Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 17. marts 2016[1]

Sag C-567/14

Genentech Inc.
mod
Hoechst GmbH, tidligere Hoechst AG,
Sanofi-Aventis Deutschland GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af cour d'appel de Paris (Frankrig))

»Præjudiciel forelæggelse — søgsmål angående ophævelse af en voldgiftskendelse — konkurrence — artikel 101 TEUF — kartel — ikke-eksklusiv patentlicensaftale — ophævelse af patenter — ingen krænkelse — betydning — pligt til betaling af en licensafgift«

I – **Indledning**

1. Nærværende præjudicielle anmodning vedrører fortolkningen af artikel 101 TEUF. Cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) ønsker nærmere bestemt oplyst, hvorvidt denne artikel er til hinder for, at der pålægges en patentlicenstager en forpligtelse til at betale licensafgift i hele aftalens løbetid, indtil den opsiges, uanset at det eller de patenter, som licensen omfatter, ikke har været genstand for krænkelse eller er blevet ophævet.

2. Anmodningen er blevet indgivet under en sag angående ophævelse af voldgiftskendelser, hvilken verserer mellem selskabet Genentech Inc., der er stiftet i henhold til lovgivningen i Delaware (De Forenede Stater) (herefter »Genentech«) og de tyske selskaber Hoechst GmbH, tidligere Hoechst AG (herefter »Hoechst«), og Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (herefter »Sanofi-Aventis«).

II – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

3. Artikel 101 TEUF bestemmer:

»1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser

1 — Originalsprog: fransk.

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

2. De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning.

3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:

— enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder

— enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og

— enhver samordnet praksis eller kategori deraf

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der:

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.«

B – *Fransk ret*

4. Artikel 1518 i code de procédure civile (den civile retsplejelov) bestemmer:

»En kendelse i en international voldgiftssag afsagt i Frankrig kan kun anfægtes under en sag om ophævelse.«

5. Artikel 1520 i code de procédure civile (den civile retsplejelov) bestemmer:

»Der kan kun anlægges sag om ophævelse, såfremt:

1° voldgiftsretten med urette har erklæret sig kompetent eller inkompetent, eller

2° voldgiftsretten ikke blev nedsat forskriftsmæssigt, eller

3° voldgiftsretten traf afgørelse uden respekt for den opgave, den var blevet tildelt, eller

4° kontradiktionsprincippet ikke blev overholdt, eller

5° anerkendelse eller fuldbyrdelse af kendelsen er uforenelig med international ordre public.«

III – **De faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

6. Det tyske selskab Behringwerke AG (herefter »Behringwerke«)[2] meddelte den 6. august 1992 Genentech en verdensomspændende ikke-eksklusiv licens (herefter »licensaftalen«) til at anvende aktivatoren for human cytomegalovirus (HCMV), der har til formål at øge effektiviteten af celleprocessen ved fremstilling af proteiner (herefter »aktivatoren«). Denne teknologi var genstand for det europæiske patent EP 0173 177 53, der blev udstedt den 22. april 1992 (herefter »patent EP 177«) samt to patenter udstedt i USA, henholdsvis den 15. december 1988 og den 17. april 2001 (herefter »patent US 522« og »patent US 140«). Patent EP 177 blev ophævet af Den Europæiske Patentmyndighed (herefter »EPO«) den 12. januar 1999.

7. Licensaftalen var undergivet tysk ret.

8. Det fremgår af licensaftalens artikel 3.1, at Genentech som modydelse for retten til at anvende aktivatoren forpligtede sig til at betale:

— en engangslicensafgift på 20 000 DEM (ca. 10 225 EUR) for meddelelse af licensen

— en fast årlig licensafgift på 20 000 DEM (ca. 10 225 EUR) for retten til at anvende licensen til forskningsformål

— en såkaldt »løbende« licensafgift på 0,5% af salget af »færdigfremstillede produkter«[3] (herefter »den løbende licensafgift«).

9. Genentech betalte engangslicensafgiften og den årlige licensafgift, men har aldrig betalt den løbende licensafgift.

10. Den 30. juni 2008 rettede Hoechst og Sanofi-Aventis henvendelse til Genentech med forespørgsel om færdigfremstillede produkter, hvortil der var anvendt patenterede materialer og processer, som medførte krav om betaling af løbende licensafgifter.

11. Ved skrivelse af 27. august 2008 meddelte Genentech Hoechst og Sanofi-Aventis, at selskabet opsagde licensaftalen, der ophørte to måneder senere[4].

12. Da Hoechst og Sanofi-Aventis antog, at Genentech havde anvendt aktivatoren i en rekombinant proteinsyntese med henblik på fremstilling af Rituxan®[5] og andre lægemidler uden at betale de løbende licensafgifter af det samlede salg af disse lægemidler og dermed krænket licensaftalen, indledte selskaberne den 24. oktober 2008 i henhold til voldgiftsbestemmelsen i licensaftalens artikel 11 en voldgiftssag mod Genentech ved den internationale voldgiftsret under International Chamber of Commerce (herefter »ICC«), hvor sagen blev registreret under journalnr. 15900/JHN/GFG.

2 — Behringwerke har efterfølgende overdraget sine rettigheder til Hoechst. Hoechst blev i juli 2005 et datterselskab af Sanofi-Aventis, der er eneste anpartshaver.

3 — Udtrykket defineres i licensaftalen som »omsættelige varer, der indeholder et licensprodukt, og som sælges i en form, der kan ordineres til patienter med henblik på terapeutisk brug eller anvendes i en procedure til diagnosticering, og som ikke anvendes eller sælges med henblik på udvikling af en ny formulering, behandling, ompakning eller nyetikettering inden brug«. I henhold til aftalens ordlyd forstås ved »licensprodukterne« »de materialer (herunder de organismer), der i mangel af den foreliggende aftale ikke kan fremstilles, anvendes eller sælges uden at indebære en krænkelse af et eller flere gyldige patentkrav, der er omfattet af de rettigheder, som er knyttet til de af licensen omfattede patenter«.

4 — Licensaftalens artikel 8, stk. 3, bestemmer, at »LICENSTAGER kan opsige nærværende aftale og de licenser, der er blevet meddelt i henhold til denne, med to (2) måneders varsel ved meddelelse herom til BEHRINGWERKE, såfremt LICENSTAGER beslutter at ophøre med at anvende de licensrettigheder, der herved er blevet indrømmet«.

5 — Det aktive stof i Rituxan® er rituximab. Dette lægemiddel har siden 1998 været markedsført i De Forenede Stater under handelsbetegnelsen Rituxan® og i Den Europæiske Union under betegnelsen MabThera®. Det fremgår af svar på Domstolens skriftlige spørgsmål fra Genentech samt fra Hoechst og Sanofi-Aventis, at de voldgiftskendelser, som nærværende sag angår, vedrører salget af Rituxan® på verdensplan, herunder salget af dette lægemiddel under betegnelsen »MabThera®«.

13. Den 27. oktober 2008 anlagde Hoechst og Sanofi-Aventis sag mod Genentech og Biogen (tidligere Biogen Idec) for United States District Court for the Eastern District of Texas (amerikansk distriktsdomstol for det østlige Texas, De Forenede Stater) angående krænkelse af patent US 522 og patent US 140. Genentech og Biogen Idec havde samme dag anlagt sag for United States District Court for the Northern District of California (amerikansk distriktsdomstol for det nordlige Californien, De Forenede Stater) med påstand om, at patenterne blev kendt ugyldige.

14. De to sager blev forenet med henblik på behandling ved United States District Court for the Northern District of California (amerikansk distriktsdomstol for det nordlige Californien, De Forenede Stater).

15. Den 11. marts 2011 fastslog United States District Court for the Northern District of California (amerikansk distriktsdomstol for det nordlige Californien, De Forenede Stater) i det væsentlige, at der ikke var sket krænkelse af de omhandlede patenter, og tog ikke påstanden om, at patenterne var ugyldige, til følge, idet retten fandt, at det ikke var lykkedes Genentech at løfte bevisbyrden i tilstrækkelig grad. Denne afgørelse blev den 22. marts 2012 stadfæstet af United States Court of Appeals for the Federal Circuit (forbundsappeldomstol, De Forenede Stater) og blev dermed endelig.

16. Ved den tredje delkendelse af 5. september 2012 (herefter den »tredje delkendelse«) [6] fastslog den enevoldgiftsdommer, som parterne havde udpeget [7], at Genentech havde fremstillet Rituxan® ved hjælp af den aktivator, der »gennem nogen tid, med urette eller med rette, har været patenteret i henhold til [patent EP 177] og senere i henhold til patent US 522 og patent US 140] [...]« [8], og fandt på dette grundlag, at Genentech var forpligtet til at betale løbende licensafgifter til Hoechst og Sanofi-Aventis af salget af Rituxan® og produkter med samme egenskaber [9].

17. Enevoldgiftsdommeren fastslog, at Genentech oprindelig havde til hensigt at anvende aktivatoren uden at blive anset for krænker [10] og derfor indgik licensaftalen. Ifølge enevoldgiftsdommeren fulgte det heraf, at licensaftalens handelsformål [11] var at undgå enhver form for retstvist angående gyldigheden af patent US 522 og patent US 140 i licensaftalens gyldighedsperiode [12]. Ifølge voldgiftsmanden kunne en »sådan borgfred ikke vare evigt, da [licensaftalen kunne] opsiges med relativt kort varsel af en af parterne […]« [13].

18. Ifølge voldgiftsmanden er forholdet det, at når et patent først er registreret, kan en licenstager som Genentech føle sig sikker som følge af at have erhvervet en licens til udnyttelse af patentet til forskel fra en tredjemand, der kan bevæges til at afholde sig fra at konkurrere med en licenstager. Med henvisning til licensaftalen fandt voldgiftsmanden derfor, at registrering af patenterne var en relevant betragtning for at fastslå, om indgåelsen af den omhandlede licensaftale havde en handelsmæssig

6 — Tredje delkendelses originalsprog er engelsk. Genentech har for den forelæggende ret samt for Domstolen fremlagt en »fri« oversættelse, som jeg vil gøre brug af i nærværende forslag til afgørelse.

7 — Jf. tredje delkendelses præmis 322-330.

8 — Jf. tredje delkendelses præmis 326.

9 — Jf. tredje delkendelses præmis 114.

10 — Jf. tredje delkendelses præmis 299.

11 — Ifølge enevoldgiftsdommeren skulle kontrakterne i henhold til tysk ret, der finder anvendelse på licensaftalen, ikke alene fortolkes på grundlag af deres bestemmelser, men ligeledes på grundlag af deres tilblivelseshistorie, systematiske sammenhæng og handelsformål (jf. i denne forbindelse tredje delkendelses præmis 255). Dommeren konkluderede, at de kommercielle formål, som foranledigede parterne til at indgå licensaftalen, fulgte af, at Behringwerke på tidspunktet for deres indgåelse havde en patenteret opfindelse (nemlig patent EP 177), som Genentech ønskede at udnytte kommercielt uden risiko for at krænke patentet (jf. i denne forbindelse tredje delkendelses præmis 258). Ifølge enevoldgiftsdommeren var spørgsmålet om patentets gyldighed ikke relevant ifølge tysk ret, der anerkender den kontraktmæssige forpligtelse til at betale licensafgift i henhold til en licensaftale, selv om det pågældende patent i sidste instans ophæves. Han fastslog, at en person i henhold til tysk ret ligeledes kunne meddele licens til en opfindelse, der ikke er eller ikke kan patenteres (jf. i denne forbindelse tredje delkendelses præmis 292).

12 — Jf. i denne forbindelse tredje delkendelses præmis 307.

13 — Jf. tredje delkendelses præmis 308.

betydning, selv om spørgsmålet om deres gyldighed ikke var relevant. I denne forbindelse bemærkede han, at en retstvist angående patenter kunne vare i årevis, som de parallelle sager i De Forenede Stater viste, og give anledning til betragtelige omkostninger [14]. Et selskab som Genentech havde derfor en interesse i at indgå en sådan aftale.

19. Enevoldgiftsdommeren fastslog følgelig, at i henhold til licensaftalen kunne de erlagte eller skyldige betalinger ikke tilbagefordres eller skyldtes fortsat for det tilfælde, at patentet blev ophævet eller ikke var blevet krænket gennem den virksomhed, som udøves af den begunstigede ifølge licensaftalen [15]. Da det kommercielle formål med licensaftalen var at undgå enhver form for retstvist inden for patentområdet, fandt han, at det endelige resultat af patentsagen, for det tilfælde at patentet viste sig at være ugyldigt, hverken forpligtede licensgiveren til at tilbagebetale de modtagene licensafgifter eller fritog licenstageren fra sin forpligtelse til at betale disse licensafgifter for det tilfælde, hvor licenstageren, ligesom Genentech, ikke havde betalt dem.

20. På grundlag af disse betragtninger fandt voldgiftsdommeren, at Genentech ifølge licensaftalens ordlyd skulle betale løbende licensafgifter til Hoechst og Sanofi-Aventis af salget af Rituxan® fremstillet mellem den 15. december 1998 (datoen for udstedelse af patent US 522) og den 28. oktober 2008 (datoen for opsigelsen af licensaftalen) [16].

21. Han dømte endvidere Genentech til at betale Hoechst og Sanofi-Aventis henholdsvis 391 420,36 EUR og 293 565,27 USD (ca. 260 000 EUR) til dækning af deres udgifter til repræsentation i tiden fra den 9. juni 2011 til den 5. september 2012.

22. Endelig forbeholdt han afgørelsen vedrørende vurderingen af de skyldige licensafgifters størrelse, sagsomkostninger og øvrige udgifter til repræsentation til den endelige kendelse.

23. Den 25. februar 2013 afsagde enevoldgiftsdommeren den endelig kendelse, hvorved Genentech blev dømt til at betale Hoechst en erstatning på 108 322 850 EUR med tillæg af simpel rente, 211 250 EUR til dækning af sagsomkostninger samt 634 649,88 EUR og 555 907,23 USD (ca. 490 778 EUR) til dækning af udgifter til repræsentation [17].

24. I præmis 219 i den endelige kendelse bemærkede enevoldgiftsdommeren, at Genentech sent under sagens behandling gjorde gældende, at »Hoechsts bestræbelser på at fortolke [licensaftalen] således, at den giver selskabet mulighed for at opnå betaling af løbende licensafgifter uden hensyn til, om de formodede licenserede produkter, der [var] eller ikke [var] omfattet af de af licensen omfattede patenter, krænkede *Den Europæiske Unions antitrust-bestemmelser*«.

25. I denne forbindelse fastslog enevoldgiftsdommeren, at »Genentech ikke [havde] konkretiseret, *hvorledes* [EU-konkurrenceretten ville blive] krænket, […] såfremt selskabet tab[te] voldgiftssagen. Tysk licenslovgivning tillader licensaftaler med henblik på udnyttelse af ikke-patenteret knowhow, og der kan fastsættes licensafgift for denne brug. Dette kan ikke ændres ved – uden yderligere argumenter – at hævde, at denne licens krænker [EU- konkurrenceretten]« [18].

26. Genentech har i henhold til artikel 1518 og 1520 i code de procédure civile (den civile retsplejelov) anlagt sag for cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) med påstand om ophævelse af tredje delkendelse, den endelige kendelse samt tillægget.

14 — Jf. tredje delkendelses præmis 313.

15 — Jf. tredje delkendelses præmis 314.

16 — Jf. i denne forbindelse tredje delkendelses præmis 161 og konklusionens punkt 1.

17 — Disse beløb blev ikke ændret ved denne afgørelse og tillægget til den endelige kendelse af 25.2.2013, der vedrørte beregning af de renter, som Genentech skyldte Hoechst (herefter »tillægget«).

18 — Jf. den endelige kendelses præmis 222.

27. Ved kendelse af 3. oktober 2013 forkastede cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) Genentechs begæring om at forene sagerne angående ophævelse af tredje delkendelse, den endelige kendelse og tillægget.

28. Under sagen angående ophævelse af den tredje delkendelse har cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) rejst spørgsmål om, hvorvidt licensaftalen er forenelig med artikel 101 TEUF. Retten har anført, at enevoldgiftsdommeren fandt, at licenstageren i aftalens gyldighedsperiode havde været forpligtet til at betale de kontraktmæssige licensafgifter, selv om ophævelsen af patentet eller patenterne havde tilbagevirkende kraft. Retten spørger, om en sådan aftale udgør en krænkelse af bestemmelserne i artikel 101 TEUF, for så vidt som den pålægger licenstageren at betale licensafgifter uden hensyn til, om det eller de patenter, som de meddelte rettigheder vedrører, er blevet ophævet, og »stiller [denne] ringere i konkurrencen«.

29. Dette er baggrunden for, at cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal traktatens artikel [...] 101 TEUF fortolkes således, at den er til hinder for, at en licensaftale, der pålægger licenstageren at betale licensafgift for den blotte udøvelse af de rettigheder, der er knyttet til de af licensen omfattede patenter, tillægges retsvirkning i tilfælde, hvor de pågældende patenter ophæves?«

30. Ved kendelse af 18. november 2015 afviste Cour de cassation (kassationsdomstol) (Frankrig) den af Hoechst og Sanofi-Aventis iværksatte appelsag til prøvelse af den af cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) den 23. september 2014 afsagte dom om forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål for Domstolen.

IV – **Sagens behandling for Domstolen**

31. Den foreliggende præjudicielle anmodning blev registreret på Domstolens Justitskontor den 9. december 2014. Der er afgivet skriftlige indlæg af Genentech, Hoechst og Sanofi-Aventis, den franske, den spanske og den nederlandske regering samt af Europa-Kommissionen.

32. I henhold til artikel 61, stk. 1, i Domstolens procesreglement er parterne blevet anmodet om at besvare Domstolens spørgsmål skriftligt, hvilket de gjorde den 18. december 2015.

33. Der blev afholdt retsmøde den 20. januar 2016, hvor Genentech, Hoechst og Sanofi-Aventis, den franske og den spanske regering samt Kommissionen afgav mundtlige indlæg.

V – **Bedømmelse**

A – *Formaliteten*

1. Forholdet mellem det forelagte spørgsmål og de faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen

34. Hoechst og Sanofi-Aventis samt den franske regering finder, at det præjudicielle spørgsmål er baseret på en forkert faktisk forudsætning. Mens spørgsmålet således vedrører licensaftalens forenelighed med artikel 101 TEUF »i tilfælde, hvor de pågældende *patenter* ophæves«[19], ophævedes alene patent EP 177 den 12. januar 1999, men ikke patent US 522 og patent US 140[20]. Det præjudicielle spørgsmål er følgelig blevet uden genstand og bør afvises.

35. Efter min opfattelse indebærer den omstændighed, at den forelæggende ret i det forelagte spørgsmål henviser til ophævelse af »patenter« (i flertal), mens kun ét patent blev ophævet, ikke, at den præjudicielle anmodning er baseret på en forkert faktisk forudsætning.

36. Det fremgår således klart af den præjudicielle anmodning, at den forelæggende ret udmærket er klar over, at patent US 522 og patent US 140 ikke er blevet ophævet.

37. Den forelæggende ret anfører på s. 2 i den præjudicielle anmodning, at den teknologi, som licensaftalen dækker, »har givet anledning til meddelelsen af flere patenter, nemlig det europæiske patent [EP 177] af 22. april 1992, der *efterfølgende er blevet ophævet* den 12. januar 1999 af Den Europæiske Patentmyndighed på grund af manglende nyhed [...] patent [US 522] af 15. december 1998 og endelig [...] patent [US 140] af 17. april 2001«[21]. Den forelæggende ret antyder på ingen måde, at patent US 522 og patent US 140 er blevet ophævet.

38. Den forelæggende ret henviser endvidere på s. 3 i den præjudicielle anmodning til den af United States District Court for the Northern District of California (amerikansk distriktsdomstol for det nordlige Californien) den 11. marts 2011 afsagte dom, hvorefter »Rituxan® ikke indebar en krænkelse af de omhandlede patenter«. Det følger heraf, at den forelæggende ret var bekendt med indholdet af denne dom, der heller ikke tog påstanden om ophævelse af patent US 522 og patent US 140 til følge[22].

39. Selv om enevoldgiftsdommeren i præmis 193 og 194 i den tredje delkendelse anførte, at United States District Court for the Northern District of California (amerikansk distriktsdomstol for det nordlige Californien) ophævede patent US 522 og patent US 140, figurerer denne fejl endelig intetsteds i den endelige kendelse. Enevoldgiftsdommeren udtaler derimod klart i præmis 50 i den endelige kendelse, at Genentech ikke fik medhold i den af selskabet anlagte sag angående ophævelse af patent US 522 og patent US 140.

40. Selv om det er korrekt, at de tre sager om ophævelse, der blev iværksat for cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) til prøvelse af den tredje delkendelse, den endelige kendelse og tillægget, ikke er blevet forenet[23], fremgår det klart af de sagsakter, der foreligger for Domstolen, at de tre søgsmål er konnekse. Den forelæggende ret behandler selv i sin præjudicielle anmodning disse tre kendelser som én og samme sag[24]. Det er følgelig klart, at der ikke er tale om en forkert faktisk forudsætning.

19 — Min fremhævelse.

20 — Jf. punkt 6 i nærværende forslag til afgørelse.

21 — Min fremhævelse.

22 — Jf. punkt 13, 14 og 15 i nærværende forslag til afgørelse.

23 — Jf. punkt 27 i nærværende forslag til afgørelse.

24 — Jf. bl.a. Genentechs påstande for den forelæggende ret (der er gengivet i den præjudicielle forelæggelse) om ophævelse af den tredje delkendelse, den endelige kendelse og af tillægget.

41. Den hævdede forkerte faktiske forudsætning vil under ingen omstændigheder have nogen betydning for mit forslag til besvarelse af den forelæggende rets spørgsmål, der i lige grad vedrører ophævelse af et patent (her patent EP 177) og den omstændighed, at der ikke foreligger krænkelse af et patent (her patent US 522 og patent US 140).

42. Som Kommissionen således bemærkede i sine svar på Domstolens skriftlige spørgsmål, »konkluderede enevoldgiftsdommeren i den tredje delkendelse, at idéen med [licens]aftalen ikke var at fastsætte godtgørelse eller undladelse af at opkræve licensafgifter for det tilfælde, at visse patenter efterfølgende skulle vise sig at være ugyldige eller ikke var genstand for krænkelse. Idéen med aftalen, som fortolket under hensyn til tysk ret og forløbet af parternes forhandlinger, var at beskytte brugeren af patentet/patenterne – dvs. Genentech – mod et søgsmål angående patentet/patenterne, der kunne være langvarigt og bekosteligt. Det følger heraf, at den omstændighed, at de amerikanske patenter måtte anses for ugyldige eller ikke var blevet krænket, ikke ændrer omfanget af Genentechs forpligtelse til at betale licensafgifter«.

2. Domstolens mulighed for at give den forelæggende ret et fyldestgørende svar

43. Hoechst og Sanofi-Aventis samt den franske regering finder, at Domstolen ikke har mulighed for at give den forelæggende ret et fyldestgørende svar.

44. Den franske regering har i denne forbindelse anført, at den præjudicielle anmodning ikke præciserer de nødvendige faktiske og retlige omstændigheder i relation til artikel 101 TEUF, navnlig Kommissionens forordning (EF) nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af […] artikel [101], stk. 3, [TEUF] på kategorier af teknologioverførselsaftaler [25], som hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer, licensaftalens karakter af kontrakt mellem konkurrenter eller gensidig aftale samt de elementer af tysk ret, som denne aftale er omfattet af.

45. Jeg finder, at disse argumenter må forkastes, idet jeg i overensstemmelse med dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195) slutter, at artikel 101, stk. 1 og 2, TEUF, ikke kræver, at tredje delkendelse ophæves [26]. De gruppefritagelsesforordninger [27], som den franske regering har henvist til, anvender derimod artikel 101, stk. 3, TEUF på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler og tilsvarende samordnet praksis, *der falder ind under traktatens artikel 101, stk. 1, TEUF*, når der i aftalen eller den samordnede praksis kun deltager to virksomheder, hvilket efter min opfattelse ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

46. For det tilfælde, at Domstolen ikke kan tilslutte sig min konklusion, er det under alle omstændigheder min opfattelse, at den ikke råder over tilstrækkelige oplysninger til at kunne foretage en sådan vurdering.

47. Kun for det tilfælde, at Domstolen ikke kan tilslutte sig min konklusion, vil formalitetsindsigelsen vedrørende anvendelse af gruppefritagelsesforordningerne kunne tages til følge.

25 — EUT L 123, s. 11.

26 — Jf. punkt 84-97 i nærværende forslag til afgørelse.

27 — Retsgrundlaget for samtlige tre omhandlede forordninger er Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2.3.1965 om anvendelse af bestemmelserne i [artikel 101], stk. 3, [TEUF] på kategorier af aftaler og samordnet praksis (serie I, 1965-1966, s. 31 og 32, org. ref.: JO 1965, 36, s. 533).

3. Den forelæggende rets kompetence til forelæggelse for Domstolen

48. Hoechst og Sanofi-Aventis støtter, at det er umuligt at besvare det præjudicielle spørgsmål uden at krænke fransk ret, som forbyder realitetsprøvelse af internationale voldgiftskendelser, undtagen i tilfælde af åbenbar krænkelse af international ordre public [(grundlæggende retsprincipper i folkeretten, herefter »international ordre public«)] [28].

49. Hvis der ikke foreligger en sådan åbenbar krænkelse (således som det er tilfældet ved et kartel), sondrer Hoechst og Sanofi-Aventis mellem den situation, hvor spørgsmålet om forenelighed af en aftale mellem virksomheder og artikel 101 TEUF er blevet forbigået i stilhed i den internationale voldgiftskendelse, i hvilket tilfælde der er risiko for at krænke konkurrencerettens effektivitet, og den situation, hvor dette spørgsmål er blevet behandlet i denne. I sidstnævnte situation, som foreligger her, ville besvarelsen af det foreliggende præjudicielle spørgsmål efter deres opfattelse bevirke, at den forelæggende ret efterprøver realiteten af den tredje delkendelse, idet begrundelsen for ophævelsen, som er genstand for dette spørgsmål, havde været rejst og var blevet behandlet for enevoldgiftsdommeren.

50. Det bemærkes i denne henseende, at det inden for rammerne af samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter i henhold til artikel 267 TEUF udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af de konkrete omstændigheder i den sag, der er indbragt for den, at vurdere såvel, om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen.

51. Når spørgsmål, som er forelagt af nationale retter, vedrører fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse, medmindre det er åbenbart, at anmodningen om præjudiciel afgørelse i virkeligheden har til formål at få Domstolen til at træffe afgørelse ved hjælp af en konstrueret tvist eller at afgive responsa om generelle eller hypotetiske spørgsmål, at den fortolkning af EU-retten, der anmodes om, ikke har nogen forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, eller at Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en relevant besvarelse af de forelagte spørgsmål [29].

52. Efter min opfattelse er der intet, der indicerer, at det forelagte spørgsmål er hypotetisk, eller at den fortolkning af EU-retten, der anmodes om, ikke har nogen forbindelse med realiteten i hovedsagen eller genstanden for den sag, som verserer for den nationale ret angående artikel 101 TEUF. Jeg finder endvidere, at Domstolen råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en relevant besvarelse af det forelagte spørgsmål.

53. Til orientering bemærkes ligeledes, at Cour de cassation (kassationsdomstol) afviste den af Hoechst og Sanofi-Aventis iværksatte appel til prøvelse af den af cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris) den 23. september 2014 afsagte dom, hvorved det besluttedes at forelægge Domstolen nærværende præjudicielle spørgsmål.

54. Jeg finder følgelig, at det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling og bør besvares.

28 — Jf. cour d'appel de Paris, 18.11.2004, Thalès, RG nr. 2002/19606, s. 9, Cour de cassation, første afdeling for civile sager, 4.6.2008, Cytec, nr. 06-15 320, Bull. civ. I, nr. 162, s. 4.

29 — Jf. kendelse EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais (C-240/12, EU:C:2013:173, præmis 12 og den deri anførte retspraksis).

B – *Sagens realitet*

1. Omfanget af efterprøvelsen af internationale voldgiftskendelser i relation til europæiske ordre public-bestemmelser [(europæiske grundlæggende retsprincipper, herefter »europæiske ordre public-bestemmelser«)]

55. Den franske regering har i sit skriftlige indlæg henvist til, at Domstolen i præmis 32 i dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) fastslog, at den efterprøvelse, som foretages af medlemsstaternes domstole, af internationale voldgiftskendelser, hvorunder der opstår spørgsmål om EU-retten, kan være »mere eller mindre omfattende«, afhængig af hvilke bestemmelser medlemsstaterne har vedtaget inden for rammerne af deres processuelle autonomi. Den franske regering har på dette grundlag gjort gældende, at bestemmelser i fransk ret, hvorefter de franske retsinstanser ikke kan efterprøve realiteten af internationale voldgiftskendelser og er begrænset til under behandlingen af en begæring om ophævelse af en international voldgiftskendelse, som i den foreliggende sag, at undersøge, om der foreligger en »åbenbar« krænkelse [30] af international ordre public, er i overensstemmelse med EU-rettens effektivitetsprincip.

56. Hoechst og Sanofi-Aventis har gjort gældende [31], at selv om Domstolen i dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) fastslog, at en national ret, der har fået forelagt en begæring om ophævelse af en voldgiftskendelse, ifølge nationale processuelle regler skal tage en begæring om ophævelse til følge, der støttes på en krænkelse af artikel 101 TEUF, forbyder de omhandlede franske processuelle regler efterprøvelse af realiteten for så vidt angår internationale voldgiftskendelser og begrænser omfanget af efterprøvelsen til at omfatte en »åbenbar« krænkelse [32].

57. Da spørgsmålet om en eventuel uforenelighed mellem licensaftalen og artikel 101 TEUF imidlertid var blevet rejst og behandlet for enevoldgiftsdommeren, som afviste det, er det ifølge Hoechst og Sanofi-Aventis umuligt at besvare det præjudicielle spørgsmål uden at foretage en realitetsprøvelse af tredje delkendelse, for så vidt som en licensaftale som den, den foreliggende sag angår, ikke kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål i relation til artikel 101 TEUF og følgelig ikke kan udgøre en åbenbar krænkelse af artikel 101 TEUF.

58. Efter min opfattelse er de begrænsninger for og omfanget [33] af efterprøvelsen af internationale voldgiftskendelser, som er blevet påberåbt af Hoechst og Sanofi-Aventis samt af den franske regering for så vidt angår fransk ret, hvorefter krænkelsen af international ordre public skal være åbenbar, og det er udelukket at efterprøve en international voldgiftskendelse i henseende til en sådan krænkelse, når spørgsmålet om ordre public var blevet rejst og behandlet for voldgiftsdommeren, i strid med det EU-retlige effektivitetsprincip.

30 — Jf. Cour de cassation (kassationsdomstol), første afdeling for civile sager, 4.6.2008, Cytec, nr. 06-15 320, Bull. civ. I, nr. 162, s. 4.

31 — Jf. punkt 48 og 49 i nærværende forslag til afgørelse.

32 — Jf. cour d'appel de Paris (appeldomstol i Paris), 18.11.2004, Thalès, RG nr. 2002/19606, s. 9. Denne løsning blev bekræftet i dom Cytec (Cour de cassation, første afdeling for civile sager, 4.6.2008, Cytec, nr. 06-15 320, Bull. civ. I, nr. 162, s. 4). De to sager angik en krænkelse af EU-konkurrenceretten.

33 — Som det fremgår af begæringen om ophævelse er genstanden for efterprøvelsen i henhold til artikel 1520 i code de procédure civile (den civile retsplejelov) selve den internationale voldgiftskendelse, der er blevet afsagt i Frankrig, og ikke det underliggende instrument, der indeholder den voldgiftsklausul, der giver anledning til voldgiftssagen, i den foreliggende sag licensaftalen. Det er korrekt, at internationale voldgiftskendelser ikke udgør aftaler mellem virksomheder som omhandlet i artikel 101 TEUF, men internationale retsafgørelser, der ikke er knyttet til en statslig retsorden, men henhører under international voldgiftsret (jf. Cour de cassation (kassationsdomstol), første afdeling for civile sager, 8.7.2015, Ryanair, nr. 13-25.846, ECLI:FR:CCASS:2015:C100797; jf. ligeledes i denne retning Cour de cassation (kassationsdomstol), første afdeling for civile sager, 23.3.1994, Hilmarton Ltd, nr. 92-15137, Bull. civ. I, nr. 104, s. 79, Cour de cassation (kassationsdomstol), første afdeling for civile sager, 29.6.2007, PT Putrabali Adyamulia, nr. 05-18053, Bull. civ. I, nr. 250). Det fremgår imidlertid klart af dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), at en international voldgiftskendelse skal ophæves, når den tillægger en aftale mellem virksomheder, der strider mod artikel 101 TEUF, virkning, selv om selve kendelsen ikke udgør en aftale mellem virksomheder. Såfremt det forholdt sig anderledes, ville parterne kunne unddrage konkurrencestridige aftaler fra anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF ved at indføje voldgiftsklausuler i disse.

59. Under henvisning til ordningen vedrørende efterprøvelse af foreneligheden af internationale voldgiftskendelser og EU-retten gennem forbeholdet om ordre public, som blev udformet af Domstolen i dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), der, som den foreliggende sag, angik en begæring om ophævelse af en international voldgiftskendelse baseret på en ordre public-krænkelse, hvilket bekræftedes af Domstolen i dom Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), der angik en begæring om anerkendelse og fuldbyrdelse af en international voldgiftskendelse, der var blevet anfægtet med henvisning til ordre public, bemærkes, at ifølge Domstolen er såkaldt »aftalebaserede« voldgiftsretter [34] ikke en ret i en af medlemsstaterne i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF. De kan følgelig ikke forelægge præjudicielle spørgsmål. Det påhviler følgelig medlemsstaternes retsinstanser i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF, i givet fald ved hjælp af den præjudicielle forelæggelsesprocedure [35], at undersøge (internationale eller andre) voldgiftskendelsers forenelighed med EU-retten, såfremt der er blevet anlagt sag om ophævelse [36], fuldbyrdelse [37], eller under en hvilken som helst anden søgsmålstype eller efterprøvelsesform, som er fastsat i den nationale lovgivning, der finder anvendelse.

60. Ordningen med efterprøvelse af internationale voldgiftskendelsers forenelighed med den materielle EU-ret gennem forbeholdet om ordre public under enten en sag til prøvelse af anerkendelse og fuldbyrdelse eller en begæring om ophævelse flytter med andre ord snarere opgaven med at foretage efterprøvelse til senere led, dvs. til retsinstanserne i medlemsstaterne, end til tidligere led, dvs. til voldgiftsretterne [38].

61. Voldgiftsdommernes opgave inden for international handelsvoldgift er således at fortolke og anvende den kontrakt, der er indgået mellem parterne, korrekt. Under denne opgave kan voldgiftsdommerne naturligvis være nødt til at anvende EU-ret, hvis denne er en del af den ret, der finder anvendelse på kontrakten (lex contractus), eller af den ret, der finder anvendelse på voldgiften (lex arbitrii). Efterprøvelsen af, om EU-retlige ordre public-regler er blevet overholdt, påhviler imidlertid medlemsstaternes retsinstanser, og ikke voldgiftsdommerne, enten under et ugyldighedssøgsmål eller under en sag angående anerkendelse og fuldbyrdelse [39].

34 — Jf. dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 34). Jeg benytter dette udtryk for at sondre i forhold til visse voldgiftsretter, som Domstolen har fastslået opfylder kriterierne i dens retspraksis for at kunne forelægge et præjudicielt spørgsmål (jf. dom Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, og kendelse Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92). På grundlag af denne retspraksis er det forventeligt, at voldgiftsretter, for hvilke der indbringes en sag i henhold til konventionen om bilæggelse af investeringstvister mellem stater og statsborgere fra andre stater (ICSID), kan forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Jf. i denne retning J. Basedow, »EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice«, *Journal of International Arbitration*, bind 32, 2015, s. 367, s. 376-381. Eftersom antallet og betydningen af voldgiftssager angående investeringer, der rejser spørgsmål om anvendelsen af EU-retten, er stigende, navnlig inden for statsstøtteområdet, kan voldgiftsretters mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål bidrage til en korrekt og effektiv anvendelse af EU-retten.

35 — Jf. dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 32, 33 og 40). Jf. ligeledes i denne retning dom afsagt af Högsta domstolen (øverste domstol, Sverige) af 17.6.2015 i sag nr. T 5767-13, Systembolaget mod The Absolute Company, præmis 23.

36 — Dette er tilfældet for så vidt angår den forelæggende ret i nærværende sag samt de nederlandske retsinstanser i den sag, der lå til grund for dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269).

37 — Dette var tilfældet for så vidt angik de litauiske retsinstanser i den sag, der lå til grund for dom Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), hvor spørgsmålet var, om den pågældende internationale voldgiftskendelse var en »anti-suit injunction« i strid med ordre public som omhandlet i artikel V, stk. 2, litra b), i konventionen om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske voldgiftskendelser, indgået i New York den 10.6.1958 (United Nations Treaty Series, bind 330, s. 3).

38 — Der findes ganske vist nogle undtagelser, bl.a. indgreb foretaget i tidligere led af den (nationale) dommer, hvor voldgiftsretten har sæde, som denne foretager i kraft af sin status som dommer, der bistår voldgiftsretten. Disse undtagelser har imidlertid ikke til formål at sikre overholdelsen af EU-retten. Jf. i denne retning den sag, der lå til grund for dom Rich (C-190/89, EU:C:1991:319) angående etablering af en voldgiftsret.

39 — Situationen kan være en anden i forbindelse med international voldgift vedrørende investeringer, hvor nogle ordninger, herunder ICSID-konventionen, ikke giver medlemsstaternes retsinstanser mulighed for at efterprøve, om internationale voldgiftskendelser er i overensstemmelse med EU-retlige ordre public-bestemmelser (jf. bl.a. konventionens artikel 53 og 54). For så vidt som disse retssystemer, ligesom ICSID-konventionen, forbinder medlemsstaterne og tredjelande, er de omfattet af artikel 351 TEUF. En konflikt mellem reglerne om international voldgift og EU's retsorden ville kunne undgås, såfremt voldgiftsretterne kunne forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål (jf. fodnote 34).

62. Denne ordning fungerer således modsat ordningen om gensidig tillid, der bl.a. blev indført ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012 af 12. december 2012 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område [40], der pålægger den retsinstans, der forestår anerkendelse og fuldbyrdelse (dvs. retsinstansen i det tidligere led), og ikke det senere led, at sikre, at den EU-ret, der finder anvendelse på sagens realitet, overholdes, herunder EU-retlige ordre public-bestemmelser [41].

63. På denne baggrund undersøger jeg de to begrænsninger, som fransk ret pålægger.

a) Den åbenbare eller klare karakter af ordre public-krænkelsen

64. Hvis efterprøvelsen af en international voldgiftskendelse i relation til EU-retlige ordre public bestemmelser (der allerede kun omfatter én, allerede meget begrænset kategori af bestemmelser i EU's retsorden) skal begrænses til klare eller åbenbare krænkelser af artikel 101 TEUF, ville denne efterprøvelse være illusorisk, henset til, at aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, »ofte [er] skjulte« [42], hvilket i en lang række tilfælde vil gøre det umuligt (eller uforholdsmæssigt vanskeligt) for borgerne at udøve de rettigheder, de er tillagt i henhold til EU-konkurrenceretten.

65. Som Hoechst og Sanofi-Aventis indrømmede i punkt 21 i deres skriftlige indlæg, ligesom deres juridiske sagkyndige gjorde i punkt 5 i sin udtalelse [43], ville denne yderst begrænsede efterprøvelse bevirke, at den kun omfatter »[de] mest åbenlyse krænkelser [af artikel 101 TEUF], såsom aftaler om prisfastsættelse eller opdeling af markedet«. Konkurrencebegrænsende virkninger ville således fuldstændig blive unddraget domstolskontrol under en ugyldighedssag, idet konstateringen af deres eksistens ville kræve mere end en blot minimal undersøgelse af voldgiftskendelsens realitet, hvilket de franske retsinstanser ikke ville kunne foretage.

66. Selv om der findes en graduering af overtrædelserne af artikel 101 TEUF afhængig af, hvor åbenlyse eller skadelige de er, bl.a. henset til formålet med eller følgen af begrænsningerne [44], tillader artikel 101 TEUF på ingen måde, at det sluttes, at visse af disse begrænsninger kan være acceptable. Artikel 101 TEUF forbyder således udtrykkeligt aftaler mellem virksomheder, »*som har til formål eller til følge*« [45] at begrænse konkurrencen. Forholdet er følgelig, at der enten foreligger en overtrædelse af artikel 101 TEUF, i hvilket tilfælde aftalen mellem de omhandlede virksomheder er ugyldig, eller at dette ikke er tilfældet.

67. I denne forbindelse er det følgelig uvæsentligt, om krænkelsen af ordre public-bestemmelsen er åbenbar eller ej. Ingen systemer kan acceptere krænkelser af dets mest grundlæggende bestemmelser, der udgør en del af dets ordre public, og dette uanset om karakteren af disse krænkelser er åbenbar, eller indlysende, eller dette ikke er tilfældet.

40 — EUT L 351, s. 1.

41 — Jf. i denne retning præmis 33 i dom Renault (C-38/98, EU:C:2000:225), hvori Domstolen fastslog, at »[r]etten i den stat, begæringen rettes til, [ikke] kan [...] – uden at dette bringer konventionens formål i fare – nægte at anerkende en retsafgørelse fra en anden kontraherende stat, alene fordi den finder, at national ret eller fællesskabsretten er anvendt urigtigt i afgørelsen. Det må tværtimod antages, at retsmiddelsystemerne i hver enkelt kontraherende stat, suppleret med adgangen til at forelægge præjudicielle spørgsmål i henhold til [artikel 267 TEUF], udgør en tilstrækkelig garanti for borgerne i sådanne tilfælde.« Den fastslog derefter i dommens præmis 34, at »en eventuel urigtig retsanvendelse som den, der er tale om i hovedsagen, ikke udgør en åbenbar overtrædelse af en retsregel, der anses for væsentlig i retsordenen i den stat, som begæringen rettes til«.

42 — Dom Courage og Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 27).

43 — Professor Laurence Idot medgiver, at hans opfattelse ville føre til, at »den nationale dommer, med undtagelse af den usædvanlige situation, at en kendelse, hvorved et kartel eksempelvis blev tillagt virkning, herefter ikke under en sag, der iværksættes til prøvelse af kendelsen, [ville] kunne realitetsbehandle et konkurrenceretligt spørgsmål, såfremt dette har været rejst og er blevet behandlet for voldgiftsretten«.

44 — Jf. dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 48-52).

45 — Min fremhævelse.

b) Manglende mulighed for at efterprøve, om en international voldgiftskendelse krænker ordre public, når spørgsmålet har været rejst og er blevet behandlet for voldgiftsretten, idet dette ville indebære en efterprøvelse af realiteten af den nævnte kendelse

68. Domstolen fastslog i præmis 36 i dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), at artikel 101 TEUF (tidligere artikel 81 EF) var »en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget til [Unionen], og navnlig for det indre markeds funktion« [46].

69. Domstolen fastslog i øvrigt i præmis 37 i dom Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), at voldgiftsretterne ikke er bundet af princippet om gensidig tillid [47]. Dette indebærer, at medlemsstaternes retsinstanser ikke er forpligtede til at respektere svar på EU-retlige spørgsmål fra voldgiftsretter, der ikke er retter i medlemsstaterne i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 267 TEUF.

70. Såfremt artikel 101 TEUF således er en så grundlæggende bestemmelse i EU's retsorden, kan den omstændighed, at parterne for voldgiftsretten har rejst og behandlet spørgsmålet om, hvorvidt den internationale voldgiftskendelse er uforenelig med denne bestemmelse, ikke være afgørende, da parternes adfærd under voldgiftssagen ville kunne skade den effektive virkning af denne artikel, idet voldgiftsretten i princippet [48] ikke kan forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen og ikke nødvendigvis har til opgave at fortolke og anvende EU-retten.

71. Af disse grunde kan den efterprøvelse, som en ret i en medlemsstat foretager af internationale voldgiftskendelsers uforenelighed med EU-rettens ordre public, ikke afhænge af, om dette spørgsmål har været rejst eller er blevet behandlet under voldgiftsagen eller ej, og kan ikke undergives begrænsninger gennem forbud i national ret mod efterprøvelse af realiteten i den omhandlede kendelse.

72. En eller flere parter i aftaler, som eventuelt er konkurrencebegrænsende, kan med andre ord ikke unddrage disse sidstnævnte kontrol i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF ved at vælge voldgift.

2. Kræver artikel 101, stk. 1, TEUF, at en international voldgiftskendelse, som den hovedsagen angår, hvorved en patentlicensaftale medfører en forpligtelse til betaling af løbende licensafgifter i hele aftalens løbetid, selv for det tilfælde at et patent, der dækker den omhandlede teknologi, ophæves med

46 — Domstolen støttede denne konstatering på EF-traktatens artikel 3, litra g) (nu artikel 3, stk. 1, litra b), TEUF). Som jeg anførte i punkt 182 i mit forslag til afgørelse Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414), »er jeg enig [...] i, at dom Eco Swiss (EU:C:1999:269, præmis 36) [...] ikke kan fortolkes således, at den omstændighed, at Unionen har enekompetence eller delt kompetence på et bestemt område i henhold til artikel 3 TEUF eller 4 TEUF, er tilstrækkelig til at henføre en EU-retlig bestemmelse til ordre public. Hvis det var tilfældet, ville hele EU-retten – lige fra Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder til direktivet om trykbærende udstyr – være ordre public [...]«. I punkt 177 i samme forslag til afgørelse redegjorde jeg, idet jeg citerede præmis 304 i dom Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen (C-402/05 P og C-415/05 P, EU:C:2008:461), for, hvorfor det EU-retlige begreb ordre public kun kan omfatte »principper, som hører til selve grundlaget for [EU's] retsorden«, og »som ikke må tilsidesættes [...] eftersom en sådan tilsidesættelse ikke vil være acceptabel i en fri og demokratisk retsstat.« Der er således tale om »så grundlæggende, præceptiv[e] reg[ler] i [EU's] retsorden, at [de] ikke på nogen måde må fraviges i forbindelse med den omhandlede sag (jf. punkt 100 i mit forslag til afgørelse i sag Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:11). Artikel 101 TEUF og 102 TEUF er i denne forstand grundlæggende og væsentlige bestemmelser for det indre markeds funktion, uden hvilke Unionen ikke ville kunne fungere, og hvoraf en krænkelse, uanset om den er åbenbar eller indlysende eller ej, ud fra en EU-retlig betragtning ville være uacceptabel.

47 — Jf. ligeledes i denne retning punkt 154 i mit forslag til afgørelse Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414).

48 — Jf. dom Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) og kendelse Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92). I den foreliggende sag er enevoldgiftsdommeren ikke »en ret i en medlemsstat« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i denne retspraksis, idet dennes kompetence ikke er permanent, men en følge af et frit, kontraktmæssigt valg, som parterne traf i den licensaftale, der lå til grund for de pågældende voldgiftskendelser i hovedsagen.

tilbagevirkende kraft (i den foreliggende sag patent EP 177), eller såfremt udnyttelsen af den omhandlede teknologi ikke indebærer en krænkelse (i den foreliggende sag af patent US 522 og patent US 140), skal ophæves?

a) Indledende bemærkninger

73. Det fremgår af ordlyden af tredje delkendelse og den af enevoldgiftsdommeren anlagte fortolkning af licensaftalen, at Genentechs forpligtelse til at betale løbende licensafgifter til Hoechst og Sanofi-Aventis, beregnet på basis af selskabets produktion af medikamenter under anvendelse af aktivatorteknologien, ikke forudsatte, at denne teknologi er eller forbliver beskyttet af et patent [49].

74. Ifølge tredje delkendelse er udnyttelsen af den omhandlede teknologi i licensaftalens løbetid i sig selv tilstrækkelig til at medføre forpligtelse til at betale de løbende licensafgifter [50].

75. I denne forbindelse tilkommer det ikke Domstolen at efterprøve eller at rejse tvivl om de faktiske omstændigheder, som enevoldgiftsdommeren har lagt til grund, og dennes fortolkning af licensaftalen på grundlag af tysk ret, hvorefter denne licensaftale indebærer forpligtelse til betaling af licensafgifter uanset ophævelse eller manglende krænkelse af et eller flere patenter.

76. Den forelæggende ret har endvidere kun spurgt Domstolen om fortolkningen af artikel 101 TEUF, hvorfor Genentechs henvisninger til dom Huawei Technologies (C-170/13, EU:C:2014:2391) samt til visse passager i det forslag til afgørelse [51], som jeg fremsatte i denne sag, der alene angik fortolkningen af artikel 102 TEUF, er irrelevante.

b) Parternes argumenter

77. Ifølge Genentech påvirker den forpligtelse, som tredje delkendelse pålægger selskabet til at betale de omhandlede løbende licensafgifter, når patentet er ophævet, eller der ikke er tale om krænkelse af et patent, der er omfattet af licensen, ikke alene handelen mellem medlemsstaterne betragteligt, men udgør ligeledes en konkurrencebegrænsning såvel i betragtning af dens formål som dens følge.

78. For så vidt angår påvirkningen samhandelen mellem medlemsstaterne har Genentech anført, at Kommissionen den 2. juni 1998 meddelte en markedsføringstilladelse for MabThera® i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 2309/93 af 22. juli 1993 om fastlæggelse af fællesskabsprocedurer for godkendelse og overvågning af human- og veterinærmedicinske lægemidler og om oprettelse af et europæisk agentur for lægemiddelvurdering [52], der var gyldig med henblik på markedsføring i hele EU. Ifølge Genentech fremstillede selskabet i den relevante periode (1998-2008) »rituximab« med henblik på markedsføring i forskellige medlemsstater, navnlig Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Den Italienske Republik og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland. Selskabet har anført, at de licensafgifter, som enevoldgiftsdommeren nåede frem til, blev

49 — Genentech, Hoechst og Sanofi-Aventis, den franske regering samt Kommissionen har i deres svar på Domstolens skriftlige spørgsmål anført, at tredje delkendelse ikke omhandler patent EP 177. Ifølge Kommissionen er relevansen af de to amerikanske patenter (patent US 522 og patent US 140) ikke af væsentlig betydning for den tredje delkendelse. Den finder, at det følger af den ret, der finder anvendelse på licensaftalen, dvs. tysk ret, at tilbagekaldelse eller ophævelse af et patent, der er genstand for en licens, ikke påvirker forpligtelsen til at betale licensafgifter, og tilføjer, at tysk ret tillader meddelelse af en licens selv for en teknologi, der hverken er patenteret eller kan patenteres. Hoechst og Sanofi-Aventis har understreget, at det klart fremgår af tredje delkendelse, at enevoldgiftsdommeren har pålagt Genentech at betale de skyldige licensafgifter til Sanofi, hvilket udelukkende er begrundet i Genentechs anvendelse af den aktivator, der er genstand for licensaftalen, til fremstilling af Rituxan® i USA.

50 — Ifølge de amerikanske retter er det ubestridt, at patent US 522 og patent US 140 ikke er blevet krænket. Enevoldgiftsdommeren har i øvrigt i præmis 322-300 i tredje delkendelse fastslået, at aktivatoren var blevet anvendt til fremstilling af Rituxan® fra den 15.12.1998 til den 27.10.2008. Jf. punkt 16 i nærværende forslag til afgørelse.

51 — C-170/13, EU:C:2014:2391.

52 — EFT L 214, s. 1.

beregnet på basis af nettosalg på verdensplan af færdige produkter i perioden 1998-2008, og at konkurrencebegrænsningen som følge af den betaling, som enevoldgiftsdommeren pålagde, henset til det betragtelige omfang af salget i EU i den relevante periode, påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne direkte.

79. Genentech har ligeledes oplyst, at selskabet har lidt en konkurrencemæssig ulempe på markedet, i og med at selskabet er tvunget til at betale for brugen af en teknologi, som andre konkurrenter kan udnytte frit og gratis.

80. Ifølge Genentech har Hoechst og Sanofi-Aventis opnået godtgørelse og ugrundet berigelse, idet de har modtaget [53] løbende licensafgifter for videnskabelige og teknologiske opfindelser, som de ikke har bidraget til. Genentech finder, at de internationale voldgiftskendelser, som hovedsagen angår, tillod Hoechst og Sanofi-Aventis i strid med EU-konkurrenceretten at »beskatte« deres konkurrenter og at pålægge den farmaceutiske industri i almindelighed, og Genentech og dets datterselskaber i særdeleshed, en finansiel byrde, idet disse driver virksomhed såvel i Europa som i resten af verden.

81. For så vidt angår selve konkurrencesituationen har Genentech anført, at Sanofi-Aventis er den næststørste lægemiddelkoncern i Europa i henseende til indtægter fra receptpligtige lægemidler og deltager i forskning og udvikling samt fremstilling af lægemidler inden for en lang række behandlingsområder. Genentech har endvidere anført, at Sanofi-Aventis er en af de vigtigste konkurrenter til Roche (der i dag er eneste anpartshaver i Genentech) inden for den forskningsbaserede medicinalindustri.

82. Hoechst og Sanofi-Aventis finder derimod, at de voldgiftskendelser, som Genentech har anfægtet, kun i meget begrænset omfang vedrører EU.

83. De har ligeledes anført, at de licensafgifter, som Genentech er skyldige, ikke udspringer af et hvilket som helst europæisk patent, og at de anfægtede internationale voldgiftskendelser overhovedet ikke har påvirket Genentechs salg. De har ligeledes tilføjet, at enevoldgiftsdommeren alene traf afgørelse for så vidt angik spørgsmålet om, hvorvidt Genentech kontraktmæssigt var forpligtet til at betale licensafgifterne i henhold til licensaftalen, og at de licensafgifter, som Hoechst og Sanofi-Aventis blev tillagt ved den endelige kendelse, blev beregnet på grundlag af salget på verdensplan af Rituxan®, hvoraf kun 17% vedrører EU, hvilket svarer til ca. 18 mio. EUR i den omhandlede periode, 1998-2008.

c) Bedømmelse

84. For så vidt angår vurderingen af påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne tilslutter jeg mig de bemærkninger, som Kommissionen har anført i sine svar på Domstolens skriftlige spørgsmål, hvorefter det tilkommer den forelæggende ret, henset til det pågældende markeds karakteristiske træk, at efterprøve, om det er tilstrækkeligt sandsynligt, at forpligtelsen til at betale licensafgifterne efter afsigelsen af den endelige kendelse og i henhold til licensaftalen udøver en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelen mellem medlemsstater, og at denne indflydelse ikke er ubetydelig [54].

53 — Ved kendelse af 3.10.2013 fastslog cour d'appel de Paris, at den tredje delkendelse, den endelige kendelse samt tillægget var eksigible. De trufne afgørelser blev herefter fuldbyrdet.

54 — Ifølge Kommissionen antyder visse omstændigheder, at forpligtelsen til at betale de omhandlede licensafgifter kan have en sådan indflydelse. »For det første er det geografiske område, som licensaftalen dækker, hele verden og omfatter følgelig hele Den Europæiske Union [...] For det andet vedrører licensaftalen en teknologi, der ifølge [ene]voldgiftsdommerens opfattelse, blev anvendt til fremstilling af rituximab, der er det aktive stof i lægemidlet MabThera®, der markedsføres i EU. For det tredje er MabThera® genstand for en markedsføringstilladelse [...] i henhold til [a]rtikel 3 i [forordning (EØF) nr. 2309/93]. For det fjerde har Genentech tilsyneladende markedsført MabThera® i hvert fald i Tyskland, Frankrig og Italien. For det femte er Sanofi og [Genentech, der nu er en del af Roche-koncernen,] betydelige konkurrenter på området for lægemiddelforskning, og specielt potentielle konkurrenter inden for virkeområdet for Rituxan® (og MabThera®). For det sjette kan forpligtelsen til at betale licensafgifter belaste Genentechs produktionsomkostninger og have til følge, at konkurrencen på markederne for eksisterende produkter og teknologier mindskes, navnlig inden for virkeområdet for MabThera®. For det syvende er omsætningen af Rituxan® og MabThera® tilsyneladende på over en mia. EUR, hvorfor de kan betragtes som »succes«-lægemidler.

85. For så vidt angår konkurrencebegrænsningen er spørgsmålet ikke, om Genentech kommercielt blev mindre gunstigt stillet ved den fortolkning af licensaftalen, som enevoldgiftsdommeren anlagde, eller om virksomheden, (utvivlsomt) klog af skade, ikke burde have indgået en sådan aftale [55]. Formålet med artikel 101 TEUF er ikke en generel regulering af handelsforbindelser mellem virksomheder, men er begrænset til at forbyde visse typer af aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.

86. Domstolen undersøgte i øvrigt i dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195) ud fra en konkurrencemæssig betragtning en kontraktmæssig forpligtelse, hvorved indehaveren af en licens vedrørende en patenteret opfindelse var forpligtet til uden tidsbegrænsning at betale en licensafgift, således også efter udløb af patentet.

87. Domstolen udtalte i denne doms præmis 11 og 12:

»Det kan ikke udelukkes, at en bestemmelse i en licensaftale, hvorefter der skal betales en licensafgift, kan have *et andet grundlag end et patent*. En sådan bestemmelse kan således navnlig afspejle den værdi, som efter en *forretningsmæssig vurdering* tillægges den mulighed for udnyttelse, som licensaftalen indebærer [...]

Såfremt der ikke er fastsat nogen tidsbegrænsning for forpligtelsen til at betale licensafgift, og det på dette grundlag gøres gældende, at licenstageren fortsat er bundet af denne forpligtelse, efter at det pågældende patent er udløbet, opstår det spørgsmål, om forpligtelsen til fortsat licensbetaling, under hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori licensaftalen skal ses, kan udgøre en konkurrencebegrænsning, der omfattes af artikel [101], stk. 1« [56].

88. Ifølge Domstolen kan den omhandlede forpligtelse udgøre en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, såfremt denne ikke giver licenstageren ret til at opsige aftalen med et rimeligt varsel eller tilsigter at begrænse licenstagerens dispositionsfrihed efter opsigelsen [57].

89. Selv om det er korrekt, at denne dom angik økonomiske og retlige omstændigheder, der er lidt forskellige fra dem, som hovedsagen her angår [58], finder jeg, at denne retspraksis kan finde analog anvendelse på den foreliggende sag.

55 — Hoechst og Sanofi-Aventis anførte i deres svar på Domstolens skriftlige spørgsmål, at »den omstændighed i sig selv, at betaling af de kontraktmæssige licensafgifter, der skyldtes i henhold til licensaftalen, eventuelt kan udgøre en finansiel byrde for licenstageren, konkret Genentech, er ikke tilstrækkelig til at karakterisere en konkurrencebegrænsning. En sådan byrde illustrerer blot den kommercielle karakter af den licensaftale, der blev indgået af fuldt informerede, ligebyrdige og fuldt oplyste kommercielle virksomheder, der som en hvilken som helst handelsaftale kan vise sig at være kommercielt mindre fordelagtig, end en af parterne oprindelig antog«.

56 — Mine fremhævelser.

57 — Jf. dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195, præmis 13). Genentech finder, at Kommissionen i sin beslutning af 2.12.1975 om en procedure i henhold til artikel [101 TEUF] (IV/26 949 – AOIP/Beyrard) (EFT 1976, L 6, s. 8) havde erklæret, at der er tale om en konkurrencebegrænsning, såfremt en klausul i en aftale angående et licenseret patent »fastsætter betaling af licensafgifter til licensgiveren uden at dennes patenter udnyttes«. En sådan klausul i en licensaftale er ifølge Kommissionen »ligeledes uforenelig med artikel [101], stk. 1, på samme måde som forpligtelsen til at betale licensafgifter *efter patentets udløb*«« (min fremhævelse). Genentechs bemærkninger vedrører en klausul, der forpligter en licenstager til at betale licensafgifter, når denne fremstiller de af kontrakten omhandlede produkter uden at udnytte licensgiverens patenter. Kommissionen fandt i denne beslutning, at klausulen havde en konkurrencebegrænsende virkning, fordi den fastsatte betaling af licensafgifter til licensgiveren, uden at dennes patenter blev udnyttet. I denne forbindelse fandt den, at denne klausul, i lighed med en anden klausul, der fastsatte forpligtelse til at betale licensafgifter efter udløb af et patent, var uforenelig med artikel 101, stk. 1, TEUF. Det bemærkes, at Kommissionen, ligesom Domstolen i præmis 13 i dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195), understregede, at »[f]orpligtelsen til at betale afgifter efter udløbet af [...] patent[et] [...] udgør [...] en overtrædelse af artikel [101], *fordi aftalen ikke tillader licenstageren at bringe aftalen til ophør*« (min fremhævelse).

58 — Den foreliggende sag angår ophævelse af eller manglende krænkelse af patenter, mens den sag, der lå til grund for dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195) angik udløb af patenter.

90. Tredje delkendelse bekræfter, at Genentechs forpligtelse til at betale licensafgifter ikke fulgte af brugen af en teknologi, der er beskyttet af gyldige patenter, men alene af den omhandlede licensaftale [59]. Det fremgår klart af enevoldgiftsdommerens fortolkning af licensaftalen på grundlag af tysk ret, at det kommercielle formål med denne aftale var at give Genentech mulighed for at benytte den omhandlede aktivator, samtidig med at selskabet undgik søgsmål angående patentet. Henset til, at Genentech til forskel fra andre brugere af aktivatoren, der ikke havde indgået en sådan licensaftale med Hoechst og Sanofi-Aventis, reelt har haft fordel af denne »midlertidige borgfred« [60] i licensaftalens løbetid, var de betalinger, som Genentech skyldte for brugen af aktivatoren i henhold til aftalen, ikke tilbagebetalingspligtige til trods for, at de omhandlede patenter ikke var blevet krænket eller ophævet.

91. Forpligtelsen til at betale licensafgifter gjaldt i øvrigt kun i licensaftalens gyldighedsperiode, og Genentech kunne frit opsige den med et meget kort varsel på to måneder [61]. Efter opsigelsen af licensaftalen befandt Genentech sig følgelig i præcis samme situation som alle andre brugere af den omhandlede aktivator [62].

92. Jeg bemærker endvidere, at Genentechs handlefrihed på ingen måde var begrænset i tiden efter opsigelsen, og at selskabet ikke var bundet af en klausul, der forbød selskabet at anfægte gyldigheden eller krænkelse af de omhandlede patenter. Selskabet indledte i øvrigt ugyldighedssøgsmål vedrørende patenterne for United States District Court for the Northern District of California (amerikansk distriktsdomstol for det nordlige Californien), efter at licensaftalen var blevet opsagt.

93. Genentech finder imidlertid, at det følger af dom Windsurfing International mod Kommissionen (193/83, EU:C:1986:75), at der foreligger en krænkelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, hvis patentlicenstageren er forpligtet til at betale licensafgifter beregnet på grundlag af nettosalgsprisen for et produkt, som ikke er dækket af patentet.

94. Domstolen fastslog i denne dom, at dette beregningssystem for licensafgifter på basis af nettosalgsprisen for et komplet sejlbræt var egnet til at begrænse konkurrencen for så vidt angik brætter, der ikke var dækket af et patent [63]. I denne forbindelse bemærkede Domstolen i dommens præmis 65, at der fandtes en efterspørgsel såvel efter separate rigge, som separate brætter.

95. I denne dom havde patenthaveren imidlertid igennem den pågældende klausul og i strid med artikel 101, stk. 1, litra e), TEUF, gjort indgåelsen af kontrakten betinget af, at medkontrahenten accepterede supplerende ydelser [64], der efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke havde forbindelse med aftalens genstand. I tvisten i hovedsagen er der imidlertid ingen indicier for, at fuldbyrdelsen af tredje delkendelse bevirkede, at Genentech blev pålagt forpligtelser, der efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke havde forbindelse med licensaftalens genstand.

96. Ifølge enevoldgiftsdommeren var det kommercielle formål med licensaftalen således at undgå retstvister inden for patentområdet, og beregningen af licensafgifterne var følgelig fuldstændig uafhængig af, om der fandtes et gyldigt patent for det færdige produkt eller ej.

59 — Hoechst og Sanofi-Aventis har anført, at national ret i en række medlemsstater kun giver licenstager ret til at ophøre med betaling af licensafgifter for fremtiden, når et patent ophæves, mens han derimod ikke kan kræve allerede betalte licensafgifter tilbagebetalt.

60 — Jf. præmis 315 i tredje delkendelse.

61 — I den sag, der lå til grund for dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195), var der fastsat et opsigelsesvarsel på seks måneder til ophør pr. 1.10 i et år.

62 — Kommissionen anførte derimod i sit indlæg, at »en forpligtelse til fortsat at betale licensafgifter, uden mulighed for at opsige aftalen med et rimeligt varsel, belaster licenstagerens fremstillingsomkostninger uden økonomisk begrundelse, og ville bevirke, at konkurrencen begrænses på markeder for eksisterende produkter og teknologier, og ville afskrække licenstageren fra at investere i udvikling af forbedring af dens teknologi«.

63 — Jf. dom Windsurfing International mod Kommissionen (193/83, EU:C:1986:75, præmis 67).

64 — Den omhandlede klausul i licensaftalen forpligtede licenstagerne til at betale licensafgifter for rigge til et sejlbræt, fremstillet under et patent, der udelukkende omfattede rigge, på basis af salgsprisen for et komplet sejlbræt, der består af rigge og brætter, idet sidstnævnte ikke var beskyttet af patentet.

97. Jeg finder følgelig, at artikel 101 TEUF ikke er til hinder for, at der i tilfælde af ophævelse eller ved manglende krænkelse af patenter, der beskytter en teknologi, tillægges en licensaftale, hvorved licenstageren pålægges at betale licensafgift for den blotte udøvelse af de rettigheder, der er knyttet til de af licensen omfattede patenter, retsvirkning, når det kommercielle formål med denne aftale dels er at give licenstageren mulighed for at udnytte den omhandlede teknologi, samtidig med at denne undgår søgsmål angående patenter, dels, at licenstageren kan opsige licensaftalen med et rimeligt varsel, selv i tilfælde af ophævelse eller manglende krænkelse.

3. Anvendeligheden af gruppefritagelsesforordninger vedrørende teknologioverførsel

98. Genentech, Hoechst, Sanofi-Aventis, den nederlandske regering og Kommissionen har afgivet indlæg vedrørende anvendelse af bestemmelserne i Kommissionens forordning (EU) nr. 316/2014 af 21. marts 2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler [65].

99. Den franske regering finder derimod, at det er Kommissionens forordning (EF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om anvendelse af […] artikel [101], stk. 3, [TEUF] på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler [66] og forordning nr. 772/2004, der bør finde anvendelse på den omhandlede periode, da det forelagte spørgsmål angår gennemførelse af licensaftalen i perioden fra den 15. december 1998 til den 27. oktober 2008.

100. Efter min opfattelse er det ikke hensigtsmæssigt at undersøge anvendeligheden af disse tre forordninger, såkaldte »gruppefritagelsesforordninger«, i den foreliggende sag.

101. Bortset fra at Domstolen ikke råder over tilstrækkelige oplysninger til at kunne foretage en sådan efterprøvelse, er den overflødig, idet jeg i overensstemmelse med dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195) finder, at artikel 101, stk. 1 og 2, TEUF ikke kræver, at den tredje delkendelse ophæves. Det bemærkes, at disse gruppefritagelsesforordninger anvender artikel 101, stk. 3, TEUF [67] på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler, hvori der kun deltager to virksomheder og på tilsvarende samordnet praksis, *der falder ind under traktatens artikel 101, stk. 1, TEUF*.

102. For fuldstændighedens skyld bemærkes, at jeg ikke finder at kunne tiltræde Genentechs betragtninger om, at den forpligtelse, der påhviler selskabet i henhold til tredje delkendelse, til at betale licensafgifter på basis af det samlede salg af MabThera® udgør en hardcorebegrænsning i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a) og d), i forordning nr. 316/2014.

103. Det fremgår således ikke af de sagsakter, som Domstolen råder over, at licensaftalen og den tredje delkendelse dels har til formål eller til følge at begrænse Genentechs adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjemand [68], dels at begrænse selskabets muligheder for »at udnytte egne teknologirettigheder« eller »for at udføre forskning og udvikling« [69].

65 — EUT L 93, s. 17.

66 — EFT L 31, s. 2.

67 — Retsgrundlaget for de tre omhandlede forordninger er forordning nr. 19/65.

68 — Jf. artikel 4, stk. 1, litra a), i forordning nr. 316/2014. Jf. i denne retning artikel 101, stk. 1, litra a), TEUF.

69 — Jf. artikel 4, stk. 1, litra d), i forordning nr. 316/2014. Jf. i denne retning artikel 101, stk. 1, litra b), TEUF.

VI – **Forslag til afgørelse**

104. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer de af cour d'appel de Paris forelagte spørgsmål således:

»I tilfælde af ophævelse eller ved manglende krænkelse af patenter, der beskytter en teknologi, kræver artikel 101 TEUF ikke, at en international voldgiftskendelse, der tillægger en licensaftale, hvorved licenstageren pålægges at betale licensafgift for den blotte udøvelse af de rettigheder, der er knyttet til de af licensen omfattede patenter, retsvirkning, når det kommercielle formål med denne aftale er at give licenstageren mulighed for at udnytte den omhandlede teknologi, samtidig med at denne undgår søgsmål angående patenter, forudsat at licenstageren kan opsige licensaftalen med et rimeligt varsel, kan anfægte gyldigheden eller krænkelse af patenter og bevarer sin handlefrihed efter opsigelsen.«