Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. WATHELET
представено на 17 март 2016 година[1]

Дело C-567/14

Genentech Inc.
срещу
Hoechst GmbH, по-рано Hoechst AG
Sanofi-Aventis Deutschland GmbH

(Преюдициално запитване, отправено от Cour d'appel de Paris (Франция)

„Преюдициално запитване — Иск за отмяна на арбитражно решение — Конкуренция — Член 101 ДФЕС — Картел — Договор за неизключителна лицензия за патенти — Обявяване на патентите за недействителни — Липса на нарушение — Последици — Задължение за заплащане на възнаграждение“

I – **Въведение**

1. Настоящото преюдициално запитване се отнася до тълкуването на член 101 ДФЕС. Cour d'appel de Paris (Апелативен съд, Париж) иска по-специално да установи дали този член допуска задължението на лицензополучателя по договор за лицензия на патент да заплаща възнаграждения за целия срок на действие на договора до неговото прекратяване въпреки липсата на нарушение или обявяването на недействителността на патента или патентите, за които е предоставена лицензията.

2. Запитването е отправено в рамките на производство по иск за отмяна на арбитражни решения, предявен от Genentech Inc., учредено по правото на щата Делауер (САЩ) дружество (наричано по-нататък „Genentech“), срещу Hoechst GmbH, по-рано Hoechst AG (наричано по-нататък „Hoechst“), и Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (наричано по-нататък „Sanofi-Aventis“), дружества по германското право.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

II – **Правна уредба**

A– *Правото на Съюза*

3. Член 101 ДФЕС предвижда:

„1. Забраняват се като несъвместими с вътрешния пазар всички споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия и съгласувани практики, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на общия пазар, и в частност такива, които:

а) пряко или косвено определят покупни или продажни цени или други условия на търговията;

б) ограничават или контролират производството, пазарите, технологичното развитие или инвестициите;

в) осъществяват подялба на пазари или на доставчици;

г) прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставят при сравнително по-неблагоприятни условия;

д) поставят сключването на договорите в зависимост от приемането на допълнителни задължения, които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на тези договори.

2. Всички споразумения или решения, които са забранени в съответствие с настоящия член, са нищожни.

3. Разпоредбите на параграф 1 могат да бъдат обявени за неприложими по отношение на:

— всяко споразумение или определен вид споразумения между предприятия;

— всяко решение или определен вид решения на сдружения на предприятия;

— всяка съгласувана практика или определен вид съгласувани практики,

които допринасят за подобряване на производството или разпространението на стоки или за развитието на техническия или икономическия прогрес, като при това предоставят на потребителите справедлив дял от получените ползи, без:

а) да налагат на участващите предприятия ограничения, които не са абсолютно необходими за постигането на тези цели;

б) да дават възможност на такива предприятия да елиминират конкуренцията по отношение на съществена част от съответните стоки“.

Б– *Френското право*

4. Член 1518 от Code de procédure civile (Граждански процесуален кодекс) предвижда:

„Срещу постановено във Франция решение по международен арбитраж може да се предявява само иск за отмяна“.

5. Член 1520 от Code de procédure civile гласи:

„Иск за отмяна може да се предявява само на някое от следните основания:

1° Арбитражният съд неправилно е приел, че е компетентен или не е компетентен, или

2° При образуването на арбитражния съд са били допуснати нередовности, или

3° Арбитражният съд се е произнесъл в разрез с възложените му задачи, или

4° Не е бил спазен принципът на състезателност, или

5° Признаването или изпълнението на решението противоречи на международния обществен ред“.

III – **Обстоятелствата в главното производство и преюдициалният въпрос**

6. На 6 август 1992 г. дружеството по германското право Behringwerke AG (наричано по-нататък „Beringwerke“)[2] предоставя на Genentech неизключителна световна лицензия (наричана по-нататък „лицензионното споразумение“) за използване на активатор на човешкия цитомегаловирус (HCMV), който позволява увеличаване на ефикасността на клетъчния процес, използван за производството на протеини (наричан по-нататък „активаторът“). Тази технология е патентована с европейски патент № EP 0173 177 53, издаден на 22 април 1992 г. (наричан по-нататък „патент EP 177“), както и с два патента, издадени в САЩ съответно на 15 декември 1998 г. и на 17 април 2001 г. (наричани по-нататък „патент US 522“ и „патент US 140“). На 12 януари 1999 г. Европейското патентно ведомство (ЕПВ) обявява патент EP 177 за недействителен.

7. Приложимо за лицензионното споразумение е германското право.

8. Член 3.1 от лицензионното споразумение предвижда, че като насрещна престация за правото да използва активатора Genentech се задължава да плати:

— еднократно възнаграждение от 20 000 DEM (германски марки) (около 10 225 EUR) за разходите по издаване на лиценза,

— фиксирано годишно възнаграждение от 20 000 DEM (около 10 225 EUR) за изследователски цели,

2 — Впоследствие Behringwerke прехвърля правата си на Hoechst. От юли 2005 г. Hoechst е дъщерно дружество на Sanofi-Aventis, като последното притежава 100 % от неговия капитал.

— т.нар. „текущо“ възнаграждение в размер на 0,5 % от стойността на продажбите на „крайните продукти“ [3] (наричано по-нататък „текущото възнаграждение“).

9. Genentech е платило еднократното възнаграждение и годишното възнаграждение, но никога не е плащало текущо възнаграждение.

10. На 30 юни 2008 г. Hoechst и Sanofi-Aventis отправят до Genentech запитване относно крайните продукти, при които са използвани патентованите материали и процеси, за които се дължат текущи възнаграждения.

11. С писмо от 27 август 2008 г. Genentech уведомява Hoechst и Sanofi-Aventis, че прекратява лицензионното споразумение, като прекратяването поражда действие два месеца по-късно [4].

12. На 24 октомври 2008 г., тъй като считат, че при производството на Rituxan® [5] и други лекарства Genentech е използвало активатора за рекомбинантен синтез на протеини, без да заплаща текущи възнаграждения върху продажбата на всички тези лекарствени продукти, и по този начин е нарушило лицензионното споразумение, в съответствие с арбитражната клауза по член 11 от лицензионното споразумение Hoechst и Sanofi-Aventis подават искане за арбитраж срещу Genentech пред Cour internationale d’arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (Международен арбитражен съд към Международната търговска камара) (CCI), по което е образувано дело № 15900/JHN/GFG.

13. На 27 октомври 2008 г. Hoechst и Sanofi-Aventis сезират United States District Court for the Eastern District of Texas (Федерален съд на Източен Тексас, САЩ) с жалба за нарушение на патенти US 522 и US 140 от Genentech и Biogen (по-рано Biogen Idec). В същия ден последните подават иск за обявяване на недействителността на тези патенти пред United States District Court for the Northern District of California (Федерален съд на Северна Калифорния, САЩ).

14. Двете производства са съединени за общо разглеждане от United States District Court for the Northern District of California (Федерален съд на Северна Калифорния).

15. На 11 март 2011 г. United States District Court for the Northern District of California (Федерален съд на Северна Калифорния) приема по същество, че няма нарушение на разглежданите патенти, и отхвърля иска за обявяване на недействителността на патентите, тъй като смята, че Genentech не е доказало твърденията си в достатъчна степен. Това решение е потвърдено на 22 март 2012 г. от United States Court of Appeals for the Federal Circuit (Федерален апелативен съд на САЩ) и е влязло в сила.

3 — Понятие, чието определение в лицензионното споразумение е „стоките, които могат да се търгуват и включват произведен по лиценз продукт, продавани под форма, която позволява да бъдат предписвани на пациентите с терапевтична цел или използвани в процедура за диагностика, и които нямат за цел и не се търгуват с цел да бъдат преработени, третирани, преопаковани или преетикетирани преди използването им“. Съгласно това споразумение понятието „произведен по лиценз продукт“ означава „материали (включително организмите), с чието производство, използване или продажба, ако не съществуваше настоящото споразумение, биха се нарушили една или няколко патентни претенции с неизтекъл срок, включени в свързаните с лицензираните патенти права“.

4 — Член 8, параграф 3 от лицензионното споразумение предвижда, че „[л]ицензополучателят може да прекрати настоящото споразумение и предоставените с него лицензии с отправено до Behringwerke двумесечно предизвестие, ако реши да преустанови използването на предоставените с тях лицензионни права“.

5 — Активното вещество на Rituxan® е ритуксимаб. Този лекарствен продукт се продава от 1998 г. в САЩ с търговско наименование Rituxan®, а в Европейския съюз като MabThera®. От отговорите на Genentech, Hoechst и Sanofi-Aventis на поставените от Съда писмени въпроси се установява, че разглежданите в настоящото дело арбитражни решения се отнасят до световните продажби на Rituxan®, включително продажбите на този лекарствен продукт под наименованието MabThera®.

16. С третото частично решение от 5 септември 2012 г. (наричано по-нататък „третото частично решение“)[6] избраният от страните арбитър, който действа еднолично като арбитражен съд, приема[7], че Genentech е произвеждало Rituxan®, като е използвало активатора, „патентован за определен период от време, неоснователно или основателно, с [патент EP 177] и по-късно с [патенти US 522 и US 140] […]“[8], и въз основа на това приема, че за Genentech е налице задължение да заплати текущи възнаграждения на Hoechst и Sanofi-Aventis върху продажбите на Rituxan® и продуктите със същите свойства[9].

17. Арбитърът приема, че първоначално Genentech е искало да ползва активатора, без да бъде считано за нарушител[10], което обяснява лицензионното споразумение. Според арбитъра от това следва, че търговският предмет на лицензионното споразумение[11] е избягване на всякакви спорове относно действителността на патенти US 522 и US 140 за срока на действие на лицензионното споразумение[12]. Според арбитъра „такова „примирие“ не може да трае вечно, тъй като [лицензионното споразумение е трябвало] да бъде прекратено в относително кратък срок от една от страните […]“[13].

18. Арбитърът смята, че след регистрацията на патента получената лицензия за използването на патента е можела да даде спокойствие на лицензополучател като Genentech, за разлика от трето лице, което е можело да се откаже да конкурира лицензополучателя. Затова той счита, че с оглед на лицензионното споразумение регистрацията на патентите е относимо съображение, за да се приеме наличието на търговски мотив за сключване на разглежданото споразумение, въпреки че въпросът за тяхната действителност не е такова съображение. В това отношение арбитърът изтъква, че патентен спор би могъл да трае години, както показват успоредните производства в САЩ, и да доведе до значителни разходи[14]. Следователно дружество като Genentech е имало интерес от сключването на такова споразумение.

19. Затова арбитърът приема, че извършените или дължимите съгласно лицензионното споразумение плащания не могат да се търсят обратно, съответно продължават да се дължат, в случай че патентът бъде обявен за недействителен или не е нарушен от дейността на лицензополучателя[15]. Като се има предвид, че търговският предмет на лицензионното споразумение е да се избегнат всякакви патентни спорове, арбитърът заключава, че крайният резултат от патентната процедура, в случай на обявяване на патента за недействителен, не задължава лицензодателя да възстанови получените възнаграждения, нито освобождава лицензополучателя от задължението му да плати тези възнаграждения, когато, както Genentech, не ги е заплатил.

6 — Оригиналът на третото частично решение е на английски език. Genentech прилага към преписката пред запитващата юрисдикция и пред Съда „свободен“ превод на френски език, който ще бъде ползван в настоящото заключение.

7 — Вж. точки 322—330 от третото частично решение.

8 — Вж. точка 326 от третото частично решение.

9 — Вж. точка 114 от третото частично решение.

10 — Вж. точка 299 от третото частично решение.

11 — Арбитърът приема, че съгласно германското право, приложимо за лицензионното споразумение, договорите трябва да се тълкуват не само с оглед на техните клаузи, но и с оглед на техния произход, систематичен контекст и търговски предмет (вж. в този смисъл т. 255 от третото частично решение). Той заключава, че търговските мотиви, довели страните до сключване на лицензионното споразумение, се коренят в обстоятелството, че към момента на подписването на споразумението Behringwerke е имало патентовано изобретение (а именно патент EP 177), от което Genentech е искало да се ползва с търговска цел, без да носи риска от нарушаване на патента (вж. в този смисъл т. 258 от третото частично решение). Според арбитъра въпросът за действителността на патента е ирелевантен съгласно германското право, което признава договореното в лицензионно споразумение право на възнаграждение дори когато съответният патент в крайна сметка е обявен за недействителен. Той постановява, че съгласно германското право определено лице може да предостави лицензия и върху изобретение, което не е патентовано или не е патентоспособно (вж. в този смисъл т. 292 от третото частично решение).

12 — Вж. в този смисъл точка 307 от третото частично решение.

13 — Вж. точка 308 от третото частично решение.

14 — Вж. точка 313 от третото частично решение.

15 — Вж. точка 314 от третото частично решение.

20. По тези съображения арбитърът приема, че съгласно лицензионното споразумение Genentech е длъжно да плати на Hoechst и Sanofi-Aventis текущи възнаграждения върху продажбите на Rituxan®, произведен в периода от 15 декември 1998 г. (датата на издаване на патент US 522) до 28 октомври 2008 г. (датата на прекратяване на лицензионното споразумение) [16].

21. Освен това той осъжда Genentech да плати на Hoechst и Sanofi-Aventis 391 420,36 EUR и 293 565,27 USD (щатски долари) (около 260 000 EUR) за разходите им за процесуално представителство за периода от 9 юни 2011 г. до 5 септември 2012 г.

22. На последно място, арбитърът не се произнася по въпроса за изчисляването на размера на дължимите възнаграждения, разноските по арбитражното производство и останалите разходи за процесуално представителство, като го оставя за окончателното решение.

23. На 25 февруари 2013 г. арбитърът постановява окончателното решение, с което осъжда Genentech да заплати на Hoechst 108 322 850 EUR заедно с проста лихва като обезщетение за вреди, 211 250 EUR за разноските по арбитражното производство, 634 649,88 EUR и 555 907,23 USD (около 490 778 EUR) за разходите за процесуално представителство [17].

24. В точка 219 от окончателното решение арбитърът отбелязва, че в производството Genentech е претендирало късно, че „усилията на Hoechst да тълкува [лицензионното споразумение] по начин, който да му позволи да получи текущите възнаграждения, без да го интересува дали продуктите, за които се предполага, че са произведени по лиценз, са обхванати от патентите по лицензията, нарушават *антитръстовата правна уредба на Европейския съюз*“.

25. В това отношение арбитърът смята, че „Genentech не е уточнило *по какъв начин* би било нарушено [правото на Съюза в областта на конкуренцията] […] ако то загуби в настоящото арбитражно производство. Германският закон за лицензиите позволява лицензионни договори с цел използване на непатентовано ноу-хау и може да предвиди възнаграждения за такова използване. Това не може да бъде променено, като се твърди — без да се излагат повече доводи — че тази лицензия нарушава [правото на Съюза в областта на конкуренцията]“ [18].

26. Genentech сезира Cour d’appel de Paris с иск за отмяна на третото частично решение, окончателното решение и допълнителния акт на основание членове 1518 и 1520 от Code de procédure civile.

27. С определение от 3 октомври 2013 г. Cour d’appel de Paris отхвърля молбата на Genentech за съединяване на производствата по исковете срещу третото частично решение, окончателното решение и допълнителния акт.

28. В рамките на производството по иска за отмяна на третото частично решение Cour d’appel de Paris си поставя въпроса за съвместимостта на лицензионното споразумение с член 101 ДФЕС. Той изтъква, че съгласно приетото от арбитъра, докато е действало споразумението, лицензополучателят е бил длъжен да плаща договорените възнаграждения, въпреки че обявяването на недействителността на патента или патентите има обратно действие. Cour d’appel de Paris се пита дали такъв договор противоречи на разпоредбите на член 101 ДФЕС, доколкото задължава лицензополучателя да заплаща възнаграждения на вече отпаднало основание поради обявяването на недействителността на патента или патентите, с които са свързани предоставените права, и го поставя в „сравнително по-неблагоприятни условия“.

16 — В този смисъл вж. точка 161 и точка 1 от диспозитива на третото частично решение.

17 — Тези размери не са изменени с решението и допълнителния акт към окончателното решение, които са постановени на 25 февруари 2013 г. и се отнасят до изчисляването на дължимите от Genentech на Hoechst лихви (наричан по-нататък „допълнителният акт“).

18 — Вж. точка 222 от окончателното решение.

29. При тези обстоятелства Cour d'appel de Paris решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли разпоредбите на член 101 ДФЕС да се тълкуват в смисъл, че не допускат в случай на обявяване на патенти за недействителни да се признае действието на лицензионен договор, съгласно който лицензополучателят е длъжен да плаща възнаграждение само за използването на правата, свързани с лицензираните патенти?".

30. С определение от 18 ноември 2015 г. Cour de cassation (Касационен съд, Франция) обявява за недопустима жалбата на Hoechst и Sanofi-Aventis срещу решението на Cour d'appel de Paris от 23 септември 2014 г. да отправи преюдициално запитване до Съда.

IV – **Производството пред Съда**

31. Настоящото преюдициално запитване е постъпило в секретариата на Съда на 9 декември 2014 г. Писмени становища представят Genentech, Hoechst и Sanofi-Aventis, правителствата на Франция, Испания и Нидерландия, както и Европейската комисия.

32. На основание член 61, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда страните са поканени да отговорят писмено на въпросите на Съда, което те са направили на 18 декември 2015 г.

33. На 20 януари 2016 г. е проведено съдебно заседание, на което Genentech, Hoechst и Sanofi-Aventis, правителствата на Франция и на Испания и Комисията са представили устни становища.

V – **Анализ**

A– *По допустимостта*

1. По връзката на поставения въпрос с действителността на спора в главното производство

34. Hoechst, Sanofi-Aventis и френското правителство считат, че преюдициалният въпрос се основава на погрешно фактическо предположение. Всъщност, макар той да се отнасял до съвместимостта на лицензионното споразумение с член 101 ДФЕС „в случай на обявяване *на патенти* за недействителни"[19], на 12 януари 1999 г. бил обявен за недействителен единствено патент EP 177, но не и патенти US 522 и US 140[20]. Следователно преюдициалният въпрос бил лишен от предмет и трябвало да бъде обявен за недопустим.

35. Според мен обстоятелството, че във въпроса на запитващата юрисдикция се посочва обявяването на недействителността на „патенти" (в множествено число), макар да е обявен за недействителен само един патент, не означава, че преюдициалното запитване се основава на погрешно фактическо предположение.

36. Всъщност от преюдициалното запитване ясно следва, че запитващата юрисдикция напълно съзнава обстоятелството, че патенти US 522 и US 140 не са били обявени за недействителни.

19 — Курсивът е мой.

20 — Вж. точка 6 от настоящото заключение.

37. В това отношение на страница 2 от преюдициалното запитване запитващата юрисдикция посочва, че за технологията, предмет на лицензионното споразумение, „са издадени редица патенти, от една страна, на 22 април 1992 г. е издаден европейски патент [EP 177], *впоследствие обявен за недействителен* на 12 януари 1999 г. от ЕПВ, тъй като изобретението не е ново, от друга страна, на 15 декември 1998 г. е издаден […] патент [US 522], и накрая, на 17 април 2001 г. е издаден […] патент [US 140]“ [21]. Запитващата юрисдикция ни най-малко не споменава обявяване на патенти US 522 и US 140 за недействителни.

38. Освен това на страница 3 от преюдициалното запитване запитващата юрисдикция се позовава на решение от 11 март 2011 г. на United States District Court for the Northern District of California (Федерален съд на Северна Калифорния), който според нея „приема, че Rituxan® не представлява нарушение на разглежданите патенти“. От това следва, че запитващата юрисдикция е запозната със съдържанието на това решение, с което е отхвърлен и искът за обявяване на патенти US 522 и US 140 за недействителни [22].

39. Накрая, макар в точки 193 и 194 от третото частично решение арбитърът да се позовава на обявяването на недействителността на патенти US 522 и US 140 от страна на United States District Court for the Northern District of California (Федерален съд на Северна Калифорния), тази грешка не е допусната в окончателното решение. Напротив, в точка 50 от окончателното решение арбитърът много ясно заявява, че искът на Genentech за обявяване на патенти US 522 и US 140 за недействителни е бил отхвърлен.

40. Макар производствата по трите предявени пред Cour d’appel de Paris иска за отмяна на третото частично решение, окончателното решение и допълнителния акт да не са съединени [23], от преписката по делото пред Съда ясно следва, че те са свързани. Всъщност самата запитваща юрисдикция в преюдициалното запитване третира тези три решения като едно цяло [24]. Ето защо е ясно, че няма погрешно фактическо предположение.

41. При всички положения наличието или липсата на твърдяното погрешно фактическо предположение няма да окаже никакво влияние върху предложения от мен отговор на поставения от запитващата юрисдикция въпрос, отнасящ се без разлика до случаите на обявяване на недействителността на патент (в случая патент EP 177) и до случаите на липса на нарушение на патент (в случая патенти US 522 и US 140).

42. Всъщност, както изтъква Комисията в отговорите си на поставените от Съда писмени въпроси, „в [т]ретото [ч]астично [р]ешение арбитърът прави извод, че смисълът на [лицензионното] споразумение не е да предвиди възстановяване на или отказ да бъдат търсени възнагражденията, ако впоследствие се окаже, че някои от патентите са недействителни или не са нарушени. Смисълът на споразумението, тълкувано с оглед на германския закон и хронологията на преговорите между страните, е да предпази ползвателя на патента (патентите), тоест Genentech, от съдебно производство във връзка с патента (патентите), което би могло да бъде дълго и скъпо. Вследствие на това обстоятелството, че американските патенти е можело да се считат за недействителни или ненарушени, не променя обхвата на задължението на Genentech да заплаща възнаграждения“.

21 — Курсивът е мой.

22 — Вж. точки 13—15 от настоящото заключение.

23 — Вж. точка 27 от настоящото заключение.

24 — Вж. по-специално исканията на Genentech пред запитващата юрисдикция (възпроизведени в акта за преюдициално запитване) за отмяна на третото частично решение, на окончателното решение и на допълнителния акт.

2. По възможността Съдът да бъде полезен с отговора си на въпроса на запитващата юрисдикция

43. Hoechst, Sanofi-Aventis и френското правителство считат, че Съдът не може да бъде полезен с отговора си на въпроса на запитващата юрисдикция.

44. В това отношение френското правителство изтъква, че в акта за преюдициално запитване не са уточнени данните от фактическа и правна страна, необходими в рамките на прилагането на член 101 ДФЕС и по-специално на Регламент (ЕО) № 772/2004 на Комисията от 7 април 2004 година относно прилагането на член [101], параграф 3 [ДФЕС] по отношение на категории споразумения за трансфер на технологии[25], като действителните условия на функциониране и структурата на въпросния пазар, естеството на лицензионното споразумение като договор между конкуренти или реципрочно споразумение и разпоредбите от германското право, приложими за това споразумение.

45. Считам, че тези доводи следва да бъдат отхвърлени, тъй като заключението ми ще бъде, че в съответствие с решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195) член 101, параграфи 1 и 2 ДФЕС не изисква отмяната на третото частично решение[26]. Посочените от френското правителство регламенти за освобождаване[27] обаче прилагат член 101, параграф 3 ДФЕС по отношение на някои категории споразумения за трансфер на технологии, страни по които са само две предприятия, и съответните съгласувани практики, *попадащи в приложното поле на член 101, параграф 1 ДФЕС*, а според мен настоящият случай не е такъв.

46. При всички положения считам, че Съдът не разполага с достатъчно данни, за да направи такъв анализ, в случай че не възприеме моя извод.

47. Възражението за недопустимост, основаващо се на прилагането на посочените по-горе регламенти за освобождаване, би могло да бъде уважено единствено в случай че Съдът не възприеме моя извод.

3. По правомощието на запитващата юрисдикция да постави въпрос на Съда

48. Hoechst и Sanofi-Aventis твърдят, че на преюдициалния въпрос не може да бъде даден отговор, без да се наруши френското право, което забранява преразглеждането по същество на международните арбитражни решения, освен в случай на очевидно нарушение на международния обществен ред[28].

49. Ако няма такова очевидно нарушение (както например в случай на картел), Hoechst и Sanofi-Aventis разграничават случаите, в които в международното арбитражно решение изобщо не е разгледан въпросът за съвместимостта на споразумение между предприятия с член 101 ДФЕС, в който случай има риск от накърняване на ефективността на правото на конкуренцията, и случаите, в които този въпрос е бил разгледан в решението. Според тях в последната хипотеза, която е налице в настоящия случай, отговорът на преюдициалния въпрос би довел до това запитващата юрисдикция да преразгледа третото частично решение по същество, тъй като основанието за отмяна, до което се отнася въпросът, е било повдигнато и разисквано пред арбитъра.

25 — ОВ L 123, стр. 11; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 235.

26 — Вж. точки 84—97 от настоящото заключение.

27 — И трите разглеждани регламента са с правно основание Регламент № 19/65/ЕИО на Съвета от 2 март 1965 година за прилагането на член [101], параграф 3 [ДФЕС] по отношение на определени категории споразумения и съгласувани практики (ОВ L 36, 1965 г., стр. 533; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 6).

28 — Вж. Cour d'appel de Paris, 18 ноември 2004 г., Thalès, RG n° 2002/19606, p. 9; Cour de cassation, première chambre civile, 4 юни 2008 г., Cytec, n° 06-15.320, Bull. civ. I, n° 162, p. 4.

50. В това отношение бих искал да припомня, че в рамките на предвиденото в член 267 ДФЕС сътрудничество между Съда и националните юрисдикции само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на висящото пред него дело — както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда.

51. Следователно, доколкото въпросите, поставени от националните юрисдикции, се отнасят до тълкуването на разпоредба от правото на Съюза, Съдът по правило е длъжен да се произнесе, освен ако не е очевидно, че преюдициалното запитване всъщност цели да подтикне Съда да се произнесе въз основа на привиден спор или да даде становище с консултативен характер по общи или хипотетични въпроси, че исканото тълкуване на правото на Съюза няма никаква връзка с действителността или предмета на спора или още, че Съдът не разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора си на поставените въпроси[29].

52. Според мен няма никакви данни, че поставеният въпрос е хипотетичен или че исканото тълкуване на правото на Съюза е без всякаква връзка с действителността или с предмета на висящия пред запитващата юрисдикция спор, който се отнася до член 101 ДФЕС. Освен това считам, че Съдът разполага с необходимите данни от фактическа и правна страна, за да бъде полезен с отговора си на поставения въпрос.

53. Също така бих искал да отбележа само за сведение, че Cour de cassation е обявил за недопустима жалбата на Hoechst и Sanofi-Aventis срещу решението на Cour d'appel de Paris от 23 септември 2014 г. да отправи настоящия преюдициален въпрос до Съда.

54. Следователно считам, че преюдициалният въпрос е допустим и на него следва да бъде даден отговор.

Б– *По съществото на спора*

1. По обхвата на контрола върху международните арбитражни решения с оглед на нормите на европейския обществен ред

55. В писменото си становище френското правителство припомня, че в точка 32 от решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) Съдът приема, че упражняваният от юрисдикциите на държавите членки контрол върху международните арбитражни решения, които повдигат свързани с правото на Съюза въпроси, може да бъде „съответно по-широк или по-тесен по обхват“, в зависимост от правилата, приети от държавите членки в рамките на тяхната процесуална автономия. На това основание френското правителство изтъква, че нормите на френското право, съгласно които френските юрисдикции не могат да преразглеждат по същество международните арбитражни решения и в производство по иск за отмяна на международно арбитражно решение като разглежданото в настоящото производство могат само да проверяват дали е налице „очевидно“ нарушение[30] на международния обществен ред, са съвместими с принципа на ефективност, установен в правото на Съюза.

29 — Вж. определение EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais (C-240/12, EU:C:2013:173, т. 12 и цитираната съдебна практика).

30 — Вж. Cour de cassation, première chambre civile, 4 юни 2008 г., Cytec, nº 06-15.320, Bull. civ. I, nº 162, p. 4.

56. Hoechst и Sanofi-Aventis изтъкват [31], че макар в решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) Съдът да приема, че национална юрисдикция, която е сезирана с иск за отмяна на международно арбитражно решение, трябва в съответствие с вътрешните си процесуални норми да уважи обоснован с нарушение на член 101 ДФЕС иск за отмяна, разглежданите процесуални норми на френското право забраняват преразглеждането по същество на международните арбитражни решения и ограничават обхвата на този контрол до проверка за наличие на „очевидно“ нарушение [32].

57. Според Hoechst и Sanofi-Aventis обаче, като се има предвид, че въпросът за евентуалното противоречие на лицензионното споразумение с член 101 ДФЕС е бил повдигнат и разискван пред арбитъра и последният е отхвърлил вероятността за такова противоречие, не е възможно да се отговори на преюдициалния въпрос, без да се преразгледа по същество третото частично решение, доколкото лицензионно споразумение като разглежданото в настоящото производство не би могло да бъде ограничение с оглед на целта на член 101 ДФЕС и следователно не би могло да представлява очевидно нарушение на член 101 ДФЕС.

58. По мое мнение ограниченията на обхвата [33] на контрола върху международните арбитражни решения като изтъкнатите от Hoechst, Sanofi-Aventis и френското правителство по отношение на френското право, а именно изискването нарушението на международния обществен ред да бъде очевидно и невъзможността да се упражни контрол дали в международно арбитражно решение е допуснато подобно нарушение, когато свързаният с обществения ред въпрос е бил повдигнат и обсъждан пред арбитражния съд, са в противоречие с установения в правото на Съюза принцип на ефективност.

59. С оглед на системата за контрол на съвместимостта на международните арбитражни решения с правото на Съюза посредством резервата за обществен ред, установена от Съда в решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), отнасящо се, както и настоящия случай, до иск за отмяна на международно арбитражно решение на основание противоречие с обществения ред, и потвърдена в решение Газпром (C-536/13, EU:C:2015:316), отнасящо се до искане за признаване и изпълнение на международно арбитражно решение, обжалвано по съображения за обществен ред, е уместно да се припомни, че според Съда арбитражните съдилища, наречени „договорни“ [34], не са юрисдикции на държавите членки по смисъла на член 267 ДФЕС. Следователно те не могат да поставят преюдициални въпроси. Ето защо юрисдикциите на

31 — Вж. точки 48 и 49 от настоящото заключение.

32 — Вж. Cour d'appel de Paris, 18 ноември 2004 г., Thalès, RG n° 2002/19606, p. 9. Този извод е потвърден в решение Cytec (Cour de cassation, première chambre civile, 4 юни 2008 г., Cytec, n° 06-15.320, Bull. civ. I, n° 162, p. 4). Двете дела са били свързани с нарушение на правото на Съюза в областта на конкуренцията.

33 — След като съгласно член 1520 от Code de procédure civile се иска отмяна на постановените във Франция международни арбитражни решения, предмет на контрол е самото международно арбитражно решение, а не актът, на който то се основава и който съдържа клаузата, с която е договорен арбитражът, в случая лицензионното споразумение. Действително международните арбитражни решения не са споразумения между предприятия по смисъла на член 101 ДФЕС, а решения на международни правораздавателни органи, които не са свързани с определен държавен правопорядък, а са част от международния арбитражен ред (вж. Cour de cassation, première chambre civile, 8 юли 2015 г., Ryanair, n° 13-25.846, FR:CCASS:2015:C100797; в този смисъл вж. също Cour de cassation, première chambre civile, 23 март 1994 г., Hilmarton Ltd, n° 92-15137, Bull. civ. I, n° 104, p. 79; Cour de cassation, première chambre civile, 29 юни 2007 г., PT Putrabali Adyamulia, n° 05-18053, Bull. civ. I, n° 250). Въпреки това от решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) ясно следва, че международното арбитражно решение трябва да бъде отменено, когато с него се изпълнява споразумение между предприятия, което е в противоречие с член 101 ДФЕС, макар самото решение да не представлява споразумение между предприятия. В противен случай страните биха могли да изключат антиконкурентните споразумения от приложното поле на член 101 ДФЕС, като включат в тях арбитражни клаузи.

34 — Вж. решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 34). Използвам това понятие, за да направя разграничение с някои арбитражни съдилища, за които Съдът приема, че отговарят на изведените в съдебната практика критерии, за да могат да отправят преюдициални въпроси (вж. решение Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754 и определение Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92). Въз основа на тази съдебна практика е мислимо арбитражните съдилища, сезирани по реда на Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави (ICSID), да могат да поставят на Съда преюдициални въпроси. Вж. в този смисъл *Basedow*, J. EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice. — Journal of International Arbitration, vol. 32, 2015, p. 367, p. 376—381. Тъй като броят и значението на арбитражите в сферата на инвестициите, които поставят въпроси относно прилагане на правото на Съюза, нараства, по-специално в областта на държавните помощи, възможността арбитражните съдилища да поставят преюдициални въпроси би допринесла за правилното и ефективно прилагане на правото на Съюза.

държавите членки по смисъла на член 267 ДФЕС следва — евентуално като използват механизма на преюдициалното запитване [35] — да разгледат съвместимостта на арбитражните решения (независимо дали са международни) с правото на Съюза в случай на предявяване на иск за отмяна [36], искане за признаване и изпълнение [37] или на упражняване на каквото и да е друго средство за защита или форма на контрол, предвидени в приложимото национално законодателство.

60. С други думи, системата за контрол на съвместимостта на международните арбитражни решения с материалното право на Съюза посредством резервата за обществен ред, било то в рамките на жалба срещу признаването и изпълнението или на иск за отмяна, по-скоро възлага тежестта на контрола на по-късен етап, тоест на юрисдикциите на държавите членки, отколкото на по-ранен етап, тоест на арбитражните съдилища [38].

61. Всъщност задачата на арбитрите в международния търговски арбитраж е да тълкуват и прилагат правилно договора между страните. При изпълнението на тази задача естествено може да се наложи арбитрите да приложат правото на Съюза, ако то е част от приложимото към договора право (lex contractus) или от приложимото към арбитража право (lex arbitrii). Въпреки това контролът за спазване на нормите на европейския обществен ред не е задължение на арбитрите, а на юрисдикциите на държавите членки в рамките на производство по иск за отмяна или за признаване и изпълнение [39].

62. Следователно тази система функционира обратно на системата на взаимно доверие, установена по-специално с Регламент (ЕС) № 1215/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2012 година относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела [40], който възлага контрола за спазване на приложимото към спора по същество право на Съюза, включително нормите на европейския обществен ред, на юрисдикцията, сезирана със спора по същество (тоест на по-ранен етап), а не на по-късен етап, на юрисдикцията, която трябва да се произнесе по признаването и изпълнението [41].

63. На тази основа ще анализирам двете ограничения, които се твърди, че са наложени от френското право.

35 — Вж. решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 32, 33 и 40). В този смисъл вж. също решение на Högsta domstolen (Върховен съд, Швеция) от 17 юни 2015 г. по дело № T 5767-13, Systembolaget/The Absolute Company, point 23.

36 — Такъв е случаят със запитващата юрисдикция в настоящото дело, както и с нидерландските юрисдикции в делото, по което е постановено решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269).

37 — Такъв е случаят с литовските юрисдикции в делото, по което е постановено решение Газпром (C-536/13, EU:C:2015:316), въпросът по което е дали разглежданото международно арбитражно решение представлява „anti-suit injunction“, противоречащо на обществения ред по смисъла на член V, параграф 2, буква б) от Конвенцията за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения, подписана в Ню Йорк на 10 юни 1958 г. (Recueil des traités des Nations unies, том 330, стр. 3).

38 — Разбира се, има известни изключения като например намеса на по-ранен етап на (държавния) съд по мястото на арбитража в качеството му на съд, подпомагащ арбитража. Въпреки това тези изключения нямат за цел да гарантират спазването на правото на Съюза. В този смисъл вж. решение Rich (C-190/89, EU:C:1991:319), което е свързано с образуването на арбитражен съд.

39 — Положението може да бъде различно в хипотеза на международен арбитраж по инвестиционни спорове, където някои режими, например този на Конвенцията ICSID, не предвиждат възможност юрисдикциите на държавите членки да осъществяват контрол за съответствие на международните арбитражни решения с европейския обществен ред (вж. по-специално членове 53 и 54 от тази конвенция). Независимо от това, доколкото тези правни режими, какъвто е случаят с Конвенцията ICSID, обвързват държавите членки с трети страни, те попадат в обхвата на член 351 ДФЕС. Ако арбитражните съдилища можеха да отправят до Съда преюдициални запитвания, би могло да се избегне конфликт между международния арбитражен ред и правния ред на Съюза (вж. бележка под линия 34).

40 — ОВ L 351, стр. 1.

41 — Вж. в този смисъл точка 33 от решение Renault (C-38/98, EU:C:2000:225), в което Съдът приема, че „[с]ъдът в сезираната държава не би могъл, тъй като в противен случай би поставил под съмнение целите на конвенцията, да откаже да признае решение от друга договаряща държава единствено с мотива, че според него в това решение националното право или правото [на Съюза] е приложено неправилно. Обратно, важно е да се посочи, че в такива случаи системата на правните способи за защита, установена във всяка от договарящите държави и допълнена с предвидения в член [267 ДФЕС] механизъм на преюдициалното запитване, предоставя на страните в спора достатъчна гаранция“. По-нататък в точка 34 от решението той постановява, че „[е]вентуална грешка при прилагане на правото, като разглеждането в главното производство, не представлява явно нарушение на основна правна норма от правния ред на сезираната държава“.

а) Изискването нарушението на обществения ред да бъде очевидно или явно

64. Ако контролът върху международно арбитражно решение с оглед на нормите на европейския обществен ред (които вече са доста тясна категория норми от правния ред на Съюза) се ограничи до очевидните или явните нарушения на член 101 ДФЕС, този контрол би бил само привиден, тъй като споразуменията или практиките, които могат да ограничат или нарушат конкуренцията, са „често прикрити“ [42] и това в много случаи би довело до невъзможност (или до прекомерни затруднения) страните да упражнят правата, които черпят от правото на Съюза в областта на конкуренцията.

65. Всъщност, както Hoechst и Sanofi-Aventis приемат в точка 21 от писменото си изявление, а техният правен експерт — в точка 5 от становището си [43], този изключително ограничен контрол би се отнасял единствено до „най-очевидните нарушения [на член 101 ДФЕС], като споразуменията за определяне на цени или подялба на пазари“. По този начин от контрола на сезирания с иска за отмяна съд изцяло ще бъдат изключени ограниченията с оглед на резултата, тъй като, за да се установи наличието на такива нарушения, ще бъде необходимо извършването не просто на минимална, а на по-съществена проверка на арбитражното решение по същество, каквато френските юрисдикции не биха могли да направят.

66. Макар да има степенуване на нарушенията на член 101 ДФЕС в зависимост от тяхната очевидност и тяхната вредоносност, по-специално на ограниченията с оглед на целта и тези с оглед на резултата [44], текстът на член 101 ДФЕС не дава никакво основание да се заключи, че някои от тези ограничения биха били търпими. Всъщност член 101 ДФЕС забранява изрично споразуменията между предприятия, *„които имат за своя цел или резултат“* [45] ограничаване на конкуренцията. Следователно или има нарушение на член 101 ДФЕС, като в този случай разглежданото споразумение между предприятия е нищожно, или няма такова нарушение.

67. В този смисъл не е толкова важно дали нарушението на нормата от обществен ред е очевидно или не. Никоя система не може да допусне нарушения на най-основните си норми, които са част от нейния обществен ред, независимо дали тези нарушения са очевидни и явни.

42 — Решение Courage и Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, т. 27).

43 — Професор Laurence Idot признава, че нейната теза би довела до това „освен в извънредния случай на решение, което например би признало действието на картел, държавният съд [да] не може вече при предявен срещу решението иск да разисква свързания с правото на конкуренцията въпрос по същество, ако той е бил повдигнат и разискван пред арбитражния съд“.

44 — Вж. решение CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 48—52).

45 — Курсивът е мой.

б) Невъзможността за контрол върху международно арбитражно решение поради нарушение на обществения ред, когато въпросът е бил повдигнат и разискван пред арбитражния съд, тъй като това би предполагало преразглеждане на посоченото решение по същество

68. В точка 36 от решение Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) Съдът приема, че член 101 ДФЕС (по-рано член 81 ЕО) представлява „основна разпоредба, която е абсолютно необходима за изпълнението на задачите, възложени на [Съюза], и по-специално за функционирането на вътрешния пазар“ [46].

69. От друга страна, в точка 37 от решение Газпром (C-536/13, EU:C:2015:316) Съдът приема, че принципът на взаимното доверие не обвързва арбитражните съдилища [47]. Това предполага, че юрисдикциите на държавите членки не са длъжни да се съобразят с отговорите на въпроси от правото на Съюза, дадени от арбитражните съдилища, тъй като те не са юрисдикции на държавите членки по смисъла на член 267 ДФЕС.

70. Ето защо, ако член 101 ДФЕС е толкова основна разпоредба за правния ред на Съюза, обстоятелството, че страните са повдигнали и разисквали пред арбитражния съд въпроса за несъвместимостта на международното арбитражно решение с тази разпоредба, не може да бъде определящо, тъй като поведението на страните в арбитражното производство би могло да доведе до застрашаване на ефикасността на този член, доколкото арбитражният съд по принцип [48] не може да поставя преюдициални въпроси на Съда и няма непременно задача да тълкува и прилага правото на Съюза.

71. По тези причини контролът от страна на юрисдикция на държава членка за противоречие на международните арбитражни решения с нормите от европейския обществен ред не може да зависи от това дали този въпрос е бил повдигнат и разискван в арбитражното производство, нито да бъде ограничаван чрез забраната в националното право за преразглеждане на решението по същество.

72. С други думи, една или няколко от страните по споразумения, които биха могли да са антиконкурентни, не могат да изключат тези споразумения от контрола по членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС, като прибягнат до арбитраж.

2. Член 101, параграф 1 ДФЕС изисква ли отмяната на международно арбитражно решение като разглежданото в настоящия случай, признаващо действието на лицензионно споразумение за патент, съгласно което през целия му срок на действие трябва да се заплащат текущи

46 — Съдът обосновава този извод с член 3, буква ж) от Договора за ЕО (понастоящем член 3, параграф 1, буква б) ДФЕС). Както обясних в точка 182 от заключението си по дело Газпром (C-536/13, EU:C:2014:2414), „не споделям тълкуването от решени[е] Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 36) […], според което самият факт, че конкретна област е част от компетентността, изключителна или споделена, на Съюза съгласно членове 3 ДФЕС и 4 ДФЕС, е достатъчен да издигне дадена разпоредба на правото на Съюза до ранга на разпоредба от обществен ред. Ако това беше така, цялото право на Съюза, от Хартата на основните права на Европейския съюз до дадена директива относно съоръженията под налягане, щеше да бъде от обществен ред […]“. В точка 177 от същото заключение обясних, като цитирах точка 304 от решение Kadi и Al Barakaat International Foundation/Съвет и Комисия (C-402/05 P и C-415/05 P, EU:C:2008:461), че понятието за европейски обществен ред може да включва само „принципи, които са част от самите основи на […] прав[ния] ред [на Съюза]“, *„чието незачитане не може да бъде допуснато* […], тъй като това незачитане би било неприемливо от гледна точка на правовата, свободна и демократична държава“. Следователно става въпрос за „императивн[и] правил[а], толкова *основн[и]* за прав[ния] ред [на Съюза], че да не може да се допусне никакво изключение в контекста на разглежданото дело“ (вж. т. 100 от заключението ми по дело Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:11). В този смисъл членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС са основни и съществени разпоредби за функционирането на вътрешния пазар, без които Съюзът нямаше да функционира, и чието незачитане, независимо дали е очевидно и явно, би било неприемливо от гледна точка на правния ред на Съюза.

47 — В този смисъл вж. също така точка 154 от заключението ми по дело Газпром (C-536/13, EU:C:2014:2414).

48 — Вж. решение Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) и определение Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92). В случая арбитърът не е „юрисдикция на една от държавите членки“ по смисъла на тази съдебна практика, тъй като компетентността му не е задължителна, а произтича от направения в договор свободен избор на страните по лицензионното споразумение, във връзка с което са постановени разглежданите в главното производство арбитражни решения.

възнаграждения, дори в случай на обявяване с обратна сила на патента за засегнатата технология (в случая патент EP 177) за недействителен или когато използването на разглежданата технология не е нарушение (в случая патенти US 522 и US 140)?

а) Предварителни бележки

73. От третото частично решение и даденото от арбитъра тълкуване на лицензионното споразумение е видно, че задължението на Genentech да заплаща на Hoechst и Sanofi-Aventis текущи възнаграждения, изчислени въз основа на произведените от тях лекарствени продукти чрез използване на технологията на активатора, не е поставено в зависимост от условието тази технология да бъде или да остане защитена с патент [49].

74. Всъщност съгласно третото частично решение самото използване на разглежданата технология през срока на действие на лицензионното споразумение е достатъчно, за да възникне задължение за плащане на текущи възнаграждения [50].

75. В това отношение Съдът не трябва да преразглежда или обсъжда отново установените от арбитъра факти и даденото от него тълкуване на лицензионното споразумение въз основа на германското право в смисъл, че това споразумение налага плащането на възнаграждения независимо от обявяването на недействителността или липсата на нарушение на един или няколко патента.

76. На следващо място, запитващата юрисдикция поставя на Съда въпрос само за тълкуването на член 101 ДФЕС, поради което Genentech напразно се позовава на решение Huawei Technologies (C-170/13, EU:C:2014:2391) и на някои части от моето заключение [51] по това дело, които се отнасят единствено до тълкуването на член 102 ДФЕС.

б) Доводи на страните

77. Според Genentech наложеното с третото частично решение задължение за плащане на разглежданите текущи възнаграждения, когато патентът е обявен за недействителен или когато няма нарушение на лицензиран патент, не само засяга значително търговията между държавите членки, но и представлява ограничение на конкуренцията както с оглед на целта, така и с оглед на резултата.

78. Относно засягането на търговията между държавите членки Genentech изтъква, че на 2 юни 1998 г. Комисията е издала разрешение за пускане на пазара на MabThera® на основание Регламент (ЕИО) № 2309/93 на Съвета от 22 юли 1993 година относно установяване на процедури на Общността за разрешаване и контрол на лекарствени продукти за хуманна и ветеринарна употреба и относно създаване на Европейска агенция за оценка на лекарствените

49 — В своите отговори на поставените от Съда писмени въпроси Genentech, Hoechst, Sanofi-Aventis, френското правителство и Комисията считат, че третото частично решение не се отнася до патент EP 177. Комисията смята, че релевантността на двата американски патента (патенти US 522 и US 140) за третото частично решение не е много по-голяма. Тя счита, че в съответствие с приложимото за лицензионното споразумение право, а именно германското право, оттеглянето или обявяването на недействителността на патент, за който е предоставена лицензия, не засяга задължението за плащане на възнаграждения, като добавя, че германското право допуска предоставянето на лиценз дори за технология, която не е патентована или не е патентоспособна. Hoechst и Sanofi-Aventis подчертават факта, че видно от третото частично решение, арбитърът е разпоредил на Genentech да плати дължимите на Sanofi възнаграждения, като се е обосновал изключително с използването на активатора, предмет на лицензионното споразумение, от страна на Genentech за производството на Rituxan® в САЩ.

50 — Няма спор, че според американските съдилища патенти US 522 и US 140 не са нарушени. Впрочем в точки 322—330 от третото частично решение арбитърът констатира, че активаторът е използван при производството на Rituxan® от 15 декември 1998 г. до 27 октомври 2008 г. Вж. точка 16 от настоящото заключение.

51 — C-170/13, EU:C:2014:2391.

продукти[52], което важи за търговия в целия Съюз. Според Genentech през релевантния период (от 1998 г. до 2008 г.) то е произвеждало „ритуксимаб“ за продажба в различни държави членки, и най-вече във Федерална република Германия, Кралство Испания, Френската република, Италианската република и Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия. То отбелязва, че присъдените от арбитъра възнаграждения са изчислени въз основа на нетните световни продажби на крайни продукти за периода от 1998 г. до 2008 г., и като се има предвид значителният обем на продажбите в Европейския съюз през релевантния период, ограничението на конкуренцията вследствие на разпореденото от арбитъра плащане засяга пряко търговията между държавите членки.

79. Genentech обяснява също така, че е в по-неблагоприятно конкурентно положение на пазара, доколкото е длъжно да плаща за ползването на технология, която останалите конкуренти могат да ползват свободно и безплатно.

80. Освен това Genentech смята, че Hoechst и Sanofi-Aventis са били възнаградени и неоснователно са се обогатили, като са получили[53] текущи възнаграждения за научни и технологични открития, за които нямат никакъв принос. То счита, че разглежданите в главното производство международни арбитражни решения са позволили на Hoechst и Sanofi-Aventis в нарушение на правото на Съюза в областта на конкуренцията да „обложат“ конкурентите си и да наложат финансова тежест на фармацевтичната промишленост като цяло, и в частност на Genentech и неговите дъщерни дружества, които упражняват дейност както в Европа, така и в останалата част на света.

81. По отношение на конкуренцията в същинския смисъл Genentech изтъква, че Sanofi-Aventis е втората по големина фармацевтична група в Европа като приходи от лекарствени продукти по рецепта и се занимава с изследвания и развойна дейност, както и с производство на лекарствени продукти в много терапевтични области. То добавя, че Sanofi-Aventis е един от основните конкуренти на Roche (което понастоящем притежава 100 % от капитала на Genentech) в областта на фармацевтичната промишленост, насочена към изследванията.

82. Обратно, Hoechst и Sanofi-Aventis считат, че оспорените от Genentech арбитражни решения имат съвсем ограничена връзка със Съюза.

83. Те изтъкват също така, че дължимите от Genentech възнаграждения не произтичат от някакъв европейски патент и че оспорените международни арбитражни решения не са имали ни най-малко влияние върху продажбите на Genentech. Те добавят още, че арбитърът се е произнесъл само по въпроса дали Genentech има договорно задължение да плаща предвидените в лицензионното споразумение възнаграждения и че присъдените на Hoechst и Sanofi-Aventis с окончателното решение възнаграждения са изчислени въз основа на продажбите на Rituxan® в световен мащаб, само 17 % от които засягат Съюза, а това отговаря приблизително на 18 милиона евро за разглеждания период от 1998 г. до 2008 г.

52 — ОВ L 214, стр. 1.

53 — С определение от 3 октомври 2013 г. Cour d'appel de Paris допуска признаване и изпълнение на третото частично решение, окончателното решение и допълнителния акт. Поради това осъдителните им диспозитиви са изпълнени.

в) Преценка

84. По отношение на преценката на засягането на търговията между държавите членки се присъединявам към становището на Комисията в нейния отговор на поставените от Съда писмени въпроси, че запитващата юрисдикция следва да провери дали с оглед характеристиките на разглеждания пазар има достатъчна вероятност задължението за плащане на възнаграждения вследствие на окончателното решение и на основание лицензионното споразумение да упражни пряко или непряко, действително или потенциално въздействие върху търговските потоци между държавите членки и дали това влияние не е незначително [54].

85. По отношение на ограничението на конкуренцията, тук не става въпрос дали вследствие на даденото от арбитъра тълкуване на лицензионното споразумение Genentech е било поставено в по-неблагоприятно от търговска гледна точка положение, или дали това предприятие нямаше да сключи такова споразумение, ако имаше (безспорно благоприятната) възможност да се върне назад [55]. Целта на член 101 ДФЕС не е да регламентира по общ начин търговските отношения между предприятията, а единствено да забрани определени видове споразумения между предприятия, които могат да засегнат търговията между държавите членки и имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар.

86. Освен това в решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195) Съдът е разгледал от гледна точка на правото на конкуренцията договорно задължение, с което лицензополучателят на патентовано изобретение е бил задължен да плаща възнаграждение без ограничение във времето и следователно дори след изтичането на срока на действие на патента.

87. В точки 11 и 12 от това решение Съдът постановява:

„Не е изключено определена клауза от лицензионно споразумение, предвиждаща задължение за плащане на възнаграждение, да има *друго основание, различно от патента*. Всъщност такава клауза може да произтича по-скоро от *търговски съображения* за стойността, на която се оценяват възможностите за използване, предоставени с лицензионното споразумение […]

В случай че задължението за плащане на възнаграждение е било поето за неопределен срок и се твърди, че то продължава да обвързва длъжника след изтичане на срока на действие на съответния патент, се поставя въпросът дали с оглед на икономическия и правния контекст на лицензионното споразумение задължението на лицето да продължи да плаща възнаграждение може да представлява ограничение на конкуренцията по смисъла на член [101], параграф 1“ [56].

54 — Според Комисията някои данни подсказват, че задължението за плащане на разглежданите възнаграждения може да има такова влияние. „Първо, от географска гледна точка лицензионното споразумение обхваща целия свят и следователно включва целия Европейски съюз […]. Второ, лицензионното споразумение се отнася до технология, която по мнението на арбитъра е била използвана при производството на ритуксимаб, активната съставка на лекарствения продукт MabThera®, продаван в Съюза. Трето, за MabThera® е издадено разрешение за пускане на пазара […] в съответствие с [ч]лен 3 от [Регламент (ЕИО) № 2309/93]. Четвърто, Genentech изглежда е продавал MabThera® поне в Германия, Франция и Италия. Пето, изглежда, че Sanofi и [Genentech, което понастоящем е част от групата Roche] са важни конкуренти в областта на фармацевтичните изследвания и в частност потенциални конкуренти в областта на действие на Rituxan® (и MabThera®). Шесто, задължението за плащане на възнаграждения може да увеличи производствените разходи на Genentech и да доведе до намаляване на конкуренцията на съществуващите пазари на продукти и технологии, по-специално в областта на действие на MabThera®. Седмо, изглежда, че Rituxan® и MabThera® генерират оборот от над един милиард евро, което позволява да бъдат считани за лекарствени средства „blockbuster“.

55 — Както отбелязват Hoechst и Sanofi-Aventis в отговорите си на писмените въпроси на Съда, „фактът, че плащането на договорените възнаграждения, дължими на основание [л]ицензионното споразумение, би могъл да представлява финансова тежест за лицензополучателя, в случая Genentech, сам по себе си не е достатъчен, за да се приеме, че е налице ограничение на конкуренцията. Тази тежест просто е показателна за търговския характер на [л]ицензионното споразумение, което е сключено при пълно съзнаване на обстоятелствата между равнопоставени и напълно информирани търговски предприятия, и което подобно на всяко търговско споразумение може да се окаже по-неблагоприятно в търговски аспект в сравнение с първоначалните очаквания на една от страните“.

56 — Курсивът е мой.

88. Според Съда разглежданото задължение може да наруши член 101, параграф 1 ДФЕС, когато споразумението не дава на лицензополучателя право да иска прекратяването му с предизвестие в разумен срок или се опитва да ограничи свободата на действие на лицензополучателя след прекратяването [57].

89. Макар да е вярно, че това решение се отнася до икономически и правни обстоятелства, които леко се различават от разглежданите в главното производство [58], считам, че тази съдебна практика може да се приложи по аналогия в настоящото дело.

90. Третото частично решение потвърждава, че задължението на Genentech да плаща възнаграждения произтича не от използването на защитена с валидни патенти технология, а единствено от разглежданото лицензионно споразумение [59]. От възприетото от арбитъра тълкуване на лицензионното споразумение съгласно германското право ясно следва, че търговският предмет на това споразумение е да позволи на Genentech да използва въпросния активатор, като избегне съдебни спорове относно патентите. Като се има предвид, че за разлика от останалите ползватели на активатора, които не са сключили подобно лицензионно споразумение с Hoechst и Sanofi-Aventis, Genentech действително се е възползвало от това „временно примирие“ [60] за срока на действие на лицензионното споразумение, плащанията за използването на активатора, които Genentech дължи в съответствие с това споразумение, не са подлежали на връщане, независимо от липсата на нарушение или от обявяването на недействителността на съответните патенти.

91. Освен това задължението за плащане на възнаграждения е предвидено само за срока на действие на това лицензионно споразумение и Genentech е можело свободно да го прекрати с много кратко двумесечно предизвестие [61]. Ето защо от момента на прекратяването на лицензионното споразумение Genentech се е оказало в същото положение като останалите ползватели на въпросния активатор [62].

57 — Вж. решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195, т. 13). Genentech счита, че в решението от 2 декември 1975 година относно процедура по прилагане на член [101 ДФЕС] (IV/26.949 — AOIP/Beyrard) (ОВ L 6, стр. 8) Комисията е „заявила, че е налице ограничение на конкуренцията, когато клауза от споразумение за лицензия за патент „предвижда плащане на възнаграждения на лицензодателя, без неговите патенти да се използват“. Според Комисията […] такава клауза в лицензионно споразумение „е несъвместима с член [101], параграф 1 по същия начин както задължението за плащане на възнаграждения *след изтичане на срока на действие на патента*“ (курсивът е мой). Становището на Genentech се отнася до клауза, която задължава лицензополучателя да заплаща възнаграждения, когато произвежда продуктите, посочени в договора, без да използва патентите на лицензодателя. В това решение Комисията приема, че клаузата води до ограничение на конкуренцията, тъй като предвижда плащане на възнаграждение на лицензодателя, въпреки че неговите патенти не се използват. В това отношение тя счита, че тази клауза, както и всяка друга клауза, която предвижда задължение за плащане на възнаграждение след изтичане на срока на действие на патента, е несъвместима с член 101, параграф 1 ДФЕС. Важно е да се отбележи, че Комисията, както и Съдът в точка 13 от решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195), подчертава, че „[з]адължението за плащане на възнаграждение след изтичане на срока на действие на патента […] представлява […] нарушение на член [101], *тъй като в договора не се предвижда възможността за прекратяването му от лицензополучателя*“ (курсивът е мой).

58 — Настоящото дело се отнася до случай на обявяване на недействителността или липса на нарушение на патентите, докато делото, по което е постановено решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195), се отнася до изтичане на срока на действие на патента.

59 — Hoechst и Sanofi-Aventis изтъкват, че националните законодателства на много от държавите членки предвиждат в случай на обявяване на патента за недействителен лицензополучателят да има право да преустанови плащането на възнаграждения за в бъдеще, но за сметка на това да не може да иска връщане на вече платените възнаграждения.

60 — Вж. точка 315 от третото частично решение.

61 — В делото, по което е постановено решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195), е било предвидено шестмесечно предизвестие, изтичащо всяка година на 1 октомври.

62 — За сметка на това, както изтъква Комисията в становището си, „задължението на лицензополучателя да продължава да плаща възнаграждения без възможност за прекратяване на споразумението с предизвестие в разумен срок, би увеличило производствените му разходи без икономически основания за това и би довело до намаляване на конкуренцията на пазара на съществуващи продукти и технологии и до обезсърчаване на лицензополучателя да инвестира в развиването и подобряването на своята технология“.

92. Също така бих искал да отбележа, че свободата на действие на Genentech по никакъв начин не е била ограничена през периода след прекратяването и то не е било обвързано с клауза, която да му забранява да оспорва действителността или нарушаването на въпросните патенти. Впрочем след прекратяване на лицензионното споразумение то е подало иск за обявяване на недействителността на патентите пред United States District Court for the Northern District of California (Федерален съд за Северна Калифорния).

93. Genentech обаче смята, че от решение Windsurfing International/Комисия (193/83, EU:C:1986:75) следва, че нарушение на член 101, параграф 1 ДФЕС е налице, когато получателят на лицензия за патент е длъжен да плаща възнаграждения, изчислени въз основа на нетната продажна цена на продукт, който не е предмет на патента.

94. В това решение Съдът приема, че по принцип тази система за изчисляване на възнагражденията въз основа на нетната продажна цена на цял уиндсърф може да ограничи конкуренцията при дъските за сърф, които не са патентовани[63]. В това отношение в точка 65 от това решение Съдът отбелязва, че има търсене както само за мачти с платна, така и само за дъски за сърф.

95. В това дело обаче посредством разглежданата клауза и в нарушение на член 101, параграф 1, буква д) ДФЕС патентопритежателят е поставил като условие за сключване на договора съдоговорителят да поеме допълнителни задължения[64], които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на договора. В главното производство няма никакви данни, които да сочат, че изпълнението на третото частично решение би довело до възлагане на Genentech на задължения, които по своя характер или в съответствие с търговската практика не биха имали връзка с предмета на лицензионния договор.

96. Всъщност според арбитъра търговският предмет на лицензионното споразумение е да бъдат избегнати съдебни спорове относно патентите и следователно изчисляването на размера на възнагражденията ни най-малко не зависи от евентуалното наличие на валиден патент за крайния продукт.

97. Ето защо считам, че член 101 ДФЕС допуска в случаите на обявяване на недействителност или липса на нарушение на патентите за определена технология да се признае действието на лицензионен договор, съгласно който лицензополучателят е длъжен да плаща възнаграждения само за използването на правата, свързани с лицензираните патенти, когато, от една страна, търговският предмет на това споразумение е да позволи на лицензополучателя да използва съответната технология, като избегне съдебни спорове относно патентите, и от друга страна, лицензополучателят може да прекрати лицензионното споразумение с предизвестие в разумен срок дори в случай на обявяване на недействителност или липса на нарушение.

63 — Вж. решение Windsurfing International/Комисия (193/83, EU:C:1986:75, т. 67).

64 — Разглежданата клауза от лицензионното споразумение е задължавала лицензополучателите да плащат възнаграждения за мачтата и платното на уиндсърф, произведени по патент, който се отнася единствено до мачтата и платното, но въз основа на продажната цена на целия уиндсърф, който се състои от мачта, платно и дъска, като последната е извън предмета на патента.

3. По приложимостта на регламентите за освобождаване по отношение на трансфера на технологии

98. Genentech, Hoechst, Sanofi-Aventis, нидерландското правителство и Комисията са представили становища във връзка с прилагането на разпоредбите на Регламент (ЕС) № 316/2014 на Комисията от 21 март 2014 година относно прилагането на член 101, параграф 3 от Договора за функционирането на Европейския съюз по отношение на категории споразумения за трансфер на технологии[65].

99. За разлика от тях френското правителство счита, че доколкото поставеният въпрос се отнася до изпълнението на лицензионното споразумение за периода от 15 декември 1998 г. до 27 октомври 2008 г., за разглеждания период би следвало да се приложат Регламент (ЕО) № 240/96 на Комисията от 31 януари 1996 година относно прилагането на член [101], параграф 3 [ДФЕС] по отношение на някои категории споразумения за трансфер на технологии[66] и Регламент № 772/2004.

100. Според мен в настоящия случай не е уместно да се обсъжда приложимостта на тези три регламента, наречени „регламенти за освобождаване“.

101. Съдът не само не разполага с достатъчно данни, за да извърши подобен анализ, но и такъв би бил излишен, тъй като считам, че в съответствие с решение Ottung (320/87, EU:C:1989:195) член 101, параграфи 1 и 2 ДФЕС не изисква отмяната на третото частично решение. Бих искал да посоча, че тези регламенти за освобождаване прилагат член 101, параграф 3 ДФЕС[67] по отношение на някои категории споразумения за трансфер на технологии, по които страни са само две предприятия, и съответните съгласувани практики, *попадащи в приложното поле на член 101, параграф 1 ДФЕС*.

102. По съображения за изчерпателност отбелязвам, че не може да бъде споделено становището на Genentech, съгласно което наложеното му с третото частично решение задължение за плащане на възнаграждения върху всички продажби на MabThera® представлява съществено ограничение съгласно член 4, параграф 1, букви а) и г) от Регламент № 316/2014.

103. Всъщност от преписката пред Съда не следва, че лицензионното споразумение и третото частично решение имат за цел или резултат, от една страна, да ограничат възможността на Genentech да определя продажните си цени за трети лица[68], или, от друга страна, да ограничат неговата възможност „да използва собствените си права върху технологията“ или „да извършва научноизследователска и развойна дейност“[69].

VI – **Заключение**

104. Поради това предлагам на Съда да отговори на преюдициалните въпроси, поставени от Cour d’appel de Paris, по следния начин:

„В случаите на обявяване на недействителност или липса на нарушение на патентите за дадена технология член 101 ДФЕС не изисква отмяната на международно арбитражно решение, признаващо действието на лицензионен договор, съгласно който лицензополучателят е длъжен да плаща възнаграждения само за използването на правата, свързани с лицензираните патенти,

65 — ОВ L 93, стр. 17.

66 — ОВ L 31, стр. 2.

67 — Правното основание и на трите посочени регламента е Регламент № 19/65.

68 — Вж. член 4, параграф 1, буква а) от Регламент № 316/2014. В този смисъл вж. член 101, параграф 1, буква а) ДФЕС.

69 — Вж. член 4, параграф 1, буква г) от Регламент № 316/2014. В този смисъл вж. член 101, параграф 1, буква б) ДФЕС.

когато търговският предмет на това споразумение е да позволи на лицензополучателя да използва съответната технология, като в същото време избягва съдебни спорове относно патентите, при условие че лицензополучателят може да прекрати лицензионното споразумение с предизвестие в разумен срок, може да оспорва действителността или нарушенията на патентите и запазва свободата си на действие след прекратяването на споразумението“.