriet patentets tillämpningsområde, vilket har underkänts i beslutet, har kunnat härledas ur tidigare rättspraxis.

738 Det ska här slås fast, i motsats till vad sökandena har anfört, att det uttryckligen anges i skäl 480 i meddelandet om invändningar, i ordalag som är identiska med dem i skäl 660 i det angripna beslutet, att förekomsten av omvända betalningar är avgörande för den rättsliga bedömningen av de omtvistade avtalen. Dessutom bygger det angripna beslutet, precis som meddelandet om invändningar, på påståendet att förekomsten av omvända betalningar i de omtvistade avtalen utgör en av de relevanta faktorerna för konstaterandet av att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte (se skälen 661 och 662 i det angripna beslutet). För övrigt anges det i meddelandet om invändningar, precis som i det angripna beslutet, att de omvända betalningarnas belopp var problematiska, eftersom de var anpassade till de vinster eller den omsättning som de generiska företagen skulle haft om de hade trätt in på marknaden, vilket reducerade incitamenten för de generiska företagen att fortsätta sina ansträngningar att träda in på marknaden (se skälen 469, 496, 543, 588, 638, 687 i meddelandet om invändningar och punkt 366 ovan).

739 Sökandena kan följaktligen inte vinna framgång med sin andra anmärkning.

740 Sökandena har gjort gällande att det angripna beslutet och redogörelsen för de faktiska omständigheterna innehåller flera uppgifter som inte finns i meddelandet om invändningar, exempelvis Lundbecks marknadsandelar för antidepressiva läkemedel i EES (skäl 215 i det angripna beslutet och punkt 17 i redogörelsen för de faktiska omständigheterna). Den metod som kommissionen använde för att beräkna dessa marknadsandelar och den exakta marknadsdefinitionen är fortfarande oklara, saknar förklaring och förekommer inte heller i redogörelsen för de faktiska omständigheterna.

741 Vad angår sökandenas marknadsandelar som kommissionen presenterade i redogörelsen för de faktiska omständigheterna av den 12 april 2013, i syfte att förstärka sin slutsats angående den snedvridning av konkurrensen som de omtvistade avtalen orsakat, ska det först erinras om att ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte ska till sin natur och oavsett om det har något faktiskt resultat anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen (dom av den 13 december 2012, Expedia, C-226/11, REU, EU:C:2012:795, punkt 37). Kommissionen var således inte skyldig att på ett detaljerat sätt visa vare sig i meddelandet om invändningar eller i det angripna beslutet, förekomsten av en påtaglig konkurrensbegränsning eftersom den har styrkt att de omtvistade avtalen hade ett konkurrensbegränsande syfte och kunde påverka handeln mellan medlemsstater (se skälen 196, 197, 209–213, 724 och 726 i det angripna beslutet). Sökandena kunde i vart fall uttrycka sina synpunkter efter delgivningen av redogörelsen för de faktiska omständigheterna, så de kan inte göra gällande att deras rätt till försvar har åsidosatts i det hänseendet (se punkt 704 ovan).

742 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den första delgrunden.

B – *Den andra delgrunden*

743 Sökandena anser att kommissionen felaktigt förvägrade dem tillgång till dess skriftväxling med KFST. Enligt sökandena innebär visserligen kommissionens tillkännagivande om reglerna för tillgång till kommissionens handlingar i ärenden enligt artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF], enligt artiklarna 53, 54 och 57 i EES-avtalet och enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 (EGT C 235, 2005, s. 7), att skriftväxlingen mellan kommissionen och nationella myndigheter inte omfattas av rätten att få tillgång till handlingar. Det följer emellertid av fast rättspraxis att kommissionens interna handlingar kan delges parterna om extraordinära förhållanden i det särskilda fallet kräver detta. Emellertid räcker det att de visar att det finns en chans, även om den är liten, att handlingar som inte har lämnats ut under det administrativa förfarandet skulle ha kunnat vara till nytta för deras försvar. Så är fallet i det aktuella målet, eftersom skriftväxlingen med KFST innehåller bevis som potentiellt kan vara till sökandenas fördel vilka skulle göra det möjligt att, rent faktiskt och tvärtemot vad kommissionen har gjort gällande, bevisa att rättsläget var osäkert i konkurrensrätten i fråga om

uppgörelser i godo i vilka det ingick en omvänd betalning, den dag då sökandena ingick de omtvistade avtalen. När kommissionen senare delgav dessa handlingar visade det sig att de inte innehöll någon konfidentiell information och därför borde kommissionen ha låtit dem bli tillgängliga omedelbart. Detta är tillräckligt för att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras.

744 Kommissionen har bestritt dessa argument.

745 Det framgår av rättspraxis att för det fall kommissionen under det administrativa förfarandet har avslagit en sökandes begäran om tillgång till handlingar som inte ingår i akten i utredningen, kan ett åsidosättande av rätten till försvar fastställas endast om det är styrkt att det administrativa förfarandet kunde ha fått en annan utgång om sökanden hade haft tillgång till ifrågavarande handlingar under detta förfarande (se dom av den 16 juni 2011, Solvay/kommissionen, T-186/06, REU, EU:T:2011:276, punkt 227 och där angiven rättspraxis).

746 Det ska också erinras om att ett åsidosättande av rätten till försvar i vart fall inte, i sig, kan påverka giltigheten av beslutet i dess helhet, eftersom det inte var grundat på enbart de ifrågavarande uppgifterna. I detta fall ankommer det på tribunalen att bortse från innehållet i dessa handlingar vid prövningen av huruvida beslutet var välgrundat (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 1983, Musique Diffusion française m.fl./kommissionen, 100/80-103/80, REG, EU:C:1983:158, punkt 30, och dom av den 14 maj 1998, Mo och Domsjö/kommissionen, T-352/94, REG, EU:T:1998:103, punkt 74).

747 I det aktuella fallet rör det sig om två handlingar som återger skriftväxlingen mellan kommissionen och KFST. Det finns anledning att erinra om att kommissionen företedde dem spontant i en bilaga till sin försvarsinlaga som svar på sökandenas begäran. Det handlar dels om en rapport från KFST av den 7 oktober 2003 som gäller myndighetens utredning av Lundbecks verksamhet och de avtal som företaget ingått på marknaden för antidepressiva läkemedel, dels en promemoria från KFST av den 10 juni 2005 med en sammanfattning av myndighetens slutsatser efter utvärderingen av avtalen mot bakgrund av fördragets bestämmelser om fri konkurrens.

748 Det ska först konstateras att det inte rör sig om handlingar som härrör direkt från kommissionen eller dess ansvariga avdelningar utan om kommunikéer från en nationell konkurrensmyndighet. Det framgår av rättspraxis att eftersom de nationella konkurrensmyndigheterna inte är behöriga att fatta ett negativt beslut, närmare bestämt ett beslut som fastställer att det inte föreligger någon överträdelse av artikel 101 FEUF, kan de inte ge företagen några berättigade förväntningar om att deras agerande inte strider mot denna bestämmelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, REU, EU:C:2013:404, punkt 42 och där angiven rättspraxis). Även om det i handlingarna till och med hade konstaterats att det inte förelåg någon överträdelse eller att de innehöll ett ifrågasättande av kommissionens teori i det angripna beslutet, kan dessa handlingar inte på ett meningsfullt sätt åberopas av sökandena som omständigheter till deras fördel eftersom, om det antas att de hade delgetts sökandena under det administrativa förfarandet, delgivningen inte skulle haft någon inverkan på förfarandets utgång.

749 I vart fall påverkar inte dessa handlingar kommissionens bedömning av de omtvistade avtalen i det angripna beslutet, utan bekräftar den snarare i hög grad, eftersom KFST, i sin rapport av den 7 oktober 2003, ansåg att de omtvistade avtalen kunde påverka konkurrensen, i och med att Lundbeck betalade konkurrenter för att de skulle hålla sig utanför marknaden och effekten av detta obestridligen blev högre priser. KFST fann därför att dessa avtal utgjorde mycket allvarliga överträdelser av artikel 101 FEUF.

750 Visserligen framgår det av KFST:s promemoria av den 10 juni 2005 att kommissionen ansåg att det var tveksamt huruvida dessa avtal var konkurrensbegränsande, mot bakgrund av den betydande betalning som Lundbeck erlade till de generiska företagen. Det ska emellertid erinras om att det endast rörde sig om en preliminär bedömning av kommissionen och att den till följd av dessa upplysningar

bestämde sig för att inleda en mer omfattande undersökning av denna typ av avtal på det farmaceutiska området för att skaffa sig en mer exakt uppfattning om hur denna sektor fungerade och om sådana avtals förenlighet med artikel 101 FEUF och artikel 102 FEUF. Till följd av undersökningen inledde kommissionen ett förfarande på grundval av artikel 101.1 FEUF mot Lundbeck och de generiska företagen.

751 Det framgår vidare av KFST:s promemoria att kommissionen fäste mycket stor vikt vid den omständigheten att en betydande omvänd betalning kan utgöra ett indicium på att originalproducenten betalade de generiska företagen för att de skulle hålla sig utanför marknaden. Det framgår nämligen av promemorian att ”frågan om ett avtal kan vara motiverat beror bland annat på hur stor betalningen är” och ”[o]m den endast täckte de kostnader som kan beräknas uppkomma i en situation där tvisten tas upp i domstol, skulle detta avtal kunna falla utanför tillämpningsområdet för artikel [101 FEUF] eller artikel [102 FEUF]” samt ”[o]m betalningen däremot är mer betydande, kan den ses som ett sätt att betala konkurrenter för att de ska hålla sig utanför marknaden, vilket strider mot artikel [101 FEUF] eller [102 FEUF]”. Det framgår emellertid tydligt av det angripna beslutet att den omständigheten att de omvända betalningar som de omtvistade avtalen innehöll, i det aktuella fallet, var betydande och mer eller mindre motsvarade de vinster som de generiska företagen räknade med att åstadkomma om de trädde in på marknaden och inte motsvarade eventuella rättegångskostnader som skulle ha undvikits, var en avgörande omständighet för slutsatsen att det hade skett en överträdelse av artikel 101.1 FEUF (punkterna 354, 414 och 415 ovan).

752 Det är således inkorrekt av sökandena att göra gällande att dessa handlingar skulle ha kunnat vara till nytta för deras försvar om de hade delgetts omedelbart under det administrativa förfarandet, eftersom de endast gör det möjligt att eventuellt hävda att det vid den tiden förelåg viss tveksamhet i frågan huruvida de omtvistade avtalen omedelbart, utan någon fördjupad prövning, kunde kvalificeras som konkurrensbegränsningar genom syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF. Rättspraxis kräver dock inte att ett avtal vid en första anblick eller utan tvivel måste betraktas som tillräckligt skadligt för konkurrensen, utan att det görs en fördjupad prövning av dess innehåll, syfte samt ekonomiska och rättsliga sammanhang, för att det ska kunna kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i denna bestämmelse (punkterna 338–444 och 438 ovan).

753 Det ska följaktligen anses att sökandenas rätt till försvar inte har åsidosatts i det aktuella fallet, då det inte har visat sig att det administrativa förfarandet skulle ha kunnat få ett annat resultat för det fall dessa hade fått tillgång till de ifrågavarande handlingarna under detta förfarande (punkt 745 ovan).

754 Följaktligen kan talan inte bifallas såvitt avser den andra delgrunden och således inte heller vad avser den åttonde grunden i dess helhet.

V – *Den nionde grunden: I andra hand utgör den omständigheten att Lundbeck påfördes böter felaktig rättstillämpning*

755 Sökandena har gjort gällande, för det första, att det saknas tidigare mål i vilka uppgörelser i godo på patentområdet bedömts och, för det andra, att domen av den 1 juli 2010, AstraZeneca/kommissionen (T-321/05, REG, EU:T:2010:266) inte är tillämplig på uppgörelser i godo angående patent, varför åläggandet av böter på dem i det aktuella fallet saknade allt stöd i lag och stred mot rättssäkerhetsprincipen.

756 Kommissionen har bestritt dessa argument.

A – *Den första delgrunden*

757 Sökandena har inledningsvis gjort gällande att även om det antas att kommissionen hade rätt att anse att de omtvistade avtalen utgjorde ett åsidosättande av artikel 101 FEUF, fanns det inget giltigt motiv till att ålägga böter för avtalen i det aktuella fallet, med beaktande av det nya och komplexa hos de faktiska och rättsliga frågor som väckts, vilket kommissionen för övrigt har medgett. Att ålägga böter i en sådan situation innebär ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och den straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Det medges för övrigt i svaromålet att det rör sig om det första beslut i vilket kommissionen konstaterar att det skett en överträdelse vad angår så kallade ”pay for delay-avtal” (avtal som syftar till att försena generikas inträde på marknaden mot betalning).

758 Befintlig rättspraxis, bland annat domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), ger ingen vägledning som skulle göra det möjligt att förutse att de omvända betalningar som anges i de omtvistade avtalen skulle tjäna som en avgörande omständighet för kommissionen när den slog fast att avtalen stred mot artikel 101.1 FEUF. Kommissionen har nämligen hävdat att om det inte hade föreskrivits omvända betalningar i dessa avtal, så skulle de i princip ha utgjort legitima verktyg för att tillse att Lundbecks patent respekterades. För övrigt har sökandena gjort gällande att domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), inte hade meddelats vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks.

759 KFST hade dessutom i början av år 2004 uppmärksammat den rättsosäkerhet som omger de avtal på patentområdet i vilka det stadgas omvända betalningar. I synnerhet visar KFST:s pressmeddelande av den 28 januari 2004 att kommissionen på den tiden ansåg att beloppen på de betalningar som Lundbeck erlade var sådana att det inte var möjligt att på ett plausibelt sätt visa att de tjänade som kompensation för att en konkurrent skulle hålla sig utanför marknaden. Den omständigheten att kommissionen behövde mer än ett decennium på sig för att skaffa sig en uppfattning om den rättsliga kvalificeringen av avtal i vilka det föreskrivs en omvänd betalning vittnar dessutom om det extremt komplexa och helt nya hos de underliggande frågorna.

760 Kommissionen har bestritt dessa argument.

761 Enligt rättssäkerhetsprincipen krävs det att en unionslagstiftning gör det möjligt för dem som berörs därav att få kännedom om den exakta omfattningen av de skyldigheter som de därigenom åläggs. Enskilda ska nämligen på ett otvetydigt sätt kunna få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och kunna vidta åtgärder i enlighet därmed (dom av den 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/kommissionen och kommissionen/ArcelorMittal Luxembourg m.fl., C-201/09 P och C-216/09 P, REU, EU:C:2011:190, punkt 68 och där angiven rättspraxis).

762 Vad gäller frågan huruvida överträdelserna varit uppsåtliga eller berott på oaktsamhet och därmed kan beivras genom att böter åläggs enligt artikel 23.2 första stycket i förordning nr 1/2003, följer det emellertid av domstolens praxis att detta villkor är uppfyllt när det ifrågavarande företaget inte kan ha varit omedvetet om att dess agerande var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida det var medvetet om att det åsidosatte fördragets konkurrensbestämmelser (se dom Schenker & Co. m.fl., punkt 748 ovan, EU:C:2013:404, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

763 Det ska erinras om att rättssäkerhetsprincipen och den straffrättsliga legalitetsprincipen, vilka har stadfästs i artikel 7 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen), undertecknad i Rom den 4 november 1950, samt i artikel 49 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, inte kan tolkas så att de innebär ett förbud mot ett gradvis klarläggande av bestämmelserna om straffrättsligt ansvar, men de kan utgöra hinder mot en retroaktiv tillämpning av en ny tolkning av en norm enligt vilken en överträdelse konstateras (se, för ett liknande resonemang, dom Telefónica och Telefónica de España/kommissionen, punkt 113 ovan, EU:C:2014:2062, punkt 148 och där angiven rättspraxis).

764 Tvärtemot vad sökandena har hävdat i det aktuella målet, var det inte omöjligt att se att avtal genom vilka originalproducenten lyckas hålla potentiella konkurrenter utanför marknaden under en given period, med hjälp av betydande omvända betalningar, kunde strida mot artikel 101.1 FEUF, oavsett om de överskrider tillämpningsområdet för företagets patent eller ej (se punkterna 486–490 ovan).

765 Såsom kommissionen helt riktigt konstaterade i skälen 1312 och 1313 i det angripna beslutet, gör en bokstavstolkning av artikel 101.1 FEUF det möjligt att förstå att avtal mellan konkurrenter som syftar till att utestänga vissa av dem från marknaden är rättsstridiga. Avtal om marknadsuppdelning eller utestängning från marknaden tillhör nämligen de mest allvarliga konkurrensbegränsningar som uttryckligen nämns i artikel 101.1 FEUF (punkt 338 ovan).

766 Det förhållandet att de omtvistade avtalen i det aktuella fallet ingicks i form av uppgörelser i godo angående immateriella rättigheter kan inte ge sökandena rätt att sluta sig till att deras rättsstridighet med avseende på konkurrensrätten var fullständigt ny eller oförutsebar.

767 Räckvidden av begreppet förutsebarhet beror i hög grad på innehållet i den författningstext som det är fråga om, vilket område den omfattar och hur många och vilka dess adressater är. Att lagen är förutsebar innebär inte att den berörda personen inte kan se sig nödsakad att anlita kvalificerade rådgivare för att, i rimlig grad med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, bedöma vilka konsekvenser ett visst agerande kan få. Detta gäller särskilt yrkesmän som är vana vid att vara tvungna att vara mycket försiktiga vid utövandet av sitt yrke. Det kan förväntas av dem att de vinnlägger sig om att bedöma riskerna med yrkesutövningen extra noga (se dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 219 och där angiven rättspraxis).

768 Sökandena har inte anfört något argument som föranleder någon annan slutsats.

769 Visserligen meddelades domen BIDS, punkt 341 ovan (EU:C:2008:643), vilken har åberopats av kommissionen i det angripna beslutet, efter det att de omtvistade avtalen hade ingåtts. Det har dock preciserats i tidigare rättspraxis att ett avtal inte har immunitet mot konkurrensrätten enbart genom att det rör ett patent eller syftar till att lösa en patenttvist genom en uppgörelse i godo (se, för ett liknande resonemang, dom Bayer och Maschinenfabrik Hennecke, punkt 427 ovan, EU:C:1988:448, punkt 15). Den omständigheten att den ena partens skönsmässiga bedömning ersätter nationella domstolars beslut vid konstaterandet av ett patentintrång ingår uppenbarligen inte i patentets specifika syfte och utgör en konkurrensbegränsning (se, för ett liknande resonemang, dom Windsurfing International/kommissionen, punkt 119 ovan, EU:C:1986:75, punkterna 52 och 92).

770 I domen Centrafarm och de Peijper, punkt 117 ovan (EU:C:1974:114, punkterna 39 och 40) preciserades likaledes att villkoren för utövande av en immateriell rättighet kan omfattas av de förbud som uttalas i artikel 101 FEUF. Så kan vara fallet varje gång utövandet av en sådan rättighet visar sig vara syftet med, medlet för eller konsekvensen av en konkurrensbegränsande samverkan.

771 Vad därefter gäller de handlingar som härrör från KFST, särskilt pressmeddelandet av den 28 januari 2004, ska det först erinras om att det inte rör sig om en handling som härrör från kommissionen och att den således inte, som sådan, kunde ge upphov till berättigade förväntningar hos sökandena. Dessutom kan det erinras om att de nationella konkurrensmyndigheterna inte är behöriga att fatta ett negativt beslut, det vill säga ett beslut i vilket det slås fast att det inte skett något åsidosättande av artikel 101.1 FEUF (punkt 748 ovan).

772 Vidare framgår det klart av KFST:s kommuniké att avtal som har till syfte att utestänga en konkurrent från marknaden är konkurrensbegränsande. Efter den fördjupade undersökningen av den farmaceutiska sektorn, kunde kommissionen finslipa sin uppfattning och fullt ut förstå vissa avtals konkurrensbegränsande karaktär, särskilt när dessa medför en betydande omvänd betalning, som i det aktuella fallet (punkterna 349–403 ovan).

773 I den mån sökandena har åberopat kommissionens tidigare praxis för att hävda att den konstaterade överträdelsen i det aktuella fallet var helt ny och endast borde leda till symboliska böter, kan det erinras om att det framgår av rättspraxis att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet, för att därigenom kunna främja att företagen respekterar konkurrensreglerna. Den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa typer av överträdelser hindrar således inte att den höjer denna nivå inom de gränser som föreskrivs i förordning nr 1/2003, om detta är nödvändigt för att genomföra unionens konkurrenspolitik. En effektiv tillämpning av Europeiska unionens konkurrensregler kräver tvärtom att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver (se dom av den 25 oktober 2011, Aragonesas Industrias y Energía/kommissionen, T-348/08, REU, EU:T:2011:621, punkt 293 och där angiven rättspraxis).

774 Den omständigheten, att kommissionen inte tidigare har ansett att ett avtal av en given typ begränsar konkurrensen på grund av själva sitt syfte hindrar inte, i sig, att kommissionen i framtiden drar motsatt slutsats efter en ingående granskning av de omtvistade åtgärderna i det enskilda fallet med hänsyn till deras innehåll, ändamål och sammanhang. Det krävs därför inte att samma typ av avtal redan har underkänts av kommissionen för att dessa ska kunna betraktas som konkurrensbegränsade genom syfte (punkt 438 ovan).

775 Rättspraxis kräver inte heller att ett avtal vid första anblicken eller utan tvivel måste betraktas som tillräckligt skadligt för konkurrensen, utan att det görs en fördjupad prövning av dess innehåll, syfte och ekonomiska och rättsliga sammanhang, för att det ska kunna kvalificeras som en konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i denna bestämmelse (punkt 752 ovan).

776 Slutligen framgår det av det angripna beslutet att vissa generiska företag mycket väl hade uppfattat att avtal som liknade de omtvistade avtalen var överträdelser och hade vägrat att ingå sådana avtal av just det skälet (se skäl 190 i det angripna beslutet). Likaså hade en anställd hos Lundbeck reagerat på visst utbyte av e-postmeddelanden i vilka det fastställdes priser och volymer för citalopram som Merck (GUK) hade köpt av Lundbeck i enlighet med de omtvistade avtalen, och han hade preciserat att han ”starkt mots[atte] sig innehållet i detta e-postmeddelande” och att ”[de kunde] inte och [borde] inte komma överens om återförsäljningspriser”, det [var] olagligt” (skäl 265 i det angripna beslutet). Vad angår Ranbaxy-avtalet hade även Lundbeck under förhandlingarna om detta avtal påpekat att det skulle bli kostsamt och svårt med avseende på konkurrensrätten (se skäl 188 i det angripna beslutet).

777 Dessa omständigheter visar att, långt ifrån att på den tiden vara oförutsebara, kunde de konkurrensbegränsningar som förskrevs i dessa avtal rimligen uppfattas av parterna som stridande mot 101.1 FEUF.

778 Följaktligen har sökandena fel i påståendet att kommissionen i det aktuella fallet har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen och den straffrättsliga legalitetsprincipen.

779 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delgrunden.

B – *Den andra delgrunden*

780 Enligt sökandena, följer det av domen AstraZeneca/kommissionen, punkt 755 ovan (EU:T:2010:266), att det inte är motiverat att ålägga böter med anledning av att ett mål är nytt, när det inte finns någon tidigare rättspraxis som behandlat det berörda beteendet, detta beteende inte är starkt konkurrensbegränsande och det berörda företaget därför inte kunde förvänta sig att det var otillåtet. Enligt sökandena slås det emellertid i skäl 1300 i det angripna beslutet fast att detta första villkor är uppfyllt i det aktuella fallet, medan, vad gäller det andra villkoret, de omtvistade avtalen inte utgör någon samverkan som utgör missbruk, såsom var fallet i det mål som gav upphov till domen AstraZeneca/kommissionen, punkt 755 ovan (EU:T:2010:266) (nedan kallat AstraZenceca-målet).

Dessutom åligger det inte något särskilt ansvar för de företag som i likhet med Lundbeck inte har någon dominerande ställning. Kommissionen kan följaktligen inte i en undersökning enligt artikel 101.1 FEUF återanvända de kriterier som fastställts i ett ärende som rört missbruk av dominerande ställning.

781 Kommissionen har bestritt dessa argument.

782 Här ska det framhållas att enligt vad kommissionen erinrade om i skäl 1300 i det angripna beslutet, slog domstolen fast i domen AstraZeneca/kommissionen, punkt 162 ovan (EU:C:2012:770), när den besvarade ett liknande argument i det målet, att ”även om kommissionen och unionsdomstolarna ännu inte hade haft tillfälle att specifikt uttala sig om ett sådant beteende, som det som i förevarande fall påståtts utgöra missbruk, så var AZ medveten om att beteendet i hög grad var konkurrensbegränsande och borde ha förväntat sig att detta skulle anses oförenligt med unionens konkurrensregler”. Det är således helt fel av sökandena att av den domen dra slutsatsen att kommissionen inte kan ålägga böter när det saknas liknande prejudikat som fastställts av unionsdomstolarna (punkterna 438 och 774 ovan).

783 Precis som i det mål som gav upphov till domen AstraZeneca, punkt 755 ovan (EU:T:2010:266), var i vart fall sökandenas beteenden i det aktuella fallet uppenbarligen inte en del av den normala konkurrensen, då de syftade till att utestänga potentiella konkurrenter från marknaden med hjälp av betydande omvända betalningar. Den omständigheten att vissa uppgörelser i godo på patentområdet för övrigt kan vara legitima och inte innebära överträdelser av fördragets bestämmelser om fri konkurrens, motsäger inte alls det faktum att de omtvistade avtal i det aktuella fallet som ingicks av sökandena var konkurrensbegränsande, av skäl som kommissionen har redogjort för i det angripna beslutet (punkt 354 ovan och skälen 661 och 662 i det angripna beslutet).

784 Slutligen är det sant att företag i dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF har ett särskilt ansvar att inte ensidigt agera på vissa sätt som skadar konkurrensen, i likhet med vad som var fallet i domen AstraZeneca, punkt 755 ovan (EU:T:2010:266). Det kvarstår dock att alla företag, oavsett om de har en dominerande ställning eller ej, faller under artikel 101 FEUF när tillämpningsvillkoren för denna artikel är uppfyllda och de kan påföras böter på grund härav. Det var emellertid just denna bestämmelse som kommissionen tillämpade i det aktuella fallet.

785 Följaktligen kan talan inte bifallas såvitt avser den andra delgrunden och således inte vad avser den nionde grunden i dess helhet.

VI – *VI – Den tionde grunden: Angående, i sista hand, felaktig rättstillämpning och faktiska fel vid beräkningen av böterna*

786 Sökandena anser att kommissionen vid beräkningen av böterna i det angripna beslutet i vart fall, för det första, borde ha använt en lägre procentsats i förhållande till hur allvarliga överträdelserna var, för det andra, beaktat den omständigheten att de påstådda överträdelserna hade pågått under kort tid, för det tredje, avstått från att påföra något som helst tilläggsbelopp och, för det fjärde, ha tillämpat förmildrande omständigheter.

787 Kommissionen har bestritt dessa argument.

788 Det ska inledningsvis erinras om att angående sökandena följde kommissionen den generella metod som beskrivs i 2006 års riktlinjer vilken bygger på den berörda produktens försäljningsvärde som har ett direkt eller indirekt samband med överträdelsen och som företaget sålt i det berörda geografiska området inom EES (punkterna 13 och 19 i riktlinjerna). Den föreslagna procentsatsen uppgick till 10 eller 11 procent, beroende på de omtvistade avtalens geografiska räckvidd (se punkterna 68–75 ovan och skälen 1316–1358 i det angripna beslutet).

789 Det är även lämpligt att erinra om att det framgår av fast rättspraxis att när det bötesbelopp som ska åläggas för åsidosättande av konkurrensreglerna fastställs ska hänsyn tas till hur länge överträdelserna pågått och till alla omständigheter som kan påverka bedömningen av svårighetsgraden, såsom de enskilda företagens beteende och roll vid genomförandet av de samordnade förfarandena, den vinst företagen kunnat göra genom dessa förfaranden, deras storlek och värdet på de aktuella varorna samt den risk som överträdelser av detta slag innebär (se dom av den 8 december 2011, KME Germany m.fl./kommissionen, C-272/09 P, REU, EU:C:2011:810, punkt 96 och där angiven rättspraxis).

790 Domstolen har även fastställt att sådana objektiva omständigheter som innehållet i och varaktigheten av de konkurrensbegränsande beteendena, deras antal och deras intensitet, omfattningen av den berörda marknaden och den skada som samhällsekonomin har lidit ska beaktas (se dom KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 789 ovan, EU:C:2011:810, punkt 97 och där angiven rättspraxis).

791 Det är viktigt att erinra om att motiveringsskyldigheten har en alldeles särskild betydelse. Kommissionen ska motivera sitt beslut och bland annat förklara sin viktning och bedömning av de omständigheter som tagits i beaktande. Domstolen ska ex officio kontrollera att beslutet innehåller en motivering (se, för ett liknande resonemang, dom KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 789 ovan, EU:C:2011:810, punkt 101 och där angiven rättspraxis).

792 Vidare ankommer det på unionsdomstolen att, på grundval av de omständigheter som klaganden har anfört till stöd för sina grunder, utföra den granskning av lagenligheten som åligger den. Rätten får inte i samband med denna prövning hänvisa till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, vare sig när det gäller valet av omständigheter som har beaktats vid tillämpningen av de kriterier som omnämns i riktlinjerna eller med avseende på bedömningen av dessa omständigheter, och på så sätt avstå från att göra en fördjupad prövning av såväl rättsliga som faktiska omständigheter (dom KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 789 ovan, EU:C:2011:810, punkt 102).

793 Lagenlighetsgranskningen kompletteras med den obegränsade behörighet som unionsdomstolarna har tillerkänts genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, i enlighet med artikel 261 FEUF. Förutom att pröva påföljdens lagenlighet är unionsdomstolarna därmed behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning och, följaktligen, att undanröja, sätta ned eller höja de böter eller det vite som ålagts (se, för ett liknande resonemang, dom KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 789 ovan, EU:C:2011:810, punkt 103 och där angiven rättspraxis).

794 Tribunalen understryker emellertid att utövandet av den obegränsade behörigheten inte är detsamma som en prövning ex officio och påpekar att förfarandet vid unionsdomstolarna är kontradiktoriskt. Förutom omständigheter som omfattas av tvingande rätt vilka unionsdomstolarna är skyldiga att behandla ex officio, såsom det angripna beslutets bristande motivering, ankommer det på sökanden att åberopa grunder och bevisning till stöd för sin talan mot nämnda beslut (dom KME Germany m.fl./kommissionen, punkt 789 ovan, EU:C:2011:810, punkt 104).

795 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som sökandenas argument ska prövas.

A – *Den första delgrunden*

796 Sökandena har gjort gällande att procentsatserna, i förhållande till hur allvarlig överträdelsen varit, vilka fastställts till 11 procent av försäljningsvärdet för de avtal som ingåtts med Merck (GUK), Alpharma och Ranbaxy och 10 procent för de avtal som ingåtts med Arrow är för höga. I det angripna beslutet beaktas nämligen inte den begränsade räckvidden av de begränsningar som de omtvistade avtalen innehåller vilken åtminstone delvis omfattas av tillämpningsområdet för Lundbecks patent. Lundbecks marknadsandel var lägre än 19 procent i de flesta EES-länderna och avtalens geografiska räckvidd borde ha inskränkts till de EES-länder där de generiska företagen hade realistiska förhoppningar om att träda in på marknaden.

797 Vidare beaktas inte i beslutet den omständigheten att de omtvistade avtalen inte var hemliga och att de innehöll klausuler som är klassiska i denna avtalstyp, vilket motiverar en lägre procentsats för överträdelsens allvar i överensstämmelse med kommissionens beslutspraxis. De omtvistade avtalen utgör inte heller något samordnat förfarande vilket för övrigt erkänns i det angripna beslutet. Tidigare har dock kommissionen, antingen inte ålagt några böter, ålagt mycket lägre böter eller fastställt en procentsats i förhållande till hur allvarlig överträdelsens var på en lägre nivå av skalan för denna typ av avtal som innehåller begränsningar men som inte utgör något samordnat förfarande. Beslutet är således felaktigt i den del det konstateras att de omtvistade avtalen utgör allvarliga överträdelser av artikel 101 FEUF. Proportionalitetsprincipen kräver tvärtom att svårighetsgraden fastställs i det aktuella fallet i den nedre delen av skalan.

798 Kommissionen har bestritt dessa argument.

799 I detta avseende ska det erinras om att enligt punkt 21 i 2006 års riktlinjer ska den andel av försäljningsvärdet som beaktas uppgå till högst 30 procent. I punkt 22 i riktlinjerna föreskrivs det att när kommissionen fastställer om den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas i ett visst fall ska ligga i nedre eller övre delen av denna skala, tar den hänsyn till en rad faktorer, bland annat överträdelsens art, de berörda parternas sammanlagda marknadsandel, överträdelsens geografiska omfattning och om överträdelsen har genomförts eller ej.

800 Först ska det framhållas att kommissionen helt riktigt kvalificerade de ifrågavarande överträdelserna i det aktuella fallet som ”allvarliga” i och med att det rörde sig om konkurrensbegränsningar genom syfte, vilkas skadliga karaktär för konkurrensen har styrkts och bestod i att betala konkurrenter för att de skulle hålla sig utanför marknaden under en bestämd period (skäl 1331 i det angripna beslutet).

801 Den omständigheten att vissa begränsningar som de omtvistade avtalen innehöll kunde befinna sig inom tillämpningsområdet för Lundbecks patent (såsom det angetts ovan i punkterna 335 och 569) är inte av den art att denna slutsats kan ifrågasättas, eftersom det endast rörde sig om en omständighet, bland andra, som kommissionen tog i beaktande för att fastställa att det förelåg en konkurrensbegränsning genom syfte i det aktuella fallet (punkt 354 ovan). Det har följaktligen ringa betydelse att dessa eventuellt också innehöll begränsningar som befann sig inom dessa patents tillämpningsområde, då såsom kommissionen slog fast i det angripna beslutet, det avgörande är att det vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks var osäkert huruvida de produkter som de generiska företagen räknade med att saluföra gjorde intrång i det ena eller det andra av Lundbecks patent, att patentens giltighet likaledes kunde ifrågasättas i domstol och att det var tack vare en betydande omvänd betalning som sökandena blev förvissade om att de generiska företagen inte skulle träda in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid (punkterna 363 och 429 ovan). I vart fall hade kommissionen rätt när den ansåg att en stor majoritet av de omtvistade avtalen innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent (se den sjätte grunden ovan).

802 Kommissionen fann därefter, utan att begå något fel, att Lundbeck innehade en mycket stor del av marknaden för den av de ifrågavarande överträdelserna berörda produkten på de geografiska marknader som påverkades av de omtvistade avtalen. Enligt vad som åtminstone framgår indirekt av det angripna beslutet, åtnjöt Lundbeck ett monopol vad gällde citalopram vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, eftersom företagets ursprungspatent för den aktiva farmaceutiska substansen citalopram just hade löpt ut och inget företag som saluförde generiska läkemedel ännu inte hade trätt in på marknaden. Om det dessutom antas att den relevanta marknaden var större och inbegrep samtliga antidepressiva läkemedel, påpekade kommissionen i skäl 215 i det angripna beslutet, att Lundbeck innehade en väsentlig del av denna marknad i de flesta EES-länder.

803 Kommissionen bedömde helt riktigt att överträdelserna i fråga hade en omfattande geografisk utbredning eftersom alla, med undantag för överträdelsen med Arrow, omfattade hela EES.

804 Tvärtemot vad sökandena har hävdat i detta hänseende, var kommissionen inte skyldig att sätta ned böterna för att endast beakta försäljningsvärdet i de länder där de generiska företagen hade kommit längre i sina förberedelser för att träda in på marknaden. I och med att det rörde sig om överträdelser genom syfte, då överträdelserna genom de omtvistade avtalen (med undantag för de avtal som ingåtts med Arrow) hade en geografisk räckvidd som sträckte sig över hela EES, hade kommissionen rätt att grunda sig på denna geografiska räckvidd utan att utföra en fördjupad prövning av de konkreta förutsättningarna för de generiska företagens inträde i varje EES-stat. Det är nämligen parterna i de omtvistade avtalen som har definierat dessa avtals geografiska räckvidd och således överträdelserna i fråga i det aktuella fallet genom att bestämma att dessa skulle täcka hela EES (med undantag för överträdelsen med Arrow).

805 Det är likaledes utan att begå något fel som kommissionen tog den omständigheten i beaktande att alla de omtvistade avtalen hade genomförts, vilket sökandena inte har bestritt, eftersom de generiska företagen inte trädde in på marknaden under de omtvistade avtalens giltighetstid, med undantag av Merck (GUK) före den andra förlängningen av GUK-avtalet för Förenade kungariket (punkterna 28, 131 och 399 ovan).

806 Mot bakgrund av alla dessa omständigheter ska det därför konstateras att kommissionen, när den fastställde den andel av försäljningsvärdet som skulle beaktas för att fastställa grundbeloppet för de böter som skulle påföras Lundbeck till 11 procent respektive 10 procent beroende på om den geografiska räckvidden hos de avtal som överträdelsen avsåg var hela EES eller ej, inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning. Mot bakgrund av det ovan anförda kan för övrigt procentsatserna i förhållande till hur allvarliga överträdelserna var, som ligger i den nedre delen av den skala som anges i punkt 21 i 2006 års riktlinjer, inte betraktas som oproportionerliga.

807 Sökandena har likaledes förgäves anfört att det faktum att avtalen inte var hemliga borde ha motiverat att kommissionen valde en lägre procentsats i förhållande till hur allvarliga överträdelserna var när den fastställde beloppet på de böter som ålades dem.

808 Detta bekräftas nämligen av punkt 23 i 2006 års riktlinjer där det anges att ”horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar, som i allmänhet är hemliga, hör till de mest allvarliga konkurrensbegränsningarna. EU:s konkurrenspolitik innebär att sådana överträdelser bestraffas hårt. I regel kommer därför den andel av försäljningsvärdet som skall beaktas vid sådana överträdelser att bestämmas i den övre delen av skalan”.

809 Det är emellertid tillräckligt att slå fast att kommissionen, även om de omtvistade avtalen inte alls var hemliga, när den fastställde den andel av försäljningen som skulle beaktas till 10 procent, respektive 11 procent i det aktuella fallet, inte lade sig i den övre delen av den skala som anges i punkt 21 i riktlinjerna, som fastställts till högst 30 procent av försäljningsvärdet.

810 Om kommissionen dessutom i vissa fall har kunnat anse att det inte var nödvändigt att ålägga böter eller att beakta en andel av försäljningsvärdet som låg längst ned på skalan för överträdelsens allvar, av diverse orsaker, ska det erinras om att enligt fast rättspraxis kan kommissionens tidigare beslutspraxis inte, i sig, tjäna som rättslig ram för böter i konkurrensärenden, i och med att denna uteslutande fastställs i förordning nr 1/2003 och i riktlinjerna. Beslut i andra ärenden är således enbart vägledande vid fastställande av om det är fråga om diskriminering, eftersom det är föga troligt att omständigheterna i dessa ärenden, såsom marknader, produkter, företag och aktuella perioder, är identiska (se, för ett liknande resonemang, dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkterna 260-262 och där angiven rättspraxis). I det aktuella målet kan dock de uppgifter om omständigheter i ärenden som angår tidigare beslut som sökandena har åberopat, exempelvis berörda marknader, produkter, länder, företag och perioder inte jämföras med dem i det aktuella målet. De nämnda besluten är därför inte relevanta med avseende på iakttagandet av likabehandlingsprincipen, i enlighet med ovannämnda rättspraxis.

811 Slutligen har sökandena felaktigt åberopat att proportionalitetsprincipen har åsidosatts i det aktuella fallet. Proportionalitetsprincipen innebär i detta sammanhang endast att kommissionen ska fastställa böterna i proportion till de kriterier som har beaktats vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var och att den då ska tillämpa dessa kriterier konsekvent och på ett sätt som är sakligt motiverat (se dom av den 27 september 2006, Jungbunzlauer/kommissionen, T-43/02, REG, EU:T:2006:270, punkt 228 och där angiven rättspraxis). Det framgår dock av skälen 1330–1333 i det angripna beslutet att kommissionen tillämpade de principer som fastställs i punkt 22 i 2006 års riktlinjer på ett konsekvent och objektivt sätt i det aktuella fallet.

812 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delgrunden.

B – *Den andra delgrunden*

813 Sökandena har gjort gällande att kommissionen hade fel när den i det angripna beslutet, i skäl 1335, underlät att fastställa att de påstådda överträdelserna hade pågått under en kortare tid. Denna varaktighet borde rymmas inom den period under vilken de generiska företagen faktiskt var beredda att träda in på marknaden, vilket krävde att de åtminstone förfogade över godkännanden för försäljning i de relevanta länderna. I Österrike exempelvis, hade patentet för den aktiva farmaceutiska substansen inte gått ut förrän i april 2003, så de överträdelser som begåtts tillsammans med GUK, Alpharma och Ranbaxy hade inte kunnat begränsa konkurrensen i Österrike före denna tidpunkt. Denna inställning liknar den som kommissionen hade i beslut C(2009) 5355 slutlig av den 8 juli 2009, om ett förfarande enligt artikel [101 FEUF] (Ärende COMP/39.401 – E.ON/GDF) (sammanfattat i EGT C 248, s 5) (nedan kallat beslut E.ON/GDF), i vilket endast perioden efter år 1998 togs i beaktande vid beräkningen av böterna.

814 Kommissionen har bestritt dessa argument.

815 Här ska det, i likhet med kommissionen, erinras om att ett sådant argument är detsamma som att förneka distinktionen mellan reell och potentiell konkurrens och den omständigheten att artikel 101 FEUF i lika hög grad skyddar den sistnämnda (punkt 99 ovan). Kommissionen har emellertid, vad angår alla de berörda generiska företagen, styrkt att dessa förfogade över verkliga och konkreta möjligheter att träda in på marknaden och att de således var Lundbecks potentiella konkurrenter vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (se den första grunden ovan).

816 Det mål som gav upphov till domen E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan (EU:T:2012:332) är inte till någon hjälp för sökandena. I det målet var, såsom dessa har tillstått, all konkurrens omöjlig även i avsaknad av det konkurrensbegränsande avtalet under en del av överträdelseperioden, därför att det inte fanns någon konkurrens på marknaden till följd av nationell lagstiftning som var tillämplig under denna period, vilket skapade en situation med faktiskt monopol. Det var för övrigt av detta skäl som kommissionens beslut delvis hade ogiltigförklarats av tribunalen i det målet, eftersom förekomsten av en konkurrensbegränsning på den tyska gasmarknaden inte hade kunnat styrkas under denna period (dom E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, punkt 98 ovan, EU:T:2012:332, punkterna 105 och 155). I det aktuella målet har däremot kommissionen i det angripna beslutet styrkt att konkurrensen hade begränsats på grund av de omtvistade avtalen, under hela dessas giltighetstid. Sökandena har inte visat att konkurrensen – även den potentiella – mellan dem och de generiska företagen, i avsaknad av de omtvistade avtalen, vare sig skulle ha varit omöjlig eller obefintlig, eller att dessa avtal inte alls hade begränsat konkurrensen.

817 Följaktligen kan talan inte vinna bifall vad avser den sjätte grunden.

C – Den tredje delgrunden

818 Sökandena anser att de inte borde ha påförts något tilläggsbelopp, ens för de avtal som de ingick med Arrow (se punkt 73 ovan), då de påstådda överträdelserna inte motsvarar något av de typfall som anges i 2006 års riktlinjer för vilka ett tilläggsbelopp rekommenderas (dessa fall är ”horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar”) och eftersom det inte behövdes någon förstärkt avskräckande verkan vad gällde överträdelser som låg tio år tillbaka i tiden och inte har upprepats.

819 Kommissionen har bestritt dessa argument.

820 Först och främst ska det erinras om att det i punkt 25 i 2006 års riktlinjer anges att ett tilläggsbelopp ska ingå i grundbeloppet för böterna. Punkt 25 har följande lydelse:

”Kommissionen [ska], oavsett varaktigheten av företagets överträdelse, höja grundbeloppet med ett belopp på mellan 15 % och 25 % av försäljningsvärdet … för att avskräcka företagen från att över huvud taget delta i horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar. Kommissionen kan lägga till ett sådant belopp även vid andra typer av överträdelser. När kommissionen fastställer om den andel av försäljningsvärdet som skall beaktas i ett visst fall skall ligga i nedre eller övre delen av denna skala, tar den hänsyn till en rad faktorer, särskilt de som anges i punkt 22 [det vill säga överträdelsens art, de berörda parternas sammanlagda marknadsandel, överträdelsens geografiska omfattning och om överträdelsen har genomförts eller ej].”

821 Sökandena har i korthet hävdat att kommissionen inte kunde inbegripa detta tilläggsbelopp i de böter som ålagts dem för att avskräcka dem, eftersom de påstådda överträdelserna inte överensstämde med något av de typfall angående vilka det i 2006 års riktlinjer rekommenderas att ett tilläggsbelopp ska tillämpas och eftersom överträdelserna, vilka ligger mer än tio år tillbaka i tiden, inte alls har upprepats.

822 Det ska emellertid erinras om att det övervakningsuppdrag som kommissionen tilldelats enligt unionsrätten på det konkurrensrättsliga området inbegriper såväl uppgiften att undersöka och bestraffa enskilda överträdelser som plikten att föra en allmän politik som syftar till att på konkurrensområdet tillämpa de principer som fastställts i fördraget och påverka företagens beteende i denna riktning. Härav följer att kommissionen ska se till att böterna har en avskräckande verkan (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 2014, Pilkington Group m.fl./kommissionen, T-72/09, EU:T:2014:1094, punkt 302 och där angiven rättspraxis).

823 Vidare avser bötesbeloppets avskräckande verkan inte enbart att hindra det berörda företaget från att begå nya överträdelser. Kommissionen har därför rätt att bestämma bötesbeloppet till en nivå som förstärker dess avskräckande verkan när förfaranden av ett visst slag fortfarande är relativt vanliga eller ska betraktas som allvarliga (se, dom Pilkington Group m.fl./kommissionen, punkt 822 ovan, EU:T:2014:1094, punkt 303 och där angiven rättspraxis).

824 Därefter har kommissionen hävdat att de i det aktuella målet omtvistade avtalen i hög grad liknar avtal om marknadsuppdelning eller produktionsbegränsningar som uttryckligen anges i punkt 25 i 2006 års riktlinjer (punkt 820 ovan). Enligt samma punkt i riktlinjerna är det i vart fall tillåtet för kommissionen att, i överensstämmelse med rättspraxis, tillämpa ett sådant tilläggsbelopp för att säkerställa att bötesbeloppet har en avskräckande verkan vad gäller andra typer av överträdelser.

825 Det är följaktligen möjligt att dra slutsatsen att kommissionen varken har överskridit det utrymme för skönsmässig bedömning som det förfogar över på området för böter eller har åsidosatt 2006 års riktlinjer genom att tillämpa ett tilläggsbelopp på 10 procent av det årliga försäljningsvärdet för den första överträdelse som begicks tillsammans med Arrow, i syfte att säkerställa att de böter som ålagts sökandena var tillräckligt avskräckande (skäl 1340 i det angripna beslutet).

826 Talan kan följaktligen inte bifallas såvitt avser den tredje delgrunden.

D – *Den fjärde delgrunden*

827 Sökandena anser att det var felaktigt av kommissionen att vägra att bevilja Lundbeck förmånen av en förmildrande omständighet med hänsyn till att företaget hade hyst rimliga tvivel om huruvida dess begränsande agerande innebar en överträdelse. Argumentet i det angripna beslutet enligt vilket den förmildrande omständighet som bygger på rimliga tvivel om att det rörde sig om en överträdelse inte finns kvar i 2006 års riktlinjer (skäl 1343 i det angripna beslutet), utgör inte ett giltigt skäl att inte tillämpa den. Det har, såväl i riktlinjerna som av tribunalen, slagits fast att förteckningen över förmildrande omständigheter inte är uttömmande. Dessutom framgår det klart av KFST:s skriftväxling med kommissionen att det enligt den sistnämnda inte var klart vid den tiden vilket rättsligt kriterium som skulle tillämpas på de omtvistade avtalen och således kunde det inte heller vara det för Lundbeck.

828 Sökandena har sedan påstått att de omotiverat hade berövats förmånen av den förmildrande omständigheten att de påstådda överträdelserna hade begåtts på grund av oaktsamhet, trots att de hade ingått de omtvistade avtalen i god tro för att förhindra intrång i sina patent från de generiska företagens sida, och inskränkt dessa avtals räckvidd till enbart sådana produkter som gjorde intrång i dessa patent. Sökandena hade på intet sätt försökt hålla dem hemliga, vilket de skulle ha gjort om de hade haft för avsikt att överträda unionens konkurrensrätt.

829 Kommissionen har bestritt dessa argument.

830 Det ska först, i likhet med sökandena, framhållas att den omständigheten att det föreligger rimliga tvivel om att det rör sig om en överträdelse som inte längre anges bland de förmildrande omständigheter som uttryckligen nämns i 2006 års riktlinjer, inte är tillräcklig för att kommissionen automatiskt ska förkasta dess tillämpning som förmildrande omständighet. Rättspraxis har nämligen i detta hänseende preciserat att i avsaknad av en tvingande angivelse i riktlinjerna vad gäller förmildrande omständigheter som kan beaktas, har kommissionen behållit ett visst utrymme för att skönsmässigt göra en helhetsbedömning av betydelsen av en eventuell minskning av bötesbeloppet på grund av förmildrande omständigheter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 2004, Dalmine/kommissionen, punkt 380 ovan, EU:T:2004:220, punkt 326 och där angiven rättspraxis).

831 Den omständigheten att ett beslut av kommissionen utgör den första tillämpningen av konkurrensreglerna i en given ekonomisk sektor kan dock inte betecknas som förmildrande om den som gjort sig skyldig till överträdelsen visste, eller inte kunde undgå att veta, att hans beteende kunde medföra en konkurrensbegränsning på marknaden och skapa problem i konkurrensrättsligt hänseende (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 mars 2011, World Wide Tobacco España/kommissionen, T-37/05, EU:T:2011:76, punkt 160).

832 I det aktuella fallet kunde sökandena dock inte vara ovetande om att de omtvistade avtalen möjligen utgjorde en överträdelse av artikel 101 FEUF. Avtalen syftade nämligen till att, mot betalning, utestänga potentiella konkurrenter från marknaden under dess giltighetstid, vilket tillhör en de allvarliga överträdelser som uttryckligen nämns i artikel 101.1 FEUF.

833 Dessutom framgår det av det angripna beslutet att Lundbeck var medvetet om att avtalen potentiellt utgjorde överträdelser (se punkt 776 ovan).

834 Vad vidare gäller KFST:s kommunikéer som sökandena har åberopat, kan det erinras om att artikel 101 FEUF ska tolkas på så sätt att ett företag som åsidosatt denna bestämmelse inte kan undgå att åläggas böter när nämnda överträdelse har sin grund i att företaget missbedömt rättsenligheten i sitt agerande till följd av innehållet i en advokats juridiska rådgivning eller i ett beslut från den nationella

konkurrensmyndigheten (dom Schenker & Co. m.fl., punkt 748 ovan, EU:C:2013:404, punkt 43). I det aktuella fallet preciseras det i dessa kommunikéer, långt ifrån att tillämpligheten av artikel 101 FEUF på de omtvistade avtalen skulle vara oviss, att de omtvistade avtalen kunde påverka konkurrensen om det visade sig att Lundbeck hade betalat konkurrenter för att hålla sig utanför marknaden.

835 Tribunalen antar att det i vart fall hade kunnat föreligga rimliga tvivel, vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks, om hur de omständigheter hängde ihop som skulle tas i beaktande för att fastställa att det rörde sig om en konkurrensbegränsning genom syfte i det aktuella fallet. I ett sammanhang där sökandena innehade metodpatent som kunde utgöra hinder för de generiska företagens inträde på marknaden, kunde det dock inte vid denna tidpunkt finnas något tvivel om att sådana avtal som dem i det aktuella fallet, vilka hade till syfte att potentiella konkurrenter skulle få betalt för att hålla sig utanför marknaden under en bestämd period, inte kunde vara förenliga med artikel 101.1 FEUF. Avtalen underlättade nämligen på intet sätt generikas inträde på marknaden, inte ens efter det att de löpt ut, och i realiteten möjliggjorde de inte en lösning av den bakomliggande patenttvisten parterna emellan (punkterna 475 och 497 ovan).

836 Dessutom innehöll, såsom det har fastställts i samband med den sjätte grunden ovan, de omtvistade avtalen, med undantag av GUK-avtalet för Förenade kungariket, begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent, så att även om kriteriet patentets tillämpningsområde vilket sökandena har föreslagit, hade varit det relevanta rättsliga kriteriet för att bedöma huruvida avtalen var lagenliga med avseende på artikel 101.1 FEUF, skulle de omtvistade avtalen inte ha uppfyllt detta kriterium och de skulle likafullt ha utgjort konkurrensbegränsningar genom syfte i den mening som avses i denna bestämmelse. Vad angår GUK-avtalet för Förenade kungariket, ska det framhållas att detta tillsammans med GUK-avtalet för EES, är en del av en enda fortlöpande överträdelse som begåtts av Lundbeck och Merck (GUK). Såsom har angetts ovan har emellertid kommissionen lyckats styrka att GUK-avtalet för EES innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent.

837 Därefter har sökandena gjort gällande att överträdelserna i fråga i det aktuella fallet begicks av oaktsamhet, vilket också utgör en förmildrande omständighet som motiverar en nedsättning av bötesbeloppet.

838 Det preciseras i punkt 29 i 2006 års riktlinjer att grundbeloppet för böterna kan sänkas om kommissionen konstaterar att det finns förmildrande omständigheter, till exempel när det berörda företaget kan visa att överträdelsen har begåtts av oaktsamhet.

839 I det aktuella målet ska det emellertid erinras om att de omtvistade avtalen ingicks med avsikt av sökandena och att de var en del av en medveten strategi för att undvika ett potentiellt omedelbart inträde av generika på marknaden (punkterna 126 och 528 ovan).

840 Sökandenas argument har nämligen på nytt grundats på premissen att de omtvistade avtalen endast förhindrade tillträdet till marknaden för generiska produkter som potentiellt gjorde intrång i deras patent. Såsom har visats ovan, inom ramen för den sjätte grunden, var emellertid så inte fallet. Det förelåg i vart fall ovisshet om huruvida Lundbecks patent var giltiga och om de skulle bli föremål för intrång av produkter som de generiska företagen hade för avsikt att saluföra vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks (se den andra grunden ovan). Denna osäkerhet undanröjdes genom avtalen. Sökandena har således felaktigt gjort gällande att överträdelserna begicks av oaktsamhet i det aktuella fallet och att kommissionen borde ha beviljat dem förmånen av denna förmildrande omständighet.

841 Om det sedan antas att överträdelserna hade begåtts av oaktsamhet i det aktuella fallet, var kommissionen inte skyldig att av det skälet medge sökandena en sänkning av bötesbeloppet. Såsom ordalydelsen i punkt 29 i 2006 års riktlinjer bekräftar, förfogar kommissionen över ett utrymme för skönsmässig bedömning, med beaktande av alla omständigheter i det särskilda fallet. De omständigheter som räknas upp i riktlinjerna är ju med säkerhet sådana som kommissionen kan ta i

beaktande i ett givet fall. Den är dock inte skyldig att, när ett företag lägger fram uppgifter som kan tyda på att en av dessa omständigheter föreligger, automatiskt medge en ytterligare nedsättning härför, utan att göra en samlad analys. Huruvida en eventuell nedsättning av bötesbeloppet med hänsyn till förmildrande omständigheter är adekvat ska bedömas övergripande med beaktande av alla omständigheter som är relevanta i det enskilda fallet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 2013, Caffaro/kommissionen, C-447/11 P, EU:C:2013:797, punkt 103).

842 Mot bakgrund av alla omständigheter i det aktuella målet och på grund av att kommissionen beaktade den tid som förfarandet varade för att avtala om en nedsättning med 10 procent av de böter som påförts sökandena, finner tribunalen med utövande av sin obegränsade behörighet som den tillerkänns genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, i enlighet med artikel 261 FEUF (punkt 793 ovan), att det inte finns anledning att bevilja förmånen av förmildrande omständigheter i det aktuella målet och att det bötesbelopp som ålagts sökandena i det angripna beslutet ska fastställas.

843 Vad särskilt angår GUK-avtalet för Förenade kungariket, bör det understrykas att även om det i samband med den sjätte grunden har angetts att kommissionen inte hade lyckats styrka i det angripna beslutet, att detta avtal innehöll begränsningar som gick utöver tillämpningsområdet för Lundbecks patent, befanns den anmärkningen vara verkningslös av ovan i punkterna 539 och 570–577 angivna skäl. Tribunalen finner följaktligen, att sökandena inte ska beviljas någon nedsättning av böterna på denna punkt.

844 Talan kan därför inte bifallas vad avser den fjärde delgrunden eller den tionde delgrunden.

845 Då det inte finns fog för någon av de grunder som sökandena har anfört till stöd för sin begäran om ogiltigförklaring av det angripna beslutet och ingen av dem är verkningsfull samt prövningen av de argument som sökandena åberopat till stöd för sin ansökan om ändring av bötesbeloppet inte har gjort det möjligt att upptäcka några olämpliga beståndsdelar i den beräkning av böterna som kommissionen utförde, ska talan ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

846 Enligt artikel 134 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet ska kommissionens yrkande bifallas.

847 I enlighet med artikel 138.3 i rättegångsreglerna och eftersom kommissionen har yrkat detta ska intervenienten bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (nionde avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

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

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

Berardis Czúcz Popescu

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 september 2016.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten 2

I – De bolag som berörs av det aktuella målet 2

II – Den berörda produkten och de patent som avser den. 3

III – De omtvistade avtalen 4

A – Avtalen med Merck (GUK) 4

B – Avtalen med Arrow 5

C – Avtalet med Alpharma 8

D – Avtalet med Ranbaxy 9

IV – Kommissionens agerande i den farmaceutiska sektorn och det administrativa förfarandet 10

V – Det angripna beslutet 11

Förfarandet och parternas yrkanden 15

Rättslig bedömning 16

I – Den första grunden: Flera fall av felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning såvitt det i det angripna beslutet anses att de generiska företagen och Lundbeck åtminstone var potentiella konkurrenter vid tidpunkten för de omtvistade avtalens ingående. 16

A – Analysen av den potentiella konkurrensen i det angripna beslutet 16

B – Principer och rättspraxis som ska tillämpas 18

1.1. Begreppet potentiell konkurrens 18

2.2. Bevisbördan 19

3.3. Räckvidden av tribunalens prövning 20

C – Den första delgrunden: Lanseringen av läkemedel som gör intrång i tredje parts patenträttigheter är inte ett uttryck för potentiell konkurrens enligt artikel 101 FEUF .. 21

D – Den andra delgrunden: Kommissionen lade subjektiva bedömningar till grund för slutsatsen att de generiska företagen var verkliga eller potentiella konkurrenter till Lundbeck 23

E – Den tredje delgrunden: Bestridandet av ett giltigt patent innebär inte en verklig och konkret möjlighet att träda in på marknaden 25

F – Den fjärde delgrunden: Avsaknaden av godkännande för försäljning förhindrar uppkomsten av verklig eller potentiell konkurrens 29

G – Den femte delgrunden: De generiska företagen hade inte kunnat få tillgång till andra metoder eller kunnat vända sig till andra tillverkare av den aktiva farmaceutiska substansen under de omtvistade avtalens giltighetstid 31

H – Den sjätte delgrunden: Avsaknad av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Merck (GUK) vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks 35

1. Situationen i Förenade kungariket 36

2. Situationen i EES 38

I – Den sjunde delgrunden: Avsaknaden av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Arrow vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks 40

1. Situationen i Förenade kungariket 41

2. Situationen i Danmark 44

J – Den åttonde delgrunden: Avsaknaden av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Alpharma vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks 44

K – Den nionde delgrunden: Avsaknad av potentiell konkurrens mellan Lundbeck och Ranbaxy vid den tidpunkt då de omtvistade avtalen ingicks 47

II – Den andra, den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte grunden huvudsakligen angående ett åsidosättande av artikel 101.1 FEUF. 52

A – Bedömningen i det angripna beslutet av huruvida det rörde sig om konkurrensbegränsning genom syfte 52

B – Principer och rättspraxis som ska tillämpas 53

C – Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning, faktiskt fel och bristfällig motivering vid bedömningen av värdeöverföringarnas roll i de omtvistade avtalen 54

1. Den första delgrunden 54

2. Den andra delgrunden 62

3. Den tredje delgrunden 64

D – Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning vad gäller principerna för bedömning av det konkurrensbegränsande syftet 66

1. Den första delgrunden 66

2. Den andra delgrunden 70

3. Den tredje delgrunden 70

4. Den fjärde delgrunden 73

E – Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning och bristfällig motivering i samband med avvisandet av kriteriet patentets tillämpningsområde som väsentlig norm för bedömning av uppgörelser i godo angående patent inom ramen för artikel 101.1 FEUF 75

1. Den första delgrunden 75

2. Den andra delgrunden ... 78

F – Den femte grunden: Uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna, åsidosättande av omsorgsplikten och bristfällig motivering såtillvida att Lundbecks agerande har betraktats som en fientlig övergripande strategi riktad mot generikas inträde och som relevant för bedömningen av de omtvistade avtalen med avseende på artikel 101.1 FEUF ... 80

G – Den sjätte grunden: Uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna såvitt det slås fast i det angripna beslutet att de omtvistade avtalen medförde begränsningar som gick utöver dem som var förbundna med utövandet av de rättigheter som Lundbeck hade enligt sina patent ... 83

1. GUK-avtalet för Förenade kungariket ... 84

2. GUK-avtalet för EES ... 89

3. Arrow UK-avtalet ... 92

4. Det danska Arrow-avtalet ... 97

5. Alpharma-avtalet ... 98

6. Ranbaxy-avtalet ... 102

III – Den sjunde grunden. Uppenbart oriktig bedömning såvitt effektivitetsvinsterna med de omtvistade avtalen inte utvärderades på ett korrekt sätt ... 105

IV – Den åttonde grunden: Åsidosättande av rätten till försvar ... 107

A – Den första delgrunden ... 107

B – Den andra delgrunden ... 110

V – Den nionde grunden: I andra hand utgör den omständigheten att Lundbeck påfördes böter felaktig rättstillämpning ... 112

A – Den första delgrunden ... 113

B – Den andra delgrunden ... 115

VI – VI – Den tionde grunden: Angående, i sista hand, felaktig rättstillämpning och faktiska fel vid beräkningen av böterna ... 116

A – Den första delgrunden ... 117

B – Den andra delgrunden ... 120

C – Den tredje delgrunden ... 121

D – Den fjärde delgrunden ... 122

Rättegångskostnader ... 124