CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 17 maart 2016[1]

Zaak C-567/14

Genentech Inc.
tegen
Hoechst GmbH, voorheen Hoechst AG,
Sanofi-Aventis Deutschland GmbH

[verzoek van de cour d'appel de Paris (Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis — Mededinging — Artikel 101 VWEU — Mededingingsregeling — Overeenkomst waarbij een niet-exclusieve octrooilicentie wordt verleend — Vernietiging van de octrooien — Geen inbreuk — Invloed — Verplichting tot royaltybetaling"

I – **Inleiding**

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 101 VWEU. Meer bepaald wenst de cour d'appel de Paris te vernemen of het met deze bepaling in strijd is dat een octrooilicentiehouder royalty's verschuldigd blijft zolang de octrooilicentieovereenkomst niet is opgezegd, ook wanneer op het in licentie gegeven octrooi geen inbreuk wordt gemaakt of wanneer dat octrooi is vernietigd.

2. Het verzoek is ingediend in het kader van een beroep tot vernietiging van de arbitrale vonnissen die zijn gewezen tussen Genentech Inc., vennootschap naar het recht van Delaware (Verenigde Staten) (hierna: „Genentech"), enerzijds, en Hoechst GmbH, voorheen Hoechst AG (hierna: „Hoechst"), en Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (hierna: „Sanofi-Aventis"), vennootschappen naar Duits recht, anderzijds.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

II – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

3. Artikel 101 VWEU bepaalt:

„1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

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

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

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

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

e) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard:

— voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

— voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en

— voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.”

B – *Frans recht*

4. Artikel 1518 van de code de procédure civile (Frans wetboek van burgerlijke rechtsvordering) bepaalt:

„Tegen een in Frankrijk gewezen internationaal arbitraal vonnis staat uitsluitend het rechtsmiddel van vernietiging open."

5. Artikel 1520 van de code de procédure civile luidt:

„Vernietiging kan slechts plaatsvinden indien:

1° Het scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd of onbevoegd heeft verklaard;

2° Het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld;

3° Het scheidsgerecht zich in zijn uitspraak niet aan zijn opdracht heeft gehouden;

4° Het beginsel van hoor en wederhoor niet is geëerbiedigd, of

5° De erkenning of de tenuitvoerlegging van het vonnis in strijd is met de internationale openbare orde."

III – **Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vraag**

6. Op 6 augustus 1992 heeft de vennootschap naar Duits recht Behringwerke AG (hierna: „Behringwerke")[2] aan Genentech een wereldwijde niet-exclusieve licentie verleend (hierna: „licentieovereenkomst") voor het gebruik van de activator van het menselijk cytomegalovirus (HCMV), waarmee de effectiviteit van het voor de eiwitproductie gebruikte celdelingsproces kan worden vergroot (hierna: „activator"). Voor deze technologie waren verschillende octrooien afgegeven, namelijk op 22 april 1992 het Europees octrooi nr. EP 0173 177 53 (hierna: „octrooi EP 177") en op 15 december 1998 respectievelijk 17 april 2001 twee Amerikaanse octrooien (hierna: „octrooi US 522" en „octrooi US 140"). Op 12 januari 1999 heeft het Europees Octrooibureau (EOB) octrooi EP 177 vernietigd.

7. Op de licentieovereenkomst was Duits recht van toepassing.

8. Volgens artikel 3.1 van de licentieovereenkomst was Genentech als tegenprestatie voor de verkregen licentie de volgende vergoedingen verschuldigd:

— een eenmalige vergoeding van 20 000 Duitse mark (DEM) (circa 10 225 EUR) voor de kosten van de licentieverlening;

— een vaste jaarlijkse vergoeding van 20 000 DEM (circa 10 225 EUR) voor onderzoeksdoeleinden;

2 — Behringwerke heeft haar rechten nadien overgedragen aan Hoechst. Sinds juli 2005 is Hoechst een 100 %-dochteronderneming van Sanofi-Aventis.

— „running” royalty's ten belope van 0,5 % over de verkoop van de „afgewerkte producten” [3] (hierna: „running royalty's”).

9. Genentech heeft zowel de eenmalige als de jaarlijkse vergoeding betaald, maar heeft de running royalty's nooit afgedragen.

10. Op 30 juni 2008 hebben Hoechst en Sanofi-Aventis Genentech vragen gesteld over de door haar verkochte afgewerkte producten waarin de geoctrooieerde technologie was toegepast, op grond waarvan zij in hun ogen de overeengekomen running royalty's verschuldigd was.

11. Bij brief van 27 augustus 2008 heeft Genentech Hoechst en Sanofi-Aventis in kennis gesteld van haar besluit om de licentieovereenkomst met ingang van 27 oktober 2008 op te zeggen. [4]

12. Daar Hoechst en Sanofi-Aventis van mening waren dat Genentech de activator in een nieuwe synthetiserende proteïnesamenstelling had gebruikt voor de vervaardiging van Rituxan® [5] en andere geneesmiddelen, zonder dat zij de overeengekomen royalty's over de verkopen van al die geneesmiddelen had afgedragen, en dat zij daarmee de licentieovereenkomst had geschonden, zijn zij op 24 oktober 2008 overeenkomstig artikel 11 van de licentieovereenkomst een arbitrageprocedure tegen Genentech gestart bij het Internationale Hof van Arbitrage van de Internationale Kamer van Koophandel (ICC), dat de zaak onder nummer 15900/JHN/GFG heeft ingeschreven.

13. Op 27 oktober 2008 hebben Hoechst en Sanofi-Aventis bij de United States District Court for the Eastern District of Texas tegen Genentech en Biogen (voorheen Biogen Idec.) een vordering wegens inbreuk op de octrooien US 522 en US 140 ingesteld. Diezelfde dag hebben laatstgenoemden voor de United States District Court for the Northern District of California vernietiging van die octrooien gevorderd.

14. Die twee zaken zijn gevoegd voor de United States District Court for the Northern District of California.

15. Op 11 maart 2011 heeft die rechterlijke instantie in wezen vastgesteld dat er geen inbreuk op de betrokken octrooien werd gemaakt. Zij heeft bovendien de vordering tot vernietiging van die octrooien afgewezen met het argument dat Genentech daarvoor onvoldoende bewijs had aangeleverd. Die uitspraak is op 22 maart 2012 door de United States Court of Appeals for the Federal Circuit bevestigd en daarmee onherroepelijk geworden.

3 — In de licentieovereenkomst gedefinieerd als „verhandelbare waren waarin een onder de licentie vallend product is opgenomen en die met het oog op de therapeutische toediening ervan worden verkocht in een voor de patiënt gebruiksklare vorm dan wel worden gebruikt in het kader van diagnostiek, en die niet worden verkocht om vóór gebruik opnieuw te worden gekwalificeerd, verwerkt, verpakt of geëtiketteerd”. Volgens de licentieovereenkomst gaat het bij „onder de licentie vallende producten” om de „materialen (daaronder begrepen de organismen) waarvan de vervaardiging, het gebruik of de verkoop zonder deze overeenkomst inbreuk zou opleveren op een of meerdere niet-vervallen claims die deel uitmaken van de aan de licentie verbonden rechten”.

4 — Artikel 8, lid 3, van de licentieovereenkomst bepaalt dat „[de] licentienemer [...] deze overeenkomst en de op grond daarvan verleende licenties door kennisgeving aan Behringwerke [kan] opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van twee (2) maanden, indien hij besluit niet langer gebruik te maken van de daaruit voortvloeiende rechten”.

5 — De werkzame stof van Rituxan® is rituximab. Dit geneesmiddel wordt sinds 1998 in de Verenigde Staten verkocht onder de merknaam Rituxan® en in de Europese Unie onder de merknaam MabThera®. Uit de antwoorden van Genentech en van Hoechst en Sanofi-Aventis op de schriftelijke vragen van het Hof blijkt dat de arbitrale vonnissen waarom het in deze zaak gaat, betrekking hebben op de wereldwijde verkopen van Rituxan®, dus inclusief de verkopen van dit geneesmiddel onder de merknaam MabThera®.

16. Bij het derde deelvonnis van 5 september 2012 (hierna: „derde deelvonnis”)[6] heeft de door partijen gekozen alleensprekende arbiter geoordeeld[7] dat Genentech Rituxan® had vervaardigd met gebruikmaking van de activator „waarvoor enige tijd, al dan niet terecht, octrooibescherming was verleend bij het [octrooi EP 177] en later de [octrooien US 522 en 140] [...]”[8]. Hij heeft daarom gemeend dat Genentech verplicht was om aan Hoechst en Sanofi-Aventis running royalty's te betalen over de verkopen van Rituxan® en van de producten met dezelfde eigenschappen.[9]

17. Naar het oordeel van de alleensprekende arbiter had Genentech de activator aanvankelijk willen gebruiken zonder als inbreukmaker te worden bestempeld[10], en had zij om die reden de licentieovereenkomst gesloten. De alleensprekende arbiter leidde daaruit af dat het commerciële doel van de licentieovereenkomst[11] was om gedurende de looptijd van deze overeenkomst eventuele procedures over de geldigheid van de octrooien US 522 en US 140 te vermijden.[12] Volgens die arbiter kon een „dergelijk bestand niet eeuwig duren, aangezien [de licentieovereenkomst] op vrij korte termijn door een der partijen [kon] worden opgezegd [...]”[13].

18. De alleensprekende arbiter heeft opgemerkt dat zodra een octrooi was ingeschreven, een licentienemer als Genentech kon worden gerustgesteld door de verkrijging van een licentie om dat octrooi te exploiteren, terwijl een derde juist ervan kon worden weerhouden een licentienemer te beconcurreren. Hij heeft derhalve geoordeeld dat volgens de licentieovereenkomst het feit dat de octrooien waren ingeschreven, een relevante overweging was om het bestaan van een commerciële reden voor de sluiting van die overeenkomst aan te tonen, ook al was de geldigheid van de octrooien in zoverre niet van belang. In dit verband heeft de alleensprekende arbiter onder verwijzing naar de parallelle procedures in de Verenigde Staten erop gewezen dat een octrooigeschil jaren kan aanslepen en aanzienlijke kosten kan meebrengen.[14] Een bedrijf als Genentech had dus belang bij het sluiten van een licentieovereenkomst.

19. De alleensprekende arbiter heeft bijgevolg geoordeeld dat de conform de licentieovereenkomst betaalde of verschuldigde bedragen niet konden worden teruggevorderd respectievelijk verschuldigd bleven in geval van vernietiging van het octrooi of indien het octrooi door de activiteiten van de begunstigde van de licentieovereenkomst niet werd geschonden.[15] Aangezien het commerciële doel van de licentieovereenkomst was om eventuele octrooigeschillen te vermijden, heeft de alleensprekende arbiter zich op het standpunt gesteld dat de uiteindelijke uitkomst van de procedure betreffende het octrooi de licentiegever niet verplichtte om de ontvangen royalty's terug te betalen in het geval dat het octrooi ongeldig zou blijken, noch de licentienemer vrijstelde van zijn verplichting tot royaltybetaling indien hij deze, zoals bij Genentech het geval was, nooit had betaald.

6 — De oorspronkelijke taal van het derde deelvonnis is het Engels. Genentech heeft zowel aan de verwijzende rechter als aan het Hof een „vrije” Franse vertaling van dit vonnis overgelegd, waarop ik mij voor deze conclusie baseer.

7 — Zie de punten 322-330 van het derde deelvonnis.

8 — Zie punt 326 van het derde deelvonnis.

9 — Zie punt 114 van het derde deelvonnis.

10 — Zie punt 299 van het derde deelvonnis.

11 — De alleensprekende arbiter heeft overwogen dat volgens het op de licentieovereenkomst toepasselijke Duitse recht bij de uitlegging van een overeenkomst niet alleen moet worden gekeken naar de bepalingen ervan, maar ook naar de wijze van totstandkoming, de opzet en het commerciële oogmerk (zie in die zin punt 255 van het derde deelvonnis). Hij heeft vastgesteld dat de commerciële motieven op grond waarvan de partijen de licentieovereenkomst hadden gesloten, voortvloeiden uit het feit dat Behringwerke ten tijde van de sluiting van de overeenkomst beschikte over een uitvinding waarop octrooi was verleend (namelijk octrooi EP 177), die Genentech commercieel wilde toepassen zonder het risico te lopen het octrooi te schenden (zie in die zin punt 258 van het derde deelvonnis). De vraag naar de geldigheid van het octrooi was volgens de alleensprekende arbiter naar Duits recht niet relevant, aangezien er volgens dit recht een contractuele aanspraak op betaling van de in een licentieovereenkomst afgesproken royaltyvergoeding bestaat, zelfs als het betrokken octrooi uiteindelijk wordt vernietigd. De alleensprekende arbiter heeft erop gewezen dat naar Duits recht ook een licentie kan worden verleend voor de toepassing van een uitvinding waarop geen octrooi is of kan worden verleend (zie in die zin punt 292 van het derde deelvonnis).

12 — Zie in die zin punt 307 van het derde deelvonnis.

13 — Zie punt 308 van het derde deelvonnis.

14 — Zie punt 313 van het derde deelvonnis.

15 — Zie punt 314 van het derde deelvonnis.

20. Op basis van deze overwegingen is de arbiter tot de slotsom gekomen dat Genentech op grond van de bepalingen van de licentieovereenkomst verplicht was om aan Hoechst en Sanofi-Aventis running royalty's af te dragen over de verkopen van Rituxan*, voor zover vervaardigd tussen 15 december 1998 (afgiftedatum van het octrooi US 522) en 28 oktober 2008 (opzeggingsdatum van de licentieovereenkomst). [16]

21. De arbiter heeft Genentech bovendien veroordeeld om aan Hoechst en Sanofi-Aventis 391 420,36 EUR plus 293 565,27 Amerikaanse dollars (USD) (circa 260 000 EUR) te betalen als vergoeding van de kosten van juridische bijstand die zij in de periode van 9 juni 2011 tot en met 5 september 2012 hebben gemaakt.

22. Hij heeft tot slot te kennen gegeven dat hij in zijn eindvonnis uitspraak zou doen over het bedrag van de verschuldigde royalty's, de kosten van de arbitrage en de overige kosten van juridische bijstand.

23. Op 25 februari 2013 heeft de alleensprekende arbiter zijn eindvonnis gewezen, waarbij hij Genentech heeft veroordeeld om aan Hoechst de volgende bedragen te betalen: 108 322 850 EUR, vermeerderd met een enkelvoudige rente, bij wijze van schadevergoeding; 211 250 EUR aan arbitragekosten, en 634 649,88 EUR en 555 907,23 USD (circa 490 778 EUR) als vergoeding van de kosten van rechtsbijstand. [17]

24. In punt 219 van zijn eindvonnis merkt de alleensprekende arbiter op dat Genentech in een laat stadium van de procedure heeft betoogd dat „de pogingen van Hoechst om [de licentieovereenkomst] aldus uit te leggen dat zij op grond daarvan aanspraak [kon] maken op de running royalty's, ongeacht of de producten die volgens haar onder de licentie [vielen], al dan niet [werden] gedekt door de in licentie gegeven octrooien, in strijd waren met de *antitrustwetgeving van de Europese Unie*".

25. In dit verband heeft de alleensprekende arbiter geoordeeld dat „Genentech niet duidelijk [had] gemaakt *in welk opzicht* [het mededingingsrecht van de Unie zou worden] geschonden indien zij de onderhavige arbitrage [zou] verliezen. Naar Duits recht kunnen licentieovereenkomsten worden gesloten teneinde, eventueel tegen betaling van royalty's, niet-geoctrooieerde kennis te kunnen toepassen. Men kan hierin geen verandering brengen door – zonder nadere argumenten – te stellen dat die licentie in strijd is met [het mededingingsrecht van de Unie]." [18]

26. Genentech heeft overeenkomstig de artikelen 1518 en 1520 van de code de procédure civile bij de cour d'appel de Paris vorderingen tot vernietiging van, respectievelijk, het derde deelvonnis, het eindvonnis en het addendum ingesteld.

27. Bij beschikking van 3 oktober 2013 heeft de cour d'appel de Paris afwijzend beslist op het verzoek van Genentech om die drie vernietigingsprocedures te voegen.

28. In het kader van de procedure tot vernietiging van het derde deelvonnis vraagt de cour d'appel de Paris zich af of de licentieovereenkomst zich verdraagt met artikel 101 VWEU. Zij wijst erop dat de alleensprekende arbiter heeft geoordeeld dat de licentienemer de contractueel overeengekomen royalty's verschuldigd was zolang die overeenkomst gold, ook al had de vernietiging van het octrooi of de octrooien terugwerkende kracht. De cour d'appel de Paris vraagt zich af of een dergelijke overeenkomst in strijd is met artikel 101 VWEU, in zoverre de licentienemer op grond daarvan wordt verplicht tot betaling van royalty's waarvoor inmiddels geen rechtsgrond meer bestaat wegens de vernietiging van het octrooi of de octrooien waaruit de verleende rechten voortvloeien, waardoor hij een „concurrentienadeel" lijdt.

16 — Zie in die zin punt 161 alsook punt 1 van het dictum van het derde deelvonnis.

17 — Deze bedragen zijn niet gewijzigd bij het addendum bij het eindvonnis van 25 februari 2013, dat betrekking had op de berekening van de door Genentech aan Hoechst verschuldigde rente (hierna: „addendum").

18 — Zie punt 222 van het eindvonnis.

29. In deze omstandigheden heeft de cour d'appel de Paris besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Dient artikel 101 VWEU aldus te worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat aan een octrooilicentieovereenkomst die de licentienemer verplicht tot het betalen van royalty's voor het enkele gebruik van de rechten die zijn verbonden aan de in licentie gegeven octrooien, uitvoering wordt gegeven wanneer de octrooien nietig zijn verklaard?"

30. Bij beschikking van 18 november 2015 heeft de Cour de cassation (Frankrijk) het cassatieberoep van Hoechst en Sanofi-Aventis tegen de beslissing van de cour d'appel de Paris van 23 september 2014 om zich met een prejudiciële vraag tot het Hof te wenden, niet-ontvankelijk verklaard.

IV – **Procedure bij het Hof**

31. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is op 9 december 2014 bij de griffie van het Hof binnengekomen. Genentech, Hoechst en Sanofi-Aventis, de Franse, de Spaanse en de Nederlandse regering alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

32. Overeenkomstig artikel 61, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof is partijen verzocht de door het Hof gestelde vragen schriftelijk te beantwoorden, wat zij op 18 december 2015 hebben gedaan.

33. Ter terechtzitting van 20 januari 2016 hebben Genentech, Hoechst en Sanofi-Aventis, de Franse en de Spaanse regering alsmede de Commissie pleidooi gehouden.

V – **Analyse**

A – *Ontvankelijkheid*

1. Verband tussen de gestelde vraag en de realiteit van het hoofdgeding

34. Zowel Hoechst en Sanofi-Aventis als de Franse regering zijn van mening dat aan de prejudiciële vraag een feitelijk onjuist uitgangspunt ten grondslag ligt. Terwijl deze vraag namelijk betrekking heeft op de verenigbaarheid van de licentieovereenkomst met artikel 101 VWEU „wanneer *de octrooien* zijn vernietigd"[19], is uitsluitend octrooi EP 177 op 12 januari 1999 vernietigd, maar geldt dit niet voor de octrooien US 522 en US 140.[20] De prejudiciële vraag zou dus zonder voorwerp zijn en niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

35. Het feit dat de verwijzende rechter in zijn vraag spreekt van de vernietiging van „de octrooien" (in het meervoud), terwijl slechts één octrooi is vernietigd, betekent in mijn ogen niet dat aan het verzoek om een prejudiciële beslissing een feitelijk onjuist uitgangspunt ten grondslag ligt.

36. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt immers duidelijk dat de verwijzende rechter zich terdege ervan bewust is dat de octrooien US 522 en US 140 niet zijn vernietigd.

19 — Cursivering van mij.

20 — Zie punt 6 van deze conclusie.

37. Zo merkt hij op bladzijde 2 van zijn verzoek om een prejudiciële beslissing op dat voor de technologie waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft, „verschillende octrooien zijn afgegeven, allereerst op 22 april 1992 een Europees octrooi [EP 177] *dat nadien* op 12 januari 1999 door het [EOB] *nietig is verklaard* op grond dat het geen nieuwe uitvinding betrof, vervolgens op 15 december 1998 [...] octrooi [US 520], en ten slotte op 17 april 2001 [...] octrooi [US 140]”.[21] De verwijzende rechter heeft het nergens over de vernietiging van de octrooien US 522 en US 140.

38. Bovendien verwijst de verwijzende rechter op bladzijde 3 van zijn verzoek om een prejudiciële beslissing naar de uitspraak van de United States District Court for the Northern District of California van 11 maart 2011, die volgens hem heeft „geoordeeld dat met de vervaardiging van Rituxan® geen inbreuk werd gemaakt op de betrokken octrooien”. De verwijzende rechter laat hiermee zien dat hij kennis heeft van de inhoud van die uitspraak, waarbij ook de vordering tot vernietiging van de octrooien US 522 en US 140 is afgewezen.[22]

39. Tot slot refereert de alleensprekende arbiter in de punten 193 en 194 van het derde deelvonnis weliswaar aan de vernietiging van de octrooien US 522 en US 140 door de United States District Court for the Northern District of California, maar deze onjuistheid komt in het eindvonnis niet meer voor. In punt 50 van dat vonnis zegt de alleensprekende arbiter juist zeer duidelijk dat de door Genentech ingestelde vordering tot vernietiging van die Amerikaanse octrooien is afgewezen.

40. Hoewel de bij de cour d’appel de Paris aanhangig gemaakte procedures tot vernietiging van, respectievelijk, het derde deelvonnis, het eindvonnis en het addendum niet zijn gevoegd[23], blijkt uit de aan het Hof voorgelegde stukken duidelijk dat die drie zaken met elkaar samenhangen. De verwijzende rechter zelf behandelt die drie arbitrale uitspraken in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing immers als één geheel.[24] Het is dan ook duidelijk dat er geen sprake is van een feitelijk onjuist uitgangspunt.

41. Voor het antwoord dat ik het Hof in overweging zal geven, maakt het hoe dan ook geen enkel verschil of de vraag van de verwijzende rechter al dan niet op het gestelde feitelijk onjuiste uitgangspunt gebaseerd is, aangezien deze vraag zowel ziet op de situatie waarin een octrooi is vernietigd (in casu octrooi EP 177), als op die waarin er geen inbreuk wordt gemaakt op een octrooi (in casu de octrooien US 522 en US 140).

42. Want zoals de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof heeft opgemerkt, „heeft de alleensprekende arbiter in het derde deelvonnis vastgesteld dat de [licentie]overeenkomst niet inhield dat de royalty’s zouden worden terugbetaald of niet verschuldigd zouden zijn ingeval achteraf mocht blijken dat bepaalde octrooien ongeldig waren of dat op bepaalde octrooien geen inbreuk werd gemaakt. De bedoeling van die overeenkomst, uitgelegd in het licht van de Duitse wetgeving en van de wijze waarop zij tot stand is gekomen, was om de gebruiker van het octrooi/de octrooien – dat wil zeggen Genentech – te behoeden voor octrooigeschillen, die langdurig en kostbaar kunnen zijn. Het maakt voor de omvang van de verplichting van Genentech om royalty’s te betalen dus niet uit of de Amerikaanse octrooien nu als ongeldig dan wel als niet-geschonden zijn beschouwd.”

21 — Cursivering van mij.

22 — Zie de punten 13-15 van deze conclusie.

23 — Zie punt 27 van deze conclusie.

24 — Zie met name de door Genentech voor de verwijzende rechter geformuleerde conclusies (zoals weergegeven in het verzoek om een prejudiciële beslissing), strekkende tot vernietiging van het derde deelvonnis, het eindvonnis en het addendum.

2. De vraag of het Hof de verwijzende rechter een nuttig antwoord kan geven

43. Hoechst en Sanofi-Aventis alsmede de Franse regering zijn van mening dat het Hof de verwijzende rechter geen nuttig antwoord kan geven.

44. De Franse regering merkt in dit verband op dat in het verzoek om een prejudiciële beslissing niet de feitelijke en juridische gegevens worden vermeld die noodzakelijk zijn in het kader van de toepassing van artikel 101 VWEU en, met name, van verordening (EG) nr. 722/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel [101], lid 3, [VWEU] op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht[25], zoals de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt, de aard van de licentieovereenkomst – dat wil zeggen of er sprake is van een overeenkomst tussen concurrenten dan wel van een wederkerige overeenkomst – en de inhoud van het op die overeenkomst toepasselijke Duitse recht.

45. Deze argumenten falen in mijn ogen, omdat ik in lijn met het arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195) zal concluderen dat het derde deelvonnis niet op grond van artikel 101, leden 1 en 2, VWEU dient te worden vernietigd.[26] De door de Franse regering genoemde vrijstellingsverordeningen[27] passen echter artikel 101, lid 3, VWEU toe op bepaalde groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht en op vergelijkbare onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij slechts twee partijen betrokken zijn, *die onder de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU vallen*, wat naar mijn mening in casu niet het geval is.

46. Ik meen dan ook dat het Hof niet over voldoende gegevens zou beschikken om een dergelijke analyse te kunnen uitvoeren, mocht het mijn conclusie niet delen.

47. Alleen in dat geval zou het met de toepassing van de genoemde vrijstellingsverordeningen verband houdende ontvankelijkheidsbezwaar dus kunnen worden aanvaard.

3. De bevoegdheid van de verwijzende rechter om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken

48. Hoechst en Sanofi-Aventis stellen dat het onmogelijk is om de prejudiciële vraag te beantwoorden zonder daarmee het Franse recht te schenden, dat namelijk een inhoudelijke toetsing van internationale arbitrale vonnissen verbiedt, tenzij de internationale openbare orde op flagrante wijze wordt geschonden.[28]

49. Als er van een dergelijke flagrante schending geen sprake is (zoals in het geval van een kartel), moet volgens Hoechst en Sanofi-Aventis onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin in het internationale arbitrale vonnis niet is ingegaan op de vraag naar de verenigbaarheid van een overeenkomst tussen ondernemingen met artikel 101 VWEU, waarbij dus het gevaar bestaat dat de doeltreffendheid van de mededingingsregels wordt aangetast, en gevallen waarin die kwestie wel ter sprake is gebracht. Hoechst en Sanofi-Aventis zijn van mening dat in de laatste situatie, die zich in casu voordoet, beantwoording van de prejudiciële vraag de verwijzende rechter zou verplichten tot een onderzoek naar de juistheid van het derde deelvonnis, aangezien de in deze vraag bedoelde vernietigingsgrond tijdens de procedure voor de alleensprekende arbiter ter sprake is gebracht en voorwerp van debat is geweest.

25 — PB L 123, blz. 11.

26 — Zie de punten 84-97 van deze conclusie.

27 — De drie betrokken verordeningen hebben stuk voor stuk als rechtsgrondslag verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel [101], lid 3, [VWEU] op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 1965, 36, blz. 533).

28 — Zie cour d'appel de Paris, 18 november 2004, Thalès, RG nr. 2002/19606, blz. 9, en Cour de cassation, eerste civiele kamer, 4 juni 2008, Cytec, nr. 06-15.320, Bull. civ. I, nr. 162, blz. 4.

50. In dit verband herinner ik eraan dat het in het kader van de in artikel 267 VWEU geregelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.

51. Wanneer de door een nationale rechter gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van het Unierecht, is het Hof dus in beginsel verplicht daarop te antwoorden, tenzij duidelijk blijkt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing in werkelijkheid ertoe strekt via een kunstmatig geding een uitspraak van het Hof uit te lokken of het Hof adviezen te doen geven over algemene of hypothetische vragen, dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of dat het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [29]

52. In mijn ogen wijst niets erop dat de gestelde vraag een hypothetisch karakter heeft of dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met de realiteit of het voorwerp van het voor de verwijzende rechter aanhangig geding, dat betrekking heeft op artikel 101 VWEU. Ik meen bovendien dat het Hof beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vraag.

53. Louter ter informatie wijs ik er ook op dat de Cour de cassation het cassatieberoep van Hoechst en Sanofi-Aventis tegen de beslissing van de cour d'appel de Paris van 23 september 2014 om het Hof de onderhavige prejudiciële vraag voor te leggen, niet-ontvankelijk heeft verklaard.

54. Ik meen dan ook dat de prejudiciële vraag ontvankelijk is en moet worden beantwoord.

B – *Ten gronde*

1. Omvang van de toetsing van internationale arbitrale vonnissen aan de regels van Europese openbare orde

55. In haar schriftelijke opmerkingen brengt de Franse regering in herinnering dat het Hof in punt 32 van het arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) heeft geoordeeld dat de toetsing door de rechterlijke instanties van de lidstaten van internationale arbitrale vonnissen waarin Unierechtelijke vragen aan de orde worden gesteld, „al naar de omstandigheid van het geval meer of minder uitgebreid" kan zijn, afhankelijk van de regels die de lidstaten in het kader van hun procedurele autonomie hebben vastgesteld. Op grond hiervan stelt de Franse regering dat de Franse rechtsregels volgens welke de Franse rechter internationale arbitrale vonnissen niet inhoudelijk mag toetsen en in het kader van een beroep tot vernietiging van een internationaal arbitraal vonnis als in deze zaak aan de orde slechts mag nagaan of de internationale openbare orde op „flagrante wijze" wordt geschonden [30], in overeenstemming zijn met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel.

29 — Zie beschikking EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais (C-240/12, EU:C:2013:173, punt 12 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 — Zie Cour de cassation, eerste civiele kamer, 4 juni 2008, Cytec, nr. 06-15.320, Bull. civ. I, nr. 162, blz. 4.

56. Hoechst en Sanofi-Aventis erkennen [31] dat het Hof in het arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) heeft geoordeeld dat een nationale rechter die wordt verzocht een internationaal arbitraal vonnis te vernietigen, volgens de regels van zijn nationale procesrecht een op schending van artikel 101 VWEU gebaseerde vordering tot vernietiging moet toewijzen, maar wijzen erop dat de in casu toepasselijke regels van Frans procesrecht een inhoudelijke toetsing van internationale arbitrale vonnissen verbieden en de Franse rechter slechts toestaan om na te gaan of er sprake is van een „flagrante" schending [32].

57. Aangezien de mogelijke strijdigheid van de licentieovereenkomst met artikel 101 VWEU aan de orde is gesteld en voorwerp van debat is geweest tijdens de procedure voor de alleensprekende arbiter, die deze strijdigheid heeft ontkend, is het volgens Hoechst en Sanofi-Aventis onmogelijk om de prejudiciële vraag te beantwoorden zonder een inhoudelijke toetsing van het derde deelvonnis. Een licentieovereenkomst als die waarom het in deze zaak gaat, kan volgens hen namelijk niet worden geacht een met artikel 101 VWEU strijdige mededingingsbeperkende strekking te hebben, en kan dus geen flagrante schending van deze bepaling opleveren.

58. Beperkingen van de omvang [33] van de toetsing van internationale arbitrale vonnissen zoals die welke volgens Hoechst en Sanofi-Aventis en volgens de Franse regering naar Frans recht gelden – het feit dat de schending van de internationale openbare orde flagrant moet zijn en het feit dat een internationaal arbitraal vonnis niet op een dergelijke schending kan worden getoetst wanneer het openbare-orde-vraagstuk in de arbitrageprocedure aan de orde is gesteld en voorwerp van debat is geweest – zijn in mijn ogen in strijd met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel.

59. Onder verwijzing naar het systeem van toetsing van internationale arbitrale vonnissen op hun verenigbaarheid met het recht van de Unie via de openbare-orde-exceptie, zoals het Hof dit heeft ontwikkeld in zijn arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) – waarin het net als in het onderhavige geval ging om een vordering tot vernietiging van een internationaal arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde – en heeft bevestigd in zijn arrest Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316) – waarin het ging om een verzoek om erkenning en tenuitvoerlegging van een internationaal arbitraal vonnis dat om redenen van openbare orde was aangevochten – breng ik in herinnering dat naar het oordeel van het Hof „bij overeenkomst ingestelde" [34] scheidsgerechten geen rechterlijke instanties van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU zijn. Zij kunnen bijgevolg geen prejudiciële vragen stellen. Het is dus aan de rechterlijke instanties van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU om, eventueel

31 — Zie de punten 48 en 49 van deze conclusie.

32 — Zie cour d'appel de Paris, 18 november 2004, Thalès, RG nr. 2002/19606, blz. 9. Deze oplossing is bevestigd in het arrest Cytec (Cour de cassation, eerste civiele kamer, 4 juni 2008, Cytec, nr. 06-15.320, Bull. civ. I, nr. 162, blz. 4). Beide zaken hadden betrekking op schending van het mededingingsrecht van de Unie.

33 — Aangezien de vernietigingsactie overeenkomstig artikel 1520 van de code de procédure civile openstaat tegen in Frankrijk gewezen internationale arbitrale vonnissen, is het voorwerp van de toetsing het internationale arbitrale vonnis zelf en niet het onderliggende instrument waarin het arbitraal beding is opgenomen dat tot de arbitrage heeft geleid, in casu de licentieovereenkomst. Het is juist dat internationale arbitrale vonnissen geen overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 101 VWEU zijn, maar internationale „rechterlijke" beslissingen die niet zijn toe te rekenen aan een specifieke nationale rechtsorde, maar onderdeel zijn van de „internationale arbitrale orde" (zie Cour de cassation, eerste civiele kamer, 8 juli 2015, Ryanair, nr. 13-25.846, FR:CCASS:2015:C100797; zie in die zin ook Cour de cassation, eerste civiele kamer, 23 maart 1994, Hilmarton Ltd, nr. 92-15137, Bull. civ. I, nr. 104, blz. 79, en Cour de cassation, eerste civiele kamer, 29 juni 2007, PT Putrabali Adyamulia, nr. 05-18053, Bull. civ. I, nr. 250). Uit het arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) blijkt evenwel duidelijk dat een internationaal arbitraal vonnis moet worden vernietigd wanneer daarmee uitvoering wordt gegeven aan een met artikel 101 VWEU strijdige overeenkomst tussen ondernemingen, ook al is het vonnis zelf niet een overeenkomst tussen ondernemingen. Anders zouden partijen mededingingsbeperkende overeenkomsten namelijk aan de werkingssfeer van artikel 101 VWEU kunnen onttrekken door daarin arbitrale bedingen op te nemen.

34 — Zie arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 34). Ik acht deze toevoeging noodzakelijk omdat er volgens het Hof ook scheidsgerechten zijn die wél voldoen aan de in de rechtspraak geformuleerde criteria om prejudiciële vragen te kunnen stellen (zie arrest Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, en beschikking Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92). Op grond van deze rechtspraak zou het denkbaar zijn dat scheidsgerechten die worden aangezocht in het kader van het Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten (ICSID), prejudiciële vragen aan het Hof kunnen voorleggen. Zie in die zin Basedow, J., „EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice", *Journal of International Arbitration*, deel 32, 2015, blz. 367, op blz. 376-381. Nu de gevallen van investeringsarbitrage waarbij vragen betreffende de toepassing van het Unierecht rijzen, in aantal en in belang toenemen, met name op het gebied van staatssteun, zou een verwijzingsbevoegdheid van scheidsgerechten kunnen bijdragen tot de correcte en effectieve toepassing van dat recht.

gebruikmakend van het mechanisme van de prejudiciële verwijzing [35], de verenigbaarheid van (al dan niet internationale) arbitrale vonnissen met het recht van de Unie te onderzoeken wanneer hun wordt verzocht een dergelijk vonnis te vernietigen [36] of van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien [37], dan wel wanneer zij worden aangezocht in het kader van enige andere door het toepasselijke nationale recht toegelaten rechtsvordering of toetsingsmogelijkheid.

60. Het systeem van toetsing van internationale arbitrale vonnissen op hun verenigbaarheid met het recht van de Unie via de openbare-orde-exceptie in het kader van ofwel een beroep tegen de beslissing tot erkenning en tenuitvoerlegging, ofwel een vernietigingsactie, komt er met andere woorden op neer dat die toetsing moet worden verricht in een later stadium, dat wil zeggen door de rechterlijke instanties van de lidstaten, en niet in het eerdere stadium, dat wil zeggen door de scheidsgerechten zelf. [38]

61. In de internationale handelsarbitrage is het immers de taak van de arbiters om de tussen de partijen gesloten overeenkomst correct uit te leggen en toe te passen. Het kan uiteraard voorkomen dat zij daarbij het Unierecht moeten toepassen, indien dit recht onderdeel is van het op de overeenkomst toepasselijke recht (lex contractus) of van het recht dat op de arbitrage van toepassing is (lex arbitrii). Het is echter niet aan de arbiters, maar aan de rechterlijke instanties van de lidstaten om te toetsen of de regels van Europese openbare orde zijn geëerbiedigd, in het kader van ofwel een vernietigingsactie, ofwel een erkennings- en tenuitvoerleggingsprocedure. [39]

62. Dit systeem staat dus haaks op het op wederzijds vertrouwen gebaseerde systeem zoals dit onder meer is ingevoerd door verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [40], waarin de eerbiediging van de op het geschil toepasselijke regels van Unierecht, daaronder begrepen de regels van Europese openbare orde, moet worden verzekerd door de rechter bij wie het geschil aanhangig is gemaakt (dat wil zeggen in het eerdere stadium), en niet in een later stadium, dat wil zeggen door de exequaturrechter. [41]

63. Tegen deze achtergrond zal ik de twee beperkingen onderzoeken die uit het Franse recht zouden voortvloeien.

35 — Zie arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punten 32, 33 en 40). Zie in die zin ook het arrest van de Högsta domstolen (Zweedse hooggerechtshof) van 17 juni 2015 in zaak T 5767-13, Systembolaget/The Absolute Company, punt 23.

36 — Zoals het geval is met de verwijzende rechter in de onderhavige zaak en ook het geval was met de Nederlandse rechterlijke instanties in de zaak die heeft geleid tot het arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269).

37 — Zoals het geval was met de Litouwse rechterlijke instanties in de zaak die heeft geleid tot het arrest Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), waarin het ging om de vraag of het betrokken internationale arbitrale vonnis was te beschouwen als een „anti-suit junction" die in strijd was met de openbare orde in de zin van artikel V, lid 2, onder b), van het Verdrag inzake de erkenning en de tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, ondertekend te New York op 10 juni 1958 (*Recueil des traités des Nations unies*, deel 330, blz. 3).

38 — Er zijn uiteraard enkele uitzonderingen, zoals met name de tussenkomst in het eerdere stadium van de (overheids)rechter van de plaats van arbitrage in zijn hoedanigheid van rechter die de arbitrageprocedure ondersteunt. Die uitzonderingen zijn echter niet bedoeld om de eerbiediging van het Unierecht te waarborgen. Zie in die zin arrest Rich (C-190/89, EU:C:1991:319), dat betrekking had op de instelling van een scheidsgerecht.

39 — Dit kan anders liggen in het geval van internationale investeringsarbitrage, waar sommige regelingen, zoals het ICSID-Verdrag, niet in de mogelijkheid voorzien dat de internationale arbitrale vonnissen door de rechterlijke instanties van de lidstaten worden getoetst op hun verenigbaarheid met de Europese openbare orde (zie met name de artikelen 53 en 54 van het ICSID-Verdrag). Voor zover aan die regelingen, zoals het ICSID-Verdrag, zowel lidstaten als derde landen zijn gebonden, vallen zij echter onder artikel 351 VWEU. Een conflict tussen de internationale arbitrale orde en de rechtsorde van de Unie zou kunnen worden vermeden indien scheidsgerechten het Hof om een prejudiciële beslissing konden verzoeken (zie voetnoot 34).

40 — PB L 351, blz. 1.

41 — Zie in die zin punt 33 van het arrest Renault (C-38/98, EU:C:2000:225), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[d]e rechter van de aangezochte staat [...] een beslissing uit een andere verdragsluitende staat niet [mag] weigeren te erkennen enkel op grond dat zijns inziens het nationale recht of het [Unie]recht in die beslissing onjuist is toegepast, aangezien anders het doel van het Executieverdrag zou worden doorkruist. In dergelijke gevallen dient hij integendeel ervan uit te gaan, dat het de in elke verdragsluitende staat bestaande stelsel van rechtsmiddelen, aangevuld door de prejudiciële procedure van artikel [267 VWEU], de justitiabelen voldoende garanties biedt." In punt 34 van dat arrest heeft het Hof vervolgens vastgesteld dat „een eventuele rechtsfout als die welke in het hoofdgeding aan de orde [was], geen kennelijke schending van een fundamentele rechtsregel in de rechtsorde van de aangezochte staat oplever[de]".

a) Het flagrante of onmiskenbare karakter van de schending van de openbare orde

64. Indien de toetsing van een internationaal arbitraal vonnis aan de regels van Europese openbare orde (waarvan er al niet veel zijn) beperkt moest blijven tot onmiskenbare of flagrante schendingen van artikel 101 VWEU, zou deze toetsing illusoir worden gelet op het „vaak verborgen" karakter van praktijken en overeenkomsten die de mededinging kunnen beperken of vervalsen [42], wat het in veel gevallen voor de justitiabelen onmogelijk (of al te moeilijk) zou maken om de rechten uit te oefenen die zij aan het mededingingsrecht van de Unie ontlenen.

65. Zoals zowel Hoechst en Sanofi-Aventis – in punt 21 van hun schriftelijke opmerkingen – als de door hen in de arm genomen rechtsgeleerde – in punt 5 van haar advies [43] – erkennen, zou die uiterst beperkte toetsing ertoe leiden dat enkel „de meest evidente schendingen [van artikel 101 VWEU]" konden worden vastgesteld, „zoals prijsvaststellings- of marktverdelingsovereenkomsten". De beperkingen naar gevolg zouden daarmee volledig worden onttrokken aan de toetsing door de rechter bij wie de vernietigingsactie is ingesteld, aangezien de vaststelling daarvan een meer dan minimale inhoudelijke toetsing van de inhoud van het arbitrale vonnis zou vergen, waartoe de Franse rechter niet mag overgaan.

66. Hoewel er in de inbreuken op artikel 101 VWEU een gradatie bestaat al naargelang de mate waarin zij evident en schadelijk zijn, waarbij met name onderscheid wordt gemaakt tussen inbreuken met een mededingingsbeperkende strekking en inbreuken met mededingingsbeperkende gevolgen [44], wettigt niets in artikel 101 VWEU de conclusie dat sommige van die beperkingen door de beugel zouden kunnen. Dit artikel verbiedt immers met zoveel woorden overeenkomsten tussen ondernemingen *„die ertoe strekken of ten gevolge hebben"* [45] dat de mededinging wordt beperkt. Er wordt dus ofwel inbreuk op artikel 101 VWEU gemaakt, in welk geval de betrokken overeenkomst tussen ondernemingen van rechtswege nietig is, ofwel niet.

67. In die zin is het dan ook niet echt van belang of de schending van de bepaling van openbare orde al dan niet flagrant is. Geen enkele rechtsorde kan dulden dat zijn meest fundamentele normen, die onderdeel zijn van zijn openbare orde, worden geschonden, ongeacht het al dan niet flagrante en/of evidente karakter van een dergelijke schending.

42 — Arrest Courage en Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punt 27).

43 — Professor Laurence Idot erkent dat haar zienswijze ertoe zou leiden dat, „afgezien van het uitzonderlijke geval van een vonnis waarmee uitvoering wordt gegeven aan, bijvoorbeeld, een kartel, de overheidsrechter in het kader van een beroep tegen het vonnis mededingingsrechtelijke vragen niet meer [zou kunnen] behandelen indien deze vragen reeds in de arbitrageprocedure zijn opgeworpen en voorwerp van debat zijn geweest".

44 — Zie arrest CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 48-52).

45 — Cursivering van mij.

b) Onmogelijkheid om een internationaal arbitraal vonnis te toetsen op schending van de openbare orde wanneer die vraag al voor het scheidsgerecht is opgeworpen en voorwerp van debat is geweest, omdat dit een inhoudelijke toetsing van dat vonnis zou impliceren

68. In punt 36 van het arrest Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) heeft het Hof artikel 101 VWEU (voorheen artikel 81 EG) aangemerkt als „een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de [Unie] en in het bijzonder voor de werking van de interne markt”. [46]

69. Bovendien heeft het Hof in punt 37 van het arrest Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316) geoordeeld dat scheidsgerechten niet gebonden zijn aan het beginsel van wederzijds vertrouwen. [47] Dit impliceert dat de rechterlijke instanties van de lidstaten de antwoorden van scheidsgerechten – die geen rechterlijke instanties van de lidstaten in de zin van artikel 267 VWEU zijn – op Unierechtelijke vragen niet hoeven te respecteren.

70. Als artikel 101 VWEU een zo fundamentele bepaling voor de rechtsorde van de Unie is, kan het feit dat de vraag of het internationale arbitrale vonnis met die bepaling in strijd is, voor het scheidsgerecht is opgeworpen en voorwerp van debat is geweest, dus niet doorslaggevend zijn. Anders zou het gedrag van de partijen tijdens de arbitrale procedure er namelijk toe kunnen leiden dat de doeltreffendheid van dat artikel wordt aangetast, daar het scheidsgerecht in beginsel [48] niet bevoegd is zich met een prejudiciële vraag tot het Hof te wenden en niet noodzakelijkerwijs tot taak heeft het Unierecht uit te leggen en toe te passen.

71. Om deze redenen kan de bevoegdheid van een rechterlijke instantie van een lidstaat om een internationaal arbitraal vonnis te toetsen op strijd met de regels van Europese openbare orde, niet afhangen van de vraag of deze kwestie al dan niet tijdens de arbitrageprocedure aan de orde is gesteld en voorwerp van debat is geweest, noch worden beperkt door het volgens het nationale recht geldende verbod om een dergelijk vonnis inhoudelijk te toetsen.

72. Een of meer partijen bij overeenkomsten die mogelijk een mededingingsbeperkend karakter hebben, kunnen die overeenkomsten met andere woorden niet aan de werkingssfeer van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU onttrekken door de weg van de arbitrage te kiezen.

2. Verplicht artikel 101, lid 1, VWEU tot vernietiging van een internationaal arbitraal vonnis als in het hoofdgeding aan de orde, dat uitvoering geeft aan een octrooilicentieovereenkomst die voorziet in de verplichting tot betaling van running royalty's gedurende de volledige looptijd ervan, zelfs wanneer

46 — Het Hof heeft die vaststelling gebaseerd op artikel 3, onder g), EG-Verdrag [thans artikel 3, lid 1, onder b), VWEU]. Zoals ik in punt 182 van mijn conclusie in de zaak Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414) heb opgemerkt, ben ik van mening „dat [het arrest] Eco Swiss (EU:C:1999:269, punt 36) [...] niet aldus [kan] worden uitgelegd, dat het enkele feit dat een bepaald gebied onder de in artikel 3 VWEU bedoelde exclusieve bevoegdheid van de Unie dan wel onder de in artikel 4 VWEU bedoelde gedeelde bevoegdheden van de Unie en de lidstaten valt, volstaat om een Unierechtelijke bepaling als een bepaling van openbare orde aan te merken. Als dat het geval was, zou al het Unierecht, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie tot en met een richtlijn over druktoestellen, van openbare orde [...] zijn.” In punt 177 van dezelfde conclusie heb ik onder verwijzing naar punt 304 van het arrest Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, EU:C:2008:461) duidelijk gemaakt dat onder het begrip Europese openbare orde slechts kunnen vallen de „beginselen die behoren tot de grondslagen van de [...] rechtsorde [van de Unie]”, waarvan men „*niet kan dulden dat zij worden miskend*, aangezien miskenning daarvan onaanvaardbaar zou zijn vanuit het perspectief van een vrije en democratische rechtsstaat”. Het gaat daarbij dus om „dwingende regel[s] [...] die voor de [...] rechtsorde [van de Unie] zo *fundamenteel* [zijn] dat in het kader van de betrokken zaak geen enkele afwijking daarvan kan worden geduld” (zie punt 100 van mijn conclusie in de zaak Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:11). De artikelen 101 VWEU en 102 VWEU zijn in die zin fundamentele en voor de werking van de interne markt onontbeerlijke bepalingen, zonder welke de Unie niet zou functioneren en waarvan de miskenning, al dan niet flagrant en/of evident, onaanvaardbaar zou zijn vanuit het perspectief van de rechtsorde van de Unie.

47 — Zie in die zin ook punt 154 van mijn conclusie in de zaak Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414).

48 — Zie arrest Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) en beschikking Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92). In casu is de alleensprekende arbiter niet „een rechterlijke instantie van een der lidstaten” in de zin van die rechtspraak, daar zijn rechtsmacht geen verplicht karakter heeft, maar voortvloeit uit een vrije contractuele keuze van de partijen bij de licentieovereenkomst die heeft geleid tot de arbitrale vonnissen waarom het in het hoofdgeding gaat.

een voor de betrokken technologie afgegeven octrooi met terugwerkende kracht wordt vernietigd (in casu octrooi EP 177) of wanneer het gebruik van de betrokken technologie geen octrooi-inbreuk oplevert (in casu de octrooien US 522 en US 140)?

a) Inleidende opmerkingen

73. Uit het derde deelvonnis en uit de door de alleensprekende arbiter aan de licentieovereenkomst gegeven uitlegging blijkt dat de verplichting van Genentech om aan Hoechst en Sanofi-Aventis running royalty's te betalen, berekend op basis van haar productie van geneesmiddelen met gebruikmaking van de activatortechnologie, niet afhankelijk was van de voorwaarde dat deze technologie octrooibescherming zou genieten of blijven genieten. [49]

74. Het enkele feit dat de betrokken technologie gedurende de looptijd van de licentieovereenkomst werd gebruikt, volstond volgens het derde deelvonnis immers om de verplichting tot betaling van de running royalty's te doen ontstaan. [50]

75. Wat dit betreft is het niet aan het Hof om de door de alleensprekende arbiter vastgestelde feiten te herzien of ter discussie te stellen, noch diens op het Duitse recht gebaseerde uitlegging van de licentieovereenkomst, volgens welke ingevolge deze overeenkomst de royalty's ook verschuldigd bleven wanneer een of meer octrooien zouden worden vernietigd of wanneer op een of meer octrooien geen inbreuk zou worden gemaakt.

76. Verder vraagt de verwijzende rechter het Hof slechts om uitlegging van artikel 101 VWEU, wat de verwijzingen van Genentech naar het arrest Huawei Technologies (C-170/13, EU:C:2014:2391) en naar bepaalde passages van mijn conclusie in die zaak [51], die enkel de uitlegging van artikel 102 VWEU betroffen, irrelevant maakt.

b) Argumenten van partijen

77. De uit het derde deelvonnis voortvloeiende verplichting om de running royalty's te betalen wanneer het octrooi is vernietigd of wanneer er geen sprake is van inbreuk op een in licentie gegeven octrooi, heeft volgens Genentech niet alleen een aanzienlijke invloed op de handel tussen lidstaten, maar heeft daarnaast zowel een mededingingsbeperkende strekking als mededingingsbeperkende gevolgen.

78. Met betrekking tot de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten merkt Genentech op dat de Commissie op 2 juni 1998 een in de hele Unie geldige vergunning voor het in de handel brengen van MabThera® heeft verleend overeenkomstig verordening (EEG) nr. 2309/93 van de Raad van 22 juli 1993 tot vaststelling van communautaire procedures voor het verlenen van vergunningen voor en het toezicht op geneesmiddelen voor menselijk en diergeneeskundig gebruik en tot oprichting van een

49 — In hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof stellen Genentech, Hoechst en Sanofi-Aventis, de Franse regering en de Commissie zich op het standpunt dat het derde deelvonnis geen betrekking heeft op octrooi EP 177. Naar het oordeel van de Commissie is het belang van de twee Amerikaanse octrooien (de octrooien US 522 en US 140) voor het derde deelvonnis niet veel groter. Zij stelt dat volgens het op de licentieovereenkomst toepasselijke recht, namelijk het Duitse recht, de herroeping of vernietiging van een in licentie gegeven octrooi geen gevolgen heeft voor de verplichting tot royaltybetaling, waaraan zij nog toevoegt dat naar Duits recht zelfs een licentie kan worden verleend voor het gebruik van een technologie waarvoor geen octrooi is of kan worden verleend. Hoechst en Sanofi-Aventis beklemtonen dat uit het derde deelvonnis duidelijk blijkt dat Genentech door de alleensprekende arbiter uitsluitend is gelast om de aan Sanofi verschuldigde royalty's te betalen omdat zij bij de productie van Rituxan® in de Verenigde Staten had gebruikgemaakt van de activator waarop de licentieovereenkomst betrekking had.

50 — Het staat vast dat volgens de Amerikaanse rechterlijke instanties de octrooien US 522 en US 140 niet zijn geschonden. Bovendien heeft de alleensprekende arbiter in de punten 322 tot en met 330 van het derde deelvonnis vastgesteld dat de activator tussen 15 december 1998 en 27 oktober 2008 was gebruikt voor de productie van Rituxan®. Zie punt 16 van deze conclusie.

51 — C-170/13, EU:C:2014:2391.

Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling [52]. Genentech stelt dat zij in de relevante periode (van 1998 tot en met 2008) „rituximab" heeft geproduceerd met het oog op de verkoop ervan in verschillende lidstaten, hoofdzakelijk in de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Zij merkt op dat de royalty's die zij naar het oordeel van de alleensprekende arbiter verschuldigd is, zijn berekend op basis van de wereldwijde netto verkopen van de afgewerkte producten in de periode 1998-2008 en dat, gelet op de hoge verkoopcijfers in de Unie in de relevante periode, de uit die betalingsverplichting voortvloeiende beperking van de mededinging de handel tussen lidstaten rechtstreeks beïnvloedt.

79. Genentech stelt ook dat zij op de markt een concurrentienadeel lijdt in zoverre zij wordt verplicht te betalen voor het gebruik van een technologie waarvan haar concurrenten zonder beperkingen en gratis kunnen profiteren.

80. Genentech stelt verder dat Hoechst en Sanofi-Aventis zijn beloond en ten onrechte zijn verrijkt doordat zij running royalty's [53] hebben geïncasseerd over wetenschappelijke en technologische uitvindingen waaraan zij geen enkele bijdrage hebben geleverd. Zij meent dat de internationale arbitrale vonnissen waarom het in het hoofdgeding gaat, Hoechst en Sanofi-Aventis de mogelijkheid hebben gegeven om hun concurrenten te „belasten" en om de farmaceutische industrie in het algemeen, en Genentech en haar dochterondernemingen – die zowel in Europa als in de rest van de wereld actief zijn – in het bijzonder, op te zadelen met financiële lasten, een en ander in strijd met het mededingingsrecht van de Unie.

81. Met betrekking tot de mededinging als zodanig wijst Genentech op het feit dat Sanofi-Aventis het op één na grootste farmaceutische concern van Europa is, gemeten naar de inkomsten uit op recept verkrijgbare geneesmiddelen. Zij houdt zich bezig met het doen van onderzoek naar en de ontwikkeling en productie van geneesmiddelen op diverse therapeutische gebieden. Zij is bovendien een van de belangrijkste concurrenten van Roche (die momenteel voor 100 % eigenaar is van Genentech) op het gebied van farmaceutische onderzoeksactiviteiten.

82. Hoechst en Sanofi-Aventis zien daarentegen nauwelijks enig verband tussen de door Genentech aangevochten arbitrale vonnissen en de Unie.

83. Zij merken ook op dat de door Genenetech verschuldigde royalty's niet berusten op een Europees octrooi en dat de bestreden internationale arbitrale vonnissen de verkopen van Genentech op geen enkele wijze hebben beïnvloed. Zij voegen daaraan toe dat de alleensprekende arbiter zich uitsluitend heeft uitgesproken over de vraag of Genentech contractueel gehouden was de in de licentieovereenkomst bepaalde royalty's te betalen en dat de royaltyvergoeding waarop zij volgens het eindvonnis recht hadden, is berekend op basis van de wereldwijde verkopen van Rituxan®, waarvan slechts 17 % betrekking heeft op de Unie, wat overeenkomt met een bedrag van ongeveer 18 miljoen EUR over de relevante periode 1998-2008.

52 — PB L 214, blz. 1.

53 — Bij beschikking van 3 oktober 2013 heeft de cour d'appel de Paris het derde deelvonnis, het eindvonnis en het addendum van verlof tot tenuitvoerlegging voorzien. De daarin uitgesproken veroordelingen zijn derhalve ten uitvoer gelegd.

c) Beoordeling

84. Wat de beoordeling van de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten betreft, sluit ik mij aan bij hetgeen de Commissie in haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof heeft opgemerkt, namelijk dat het aan de verwijzende rechter is om na te gaan of het, gelet op de kenmerken van de betrokken markt, voldoende waarschijnlijk is dat de uit het eindvonnis voortvloeiende verplichting om overeenkomstig de licentieovereenkomst royalty's te betalen, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, van invloed is op het handelsverkeer tussen lidstaten, en dat die invloed niet onbeduidend is. [54]

85. Wat de beperking van de mededinging betreft, hoeft hier niet te worden nagegaan of Genentech commercieel is benadeeld door de wijze waarop de alleensprekende arbiter de licentieovereenkomst heeft uitgelegd, dan wel of deze onderneming achteraf bezien een dergelijke overeenkomst niet zou hebben gesloten. [55] Artikel 101 VWEU heeft niet tot doel de handelsbetrekkingen tussen ondernemingen in het algemeen te regelen, maar stelt slecht een verbod op bepaalde soorten overeenkomsten die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

86. Verder heeft het Hof in zijn arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195) een verplichting uit overeenkomst, op grond waarvan een licentienemer op een geoctrooieerde uitvinding zonder beperking in de tijd en dus ook na het eindigen van het octrooi royalty's verschuldigd was, getoetst aan het mededingingsrecht.

87. In de punten 11 en 12 van dat arrest heeft het Hof voor recht verklaard:

„Het valt niet uit te sluiten, dat een clausule van een licentieovereenkomst op grond waarvan royalty's moeten worden betaald, *op iets anders berust dan op een octrooi*. Een dergelijke clausule kan bijvoorbeeld in de eerste plaats *de weerspiegeling* zijn van de waarde die *uit commercieel oogpunt* wordt toegekend aan de exploitatiemogelijkheden waarop de licentieovereenkomst betrekking heeft. [...]

Wanneer de verplichting tot betaling van royalty's niet in de tijd is beperkt en op grond daarvan wordt gesteld, dat die verplichting ook na het einde van het betrokken octrooi op de licentienemer blijft rusten, rijst de vraag, of de verplichting om verder royalty's te betalen, gezien de economische en juridische context waarin de licentieovereenkomst moet worden bezien, een beperking van de mededinging in de zin van artikel [101], lid 1, kan vormen." [56]

54 — Volgens de Commissie wijzen enkele factoren erop dat de verplichting om de betrokken royalty's te betalen, een dergelijke invloed kan hebben. „Ten eerste geldt de licentieovereenkomst wereldwijd en dus ook in de gehele [...] Unie [...]. Ten tweede heeft deze overeenkomst betrekking op een technologie die naar het oordeel van de [enige] arbiter is gebruikt voor de productie van rituximab, de werkzame stof van het in de Europese Unie verkochte geneesmiddel MabThera®. Ten derde is er een vergunning voor het in de handel brengen van MabThera® verleend [...] overeenkomstig artikel 3 van [verordening (EEG) nr. 2309/93]. Ten vierde lijkt Genentech MabThera® in elk geval in Duitsland, Frankrijk en Italië in de handel te hebben gebracht. Ten vijfde lijken Sanofi en [Genentech, thans onderdeel van het Roche-concern] belangrijke concurrenten te zijn op het gebied van het farmaceutisch onderzoek, en, met name, potentiële concurrenten wat betreft Rituxan® (en MabThera®). Ten zesde kan de verplichting tot royaltybetaling de productiekosten van Genentech verzwaren en leiden tot een vermindering van de concurrentie op de markten van bestaande producten en technologieën, met name wat betreft MabThera®. Ten zevende lijken Rituxan® en MabThera® goed te zijn voor een omzet van meer dan een miljard EUR, waardoor zij als ‚blockbuster'-geneesmiddelen kunnen worden beschouwd."

55 — Zoals Hoechst en Sanofi-Aventis in hun antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof hebben opgemerkt, „volstaat het enkele feit dat de betaling van de op grond van de licentieovereenkomst verschuldigde royalty's eventueel een financiële last voor de licentienemer kan vormen, niet om te concluderen dat daardoor de mededinging wordt beperkt. Een dergelijke last illustreert slechts het commerciële karakter van de licentieovereenkomst, die met volledige kennis van zaken is gesloten door gelijkwaardige en volledig op de hoogte zijnde commerciële bedrijven, en die, zoals bij elke commerciële overeenkomst het geval is, commercieel gezien minder voordelig kan uitpakken dan aanvankelijk door een der partijen werd verwacht".

56 — Cursivering van mij.

88. Volgens het Hof kan de betrokken verplichting in strijd zijn met artikel 101 VWEU wanneer de licentieovereenkomst de licentienemer niet de mogelijkheid biedt om de overeenkomst met een redelijke termijn op te zeggen, of erop is gericht de handelingsvrijheid van de licentienemer na de opzegging te beperken. [57]

89. Hoewel dat arrest betrekking had op economische en juridische omstandigheden die enigszins verschillen van die van het hoofdgeding [58], ben ik van mening dat die rechtspraak naar analogie kan worden toegepast op de onderhavige zaak.

90. Het derde deelvonnis bevestigt dat de verplichting van Genentech tot royaltybetaling niet voortvloeide uit het gebruik van een door geldige octrooien beschermde technologie, maar uitsluitend uit de gesloten licentieovereenkomst. [59] Uit de door de alleensprekende arbiter overeenkomstig het Duitse recht aan de licentieovereenkomst gegeven uitlegging blijkt duidelijk dat het commerciële doel van die overeenkomst was om Genentech in staat te stellen de betrokken activator te gebruiken zonder het risico te lopen bij octrooigeschillen te worden betrokken. Aangezien Genentech, in tegenstelling tot de overige gebruikers van de activator, die niet een dergelijke licentieovereenkomst met Hoechst en Sanofi-Aventis hebben gesloten, daadwerkelijk van dat „tijdelijke bestand" [60] gedurende de looptijd van de licentieovereenkomst heeft geprofiteerd, kon zij geen terugbetaling verlangen van de royalty's die zij conform die overeenkomst voor het gebruik van de activator had betaald, ook al waren de betrokken octrooien vernietigd of werd er geen inbreuk op gemaakt.

91. Bovendien gold de verplichting tot royaltybetaling slechts gedurende de looptijd van die licentieovereenkomst en was Genentech vrij om die overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een zeer korte opzegtermijn van twee maanden. [61] Na de opzegging van de licentieovereenkomst bevond Genentech zich dus in exact dezelfde situatie als alle andere gebruikers van de betrokken activator. [62]

92. Ik wijs er ook op dat de handelingsvrijheid van Genentech na de opzegging in geen enkel opzicht werd beperkt en dat die onderneming niet was gebonden door een clausule die haar verbood de geldigheid of de schending van de betrokken octrooien te betwisten. Overigens heeft Genentech na de opzegging van de licentieovereenkomst bij de United States District Court for the Northern District of California een vordering tot vernietiging van de octrooien ingesteld.

57 — Zie arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195, punt 13). Genentech meent dat de Commissie in haar beschikking van 2 december 1975 inzake een procedure op grond van artikel [101 VWEU] (IV/26.949 AOIP/Beyrard) (PB 1976, L 6, blz. 8) heeft „verklaard dat de mededinging wordt beperkt wanneer een clausule in een octrooilicentieovereenkomst ‚de betaling van royalt[y's] aan de licentiegever voorschrijft ook al worden de octrooien van de laatstgenoemde niet gebruikt'. Volgens de Commissie [...] is een dergelijke clausule in een licentieovereenkomst ‚ook onverenigbaar met artikel [101], lid 1, evenals de verplichting royalty's te betalen *na aflopen van een octrooi*'" (cursivering van mij). De opmerkingen van Genentech hebben betrekking op een clausule die een licentienemer verplicht tot het betalen van royalty's wanneer hij de in de overeenkomst bedoelde producten vervaardigt zonder daarbij gebruik te maken van de octrooien van de licentiegever. In genoemde beschikking heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de clausule de mededinging beperkte omdat zij de betaling van royalty's aan de licentiegever voorschreef, ook al werden de octrooien van deze laatste niet gebruikt. Net zoals een clausule die verplicht tot het betalen van royalty's na het aflopen van een octrooi, was die clausule volgens de Commissie onverenigbaar met artikel 101, lid 1, VWEU. Ik wijs erop dat de Commissie net als het Hof in punt 13 van zijn arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195) heeft beklemtoond dat „[d]e verplichting om royalty's te betalen na het verlopen van het [...] octrooi [...] een inbreuk op artikel [101] vormt, *omdat de overeenkomst de licentiehoudster niet het recht geeft, aan de overeenkomst een einde te maken*" (cursivering van mij).

58 — De onderhavige zaak heeft betrekking op vernietigde octrooien of octrooien waarop geen inbreuk wordt gemaakt, terwijl het in de aan het arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195) ten grondslag liggende zaak om verlopen octrooien ging.

59 — Hoechst en Sanofi-Aventis merken op dat volgens het nationale recht van verschillende lidstaten de licentienemer in geval van vernietiging van een octrooi de betaling van royalty's mag stopzetten, maar geen recht heeft op terugbetaling van de reeds door hem betaalde royalty's.

60 — Zie punt 315 van het derde deelvonnis.

61 — In de zaak die heeft geleid tot het arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195), was in de licentieovereenkomst een telkens op 1 oktober verstrijkende opzegtermijn van zes maanden opgenomen.

62 — Zoals de Commissie in haar opmerkingen stelt, zou daarentegen „een verplichting om royalty's te blijven betalen zonder mogelijkheid om de overeenkomst met inachtneming van een redelijke opzegtermijn te beëindigen, de productiekosten voor de licentienemer zonder economische rechtvaardiging verzwaren en tot gevolg hebben dat de mededinging op de markten voor bestaande producten en technologieën wordt beperkt en dat de licentienemer wordt ontmoedigd om in de ontwikkeling en verbetering van zijn technologie te investeren".

93. Volgens Genentech volgt evenwel uit het arrest Windsurfing International/Commissie (193/83, EU:C:1986:75) dat van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU sprake is wanneer de octrooilicentiehouder royalty's verschuldigd is die zijn berekend op basis van de netto verkoopprijs van een product dat niet door het octrooi wordt beschermd.

94. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat die methode waarbij de royalty's op basis van de netto verkoopprijs van een complete zeilplank werden berekend, in beginsel de mededinging ter zake van niet door een octrooi beschermde zeilplankrompen kon beperken. [63] Het heeft in dit verband in punt 65 van dat arrest opgemerkt dat er zowel een afzonderlijke vraag naar tuig als een afzonderlijke vraag naar zeilplankrompen bestond.

95. In die zaak had de octrooihouder evenwel via de betrokken clausule en in strijd met artikel 101, lid 1, VWEU de sluiting van de overeenkomst afhankelijk gesteld van de acceptatie door zijn contractpartner van bijkomende verplichtingen [64], die naar hun aard en volgens de handelsgebruiken niet pasten bij het doel van de overeenkomst. In het hoofdgeding is er echter geen enkele aanwijzing dat de tenuitvoerlegging van het derde deelvonnis tot gevolg zou hebben gehad dat aan Genentech verplichtingen werden opgelegd die naar hun aard of volgens de handelsgebruiken niet pasten bij het doel van de licentieovereenkomst.

96. Volgens de alleensprekende arbiter was het commerciële doel van de licentieovereenkomst immers om octrooigeschillen te vermijden, zodat de berekening van de royalty's volledig losstond van de vraag of het afgewerkte product al dan niet door een geldig octrooi werd beschermd.

97. Ik ben dan ook van mening dat artikel 101 VWEU niet eraan in de weg staat dat als de ter bescherming van een technologie verleende octrooien zijn vernietigd of als op deze octrooien geen inbreuk wordt gemaakt, uitvoering wordt gegeven aan een licentieovereenkomst die de licentienemer verplicht een royaltyvergoeding te betalen voor het enkele gebruik van de rechten die zijn verbonden aan de in licentie gegeven octrooien, wanneer, in de eerste plaats, het commerciële doel van die overeenkomst is de licentienemer in staat te stellen de betrokken technologie te gebruiken zonder het risico van octrooigeschillen, en, in de tweede plaats, de licentienemer de licentieovereenkomst kan opzeggen met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, zelfs als de octrooien zijn vernietigd of niet worden geschonden.

3. Toepasselijkheid van de vrijstellingsverordeningen inzake technologieoverdracht

98. Genentech, Hoechst, Sanofi-Aventis, de Nederlandse regering en de Commissie hebben opmerkingen ingediend over de toepassing van de bepalingen van verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht [65].

99. De Franse regering meent daarentegen dat, aangezien de gestelde vraag betrekking heeft op de uitvoering van de licentieovereenkomst gedurende de periode van 15 december 1998 tot en met 27 oktober 2008, met betrekking tot die periode verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel [101], lid 3, [VWEU] op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht [66], en verordening nr. 772/2004 zouden moeten worden toegepast.

63 — Zie arrest Windsurfing International/Commissie (193/83, EU:C:1986:75, punt 67).

64 — De gewraakte clausule van de licentieovereenkomst verplichtte de licentienemers om voor het tuig van een zeilplank dat was vervaardigd onder een octrooi dat uitsluitend voor het tuig was verleend, royalty's te betalen op basis van de netto verkoopprijs van een complete zeilplank, bestaande uit tuig en een niet door het octrooi beschermde zeilplankromp.

65 — PB L 93, blz. 17.

66 — PB L 31, blz. 2.

100. Ik zie geen reden om de vraag naar de toepasselijkheid van die drie zogeheten vrijstellingsverordeningen op het onderhavige geval te onderzoeken.

101. Afgezien van het feit dat de gegevens waarover het Hof beschikt, daartoe ontoereikend zijn, is dat onderzoek volgens mij ook overbodig nu ik in lijn met het arrest Ottung (320/87, EU:C:1989:195) de mening ben toegedaan dat het derde deelvonnis niet op grond van artikel 101, leden 1 en 2, VWEU dient te worden vernietigd. Ik wijs erop dat die vrijstellingsverordeningen artikel 101, lid 3, VWEU toepassen [67] op bepaalde groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht en op vergelijkbare onderling afgestemde feitelijke gedragingen *die onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen*, wanneer bij die overeenkomsten of gedragingen slechts twee partijen betrokken zijn.

102. Ten overvloede ben ik van oordeel dat niet kan worden ingestemd met het argument van Genentech dat de ingevolge het derde deelvonnis op haar rustende verplichting om een royaltyvergoeding te betalen die is berekend op basis van de wereldwijde verkopen van MabThera*, moet worden beschouwd als een „hardcorebeperking" in de zin van artikel 4, lid 1, onder a) en d), van verordening nr. 316/2014.

103. Uit de aan het Hof voorgelegde stukken blijkt immers niet dat de licentieovereenkomst en het derde deelvonnis tot doel of ten gevolge hebben dat de mogelijkheden van Genentech tot vaststelling van haar prijzen bij verkoop van producten aan derden, worden beperkt [68], dan wel dat haar mogelijkheden worden beperkt „om [haar] eigen technologierechten te exploiteren" of om „onderzoek en ontwikkeling te verrichten" [69].

VI – **Conclusie**

104. Derhalve geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de cour d'appel de Paris te beantwoorden als volgt:

„Artikel 101 VWEU vereist niet dat als de ter bescherming van een technologie verleende octrooien zijn vernietigd of als op deze octrooien geen inbreuk wordt gemaakt, wordt overgegaan tot vernietiging van een internationaal arbitraal vonnis dat uitvoering geeft aan een licentieovereenkomst die de licentienemer verplicht een royaltyvergoeding te betalen voor het enkele gebruik van de rechten die zijn verbonden aan de in licentie gegeven octrooien, wanneer het commerciële doel van die overeenkomst is de licentienemer in staat te stellen de betrokken technologie te gebruiken zonder het risico van octrooigeschillen, mits de licentienemer de licentieovereenkomst kan opzeggen met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, de geldigheid of de schending van de octrooien kan betwisten, en na de opzegging van de overeenkomst zijn handelingsvrijheid behoudt."

67 — De drie betrokken verordeningen hebben alle verordening nr. 19/65 als rechtsgrondslag.

68 — Zie artikel 4, lid 1, onder a), van verordening nr. 316/2014. Zie in die zin artikel 101, lid 1, onder a), VWEU.

69 — Zie artikel 4, lid 1, onder d), van verordening nr. 316/2014. Zie in die zin artikel 101, lid 1, onder b), VWEU.