Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 17 mars 2016*

**Mål C-567/14**

**Genentech Inc.**
**mot**
**Hoechst GmbH, tidigare Hoechst AG**
**Sanofi-Aventis Deutschland GmbH**

(begäran om förhandsavgörande från Cour d'appel de Paris (Appellationsdomstolen i Paris, Frankrike))

”Begäran om förhandsavgörande — Talan om ogiltigförklaring av en skiljedom — Konkurrens — Artikel 101 FEUF — Konkurrensbegränsande samverkan — Icke-exklusivt patentlicensavtal — Ogiltigförklaring av patent — Intrång föreligger inte — Inverkan — Skyldighet att betala en avgift”

## I – **Inledning**

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 101 FEUF. Cour d'appel de Paris vill framför allt få klarhet i huruvida denna artikel utgör hinder för den förpliktelse som ålagts licenstagaren i ett patentlicensavtal att betala licensavgifter under hela avtalets giltighetstid till dess att avtalet sägs upp, trots att det inte föreligger något patentintrång eller ogiltigförklaring av det eller de patent som avses med licensen.

2. Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan bolaget Genentech Inc., ett bolag bildat enligt staten Delawares rätt (Förenta staterna) (nedan kallat Genentech), och å andra sidan Hoechst GmbH, tidigare Hoechst AG (nedan kallat Hoechst) och Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (nedan kallat Sanofi-Aventis), ett bolag bildade enligt tysk rätt, angående ogiltigförklaring av skiljedomar som meddelats i en tvist mellan parterna.

## II – **Tillämpliga bestämmelser**

### A – *Unionsrätt*

3. Artikel 101 FEUF har följande lydelse:

”1. Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

* Originalspråk: franska.

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

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

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

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

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

2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.

3. Bestämmelserna i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga

— på avtal eller grupper av avtal mellan företag,

— beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,

— samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,

b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.”

B – *Fransk rätt*

4. I artikel 1518 i civilprocesslagen anges följande:

”En dom som meddelas i Frankrike i internationella skiljeförfaranden kan endast bli föremål för en talan om ogiltigförklaring”

5. I artikel 1520 i civilprocesslagen föreskrivs följande:

”En talan om ogiltigförklaring kan endast väckas om

1. Skiljedomstolen felaktigt förklarat sig vara behörig eller obehörig domstol, eller

2. skiljedomstolen är rättsstridigt sammansatt, eller

3. skiljedomstolen har avgjort målet utan att fullgöra det uppdrag som den ålagts, eller

4. den kontradiktoriska principen inte har beaktats, eller

5. ett erkännande eller verkställighet av skiljedomen är oförenligt med grunderna för den internationella rättsordningen.”

## III – **De faktiska omständigheterna i det nationella målet och tolkningsfrågan**

6. Den 6 augusti 1992 upplät det tyska företaget Behringwerke AG (nedan kallata Behringwerke)** till bolaget Genentech en världsomfattande icke-exklusiv licens (nedan kallat licensavtalet) avseende användning av aktivatorn för humant cytomegalovirus (HCMV) för att öka effektiviteten hos den cellulära proteinproduktionen (nedan kallad aktivatorn). För denna teknik meddelades den 22 april 1992 ett europeiskt patent med nr EP 0173 177 53 (nedan kallat patent EP 177) och två patent i USA den 15 december 1998 och den 17 april 2001 (nedan kallade patent US 522 och patent US 140). Den 12 januari 1999 ogiltigförklarade Europeiska patentverket patent EP 177.

7. Licensavtalet reglerades av tysk rätt.

8. Av artikel 3.1 i licensavtalet framgår att Genentech för rätten att använda aktivatorn åtog sig att betala

— ett engångsbelopp på 20 000 tyska mark (DEM) (cirka 10 225 euro) för licensens utfärdande,

— en årlig licensavgift på 20 000 DEM (cirka 10 225 euro) för rätten att utnyttja licensen för forskningsändamål,

— en så kallad ”löpande” licensavgift motsvarande en halv procent (0,5 %) av försäljningen av ”slutprodukter”*** (nedan kallad löpande licensavgift).

9. Genentech betalade ett engångsbelopp och den årliga licensavgiften men betalade inte någon löpande licensavgift.

10. Den 30 juni 2008 ställde Hoechst och Sanofi-Aventis en fråga till Genentech angående slutprodukter som tillverkats med användning av material och processer som var patentskyddade och som därmed medförde rätt till löpande licensavgifter.

11. Genom skrivelse av den 27 augusti 2008 delgav Genentech Hoechst och Sanofi-Aventis sitt beslut att säga upp licensavtalet med verkan två månader senare.****

12. Hoechst och Sanofi-Aventis, som ansåg att Genentech hade använt aktivatorn i en rekombinant proteinsyntes i syfte att tillverka Rituxan®***** och andra läkemedel utan att betala löpande licensavgifter på försäljningen av dessa läkemedel och att Genentech således hade åsidosatt licensavtalet, ingav den 24 oktober 2008 med stöd av skiljedomsklausulen i artikel 11 i licensavtalet, en ansökan om skiljeförfarande mot Genentech till Internationella handelskammarens (ICC) skiljedomstol. Ansökan registrerades med ärendenummer 15900/JHN/GFG.

** Behringwerke överlät därefter sina rättigheter till Hoechst. Sedan juli 2005 är Hoechst dotterbolag till Sanofi-Aventis, som innehar 100 procent av dess bolagskapital.

*** I licensavtalet definieras detta begrepp som ”varor som kan saluföras i handeln innehållande en licensprodukt, vilka saluförs i sådan form att de kan administreras till patienter för terapeutiskt bruk eller användas vid diagnosticering och som inte är avsedda för eller saluförs i syfte att ta fram en ny sammansättning eller bli föremål för behandling, ompaketering eller ommärkning före användning”. Enligt licensavtalet avses med begreppet licensprodukter ”material (inbegripet organismer) vars tillverkning, användning eller saluföring, i avsaknad av förevarande avtal, skulle utgöra intrång i ett eller flera av de gällande patentkrav som omfattas av de rättigheter som är knutna till de patent som avses med licensen”.

**** I artikel 8.3 i licensavtalet anges att ”licenstagaren kan säga upp det aktuella avtalet och de licenser som upplåtits med stöd av avtalet genom att meddela Behringwerke och med två månaders uppsägningstid, om licenstagaren beslutar att inte utnyttja de licensrättigheter som beviljats med användning av de aktuella avtalen.”

***** Rituximab är en aktiv beståndsdel i Rituxan®. Detta läkemedel har sedan år 1998 saluförts i USA under beteckningen Rituxan® och i Europeiska unionen under beteckningen MabThera®. Av Genentechs respektive Hoechst och Sanofi-Aventis svar på domstolens skriftliga frågor framgår att de skiljedomar som avses i förevarande mål rör den världsomfattande försäljningen av Rituxan®, inklusive försäljningen av detta läkemedel under beteckningen MabThera®.

13. Den 27 oktober 2008 väckte Hoechst och Sanofi-Aventis talan om patentintrång angående patent US 522 och US 140 vid United States District Court för the Eastern District of Texas (amerikansk domstol för östra regionen i Texas (USA)) mot Genentech och Biogen (tidigare Biogen Idec). De sistnämnda bolagen väckte samma dag talan vid United States District Court for the Northern District of California (amerikansk domstol för norra regionen i Kalifornien(USA)) och yrkade att patenten skulle ogiltigförklaras.

14. De båda målen förenades vid United States District Court for the Northern District of California.

15. Den 11 mars 2011 slog United States District Court for the Northern District of California fast att det inte förelåg något intrång i de aktuella patenten och avslog talan om ogiltigförklaring av patenten med motiveringen att Genentech inte hade lyckats uppnå det beviskrav som ställs. Detta avgörande fastställdes den 22 mars 2012 av United States Court of Appeals for the Federal Circuit (amerikansk federal domstol i andra instans (USA)) och vann därmed laga kraft.

16. I en tredje mellandom som meddelades den 5 september 2012 (nedan kallad den tredje mellandomen)****** slog******* den skiljeman som valts av parterna fast att Genentech hade tillverkat Rituxan® med användning av den aktivator”som under en viss tid, med rätta eller med orätt, patenterats i [patent EP 177] och därefter i [patent US 522 och 140] […]”******** och fastställde på denna grund att Genentech är skyldigt att betala löpande licensavgifter till Hoechst och Sanofi-Aventis för försäljningen av Rituxan® och produkter med samma egenskaper.*********

17. Skiljemannen slog fast att Genentech ursprungligen avsett att använda aktivatorn utan att detta skulle anses utgöra ett intrång********** varför licensavtalet ingicks. Härav följer enligt skiljemannen att det affärsmässiga syftet med licensavtalet*********** var att under licensavtalets löptid förhindra alla rättsliga processer angående giltigheten av patenten US 522 och US 140.************ Skiljemannen fann att ”en sådan frist inte [kunde] vara för evigt, eftersom [licensavtalet] kunde sägas upp av en av parterna med relativt kort varsel ….”*************

18. Skiljemannen fann att när ett patent har registrerats kan en licenstagare som Genentech som beviljas en licens för användning av patentet känna sig trygg, till skillnad från en tredje man som kan avskräckas från att konkurrera med en licenstagare. Han ansåg således att registreringen av patenten enligt licensavtalet var en relevant omständighet för att fastställa om det förelåg något kommersiellt skäl för att ingå det aktuella licensavtalet, även om frågan om dess giltighet var irrelevant. Skiljemannen anförde i detta avseende att en tvist angående patent kunde pågå under flera år, vilket framgår av de parallella målen i USA och orsaka betydande kostnader.************** Ett bolag som Genentech hade således ett intresse av att ingå ett sådant avtal.

****** Originalspråket i den tredje mellandomen är engelska. Genentech bifogade en ”fri” översättning på franska till handlingarna i målet i den hänskjutande domstolen och i EU-domstolen som kommer att användas i förevarande förslag till avgörande.

******* Se punkterna 322–330 i den tredje mellandomen.

******** Se punkt 326 i den tredje mellandomen.

********* Se punkt 114 i den tredje mellandomen.

********** Se punkt 299 i den tredje mellandomen.

*********** Skiljemannen fann att avtalen i enlighet med den tyska lagstiftning som var tillämplig på licensavtalet inte enbart ska tolkas på grundval av bestämmelserna i avtalet utan även mot bakgrund av deras tillkomst, det systematiska sammanhang som bestämmelserna ingår i och deras affärsmässiga syfte (se, för ett liknande resonemang, punkt 255 i den tredje mellandomen). Den fann att de kommersiella skäl som föranledde parterna att ingå licensavtalet var att Behringwerke, vid den tidpunkt då avtalet ingicks, hade en patenterad uppfinning (nämligen patent EP 177) som Genentech önskade använda kommersiellt utan att löpa risken att göra intrång i patentet (se, för ett liknande resonemang, punkt 258 i den tredje mellandomen). Enligt skiljemannen var frågan om patentets giltighet irrelevant enligt tysk lagstiftning enligt vilken den avtalsrättsliga rätten till betalning av licensavgifter i ett licensavtal godtas, trots att det aktuella patentet slutligen ogiltigförklaras. Skiljemannen fann att en person enligt tysk lagstiftning även kan upplåta en licens angående en uppfinning som inte är patenterad eller som inte kan patenteras (se, för ett liknande resonemang, punkt 292 i den tredje mellandomen).

************ Se, för ett liknande resonemang, punkt 307 i den tredje mellandomen.

************* Se punkt 308 i den tredje mellandomen.

************** Se punkt 313 i den tredje mellandomen.

19. Skiljemannen slog följaktligen fast att de betalningar som erlagts eller skulle erläggas enligt licensavtalet inte kunde krävas tillbaka eller fortfarande skulle erläggas i det fall patentet ogiltigförklaras eller i det fall den verksamhet som bedrivs av den som är förmånstagare i licensavtalet inte innebär intrång i patentet. ********** Eftersom det affärsmässiga syftet med licensavtalet var att förhindra alla rättsliga processer angående patenten, fann skiljemannen att utgången av förfarandet angående patentet inte innebar att licensgivaren, för det fall patentet skulle visa sig vara ogiltigt, var skyldig att återbetala de mottagna licensavgifterna eller att licenstagaren befriades från sin skyldighet att betala dessa licensavgifter i det fall då licenstagaren, liksom Genentech, inte hade betalat dessa.

20. Mot bakgrund härav slog skiljemannen fast att Genentech enligt licensavtalet skulle erlägga löpande licensavgifter till Hoechst och Sanofi-Aventis på försäljningen av Rituxan® som tillverkats mellan den 15 december 1998 (det datum då patent US 522 meddelades) och den 28 oktober 2008 (det datum då licensavtalet sades upp). **********

21. Skiljemannen förpliktade vidare Genentech att till Hoechst och Sanofi-Aventis betala 391 420,36 euro och 293 565,27 amerikanska dollar (USD) (cirka 260 000 euro) för deras ombudskostnader avseende perioden den 9 juni 2011–5 september 2012.

22. Skiljemannen meddelade slutligen att beslut om storleken på de licensavgifter som skulle erläggas, kostnaderna i skiljeförfarandet och övriga ombudskostnader skulle meddelas i den slutliga skiljedomen.

23. Den 25 februari 2013 meddelade skiljemannen den slutliga skiljedomen och förpliktade Genentech att till Hoechst betala 108 322 850 euro inklusive enkel ränta i skadestånd, 211 250 euro avseende kostnader i skiljeförfarandet, 634 649,88 euro och 555 907,23 USD (cirka 490 778 euro) i ombudskostnader. **********

24. I punkt 219 i den slutliga skiljedomen anförde skiljemannen att Genentech i ett senare skede i förfarandet gjort gällande att ”Hoechst försök att tolka [licensavtalet ] på så sätt att det möjliggör för bolaget att kräva betalning av löpande licensavgifter, utan att ta hänsyn till om de produkter som antogs omfattas av licensen verkligen [omfattades] av de patent som avsågs med licensen, åsidosatte *Europeiska unionens antitrustlagstiftning*.”

25. I detta avseende slog skiljemannen fast att ”Genentech [inte hade] angett närmare *hur* [unionens konkurrenslagstiftning skulle] åsidosättas om bolaget skulle förlora målet vid skiljedomstolen. Enligt den tyska lagstiftningen om licenser får licensavtal tillämpas för att använda icke patenterat kunnande och licensavgifter kan fastställas i detta syfte. En hänvisning till att licensen åsidosätter [unionens konkurrenslagstiftning], utan att ytterligare argument anförs i detta hänseende, medför ingen annan bedömning.” **********

26. Genentech har på grundval av artiklarna 1518 och 1520 i civilprocesslagen väckt talan om ogiltigförklaring av den tredje mellandomen, den slutliga domen och tillägget vid Cour d’appel de Paris.

27. Genom beslut av den 3 oktober 2013 avslog Cour d’appel de Paris Genentechs begäran om att förena målen avseende talan om ogiltigförklaring av den tredje mellandomen, den slutliga domen och tillägget.

********** Se punkt 314 i den tredje mellandomen.

********** Se, för ett liknande resonemang, punkt 161 och punkt 1 i domslutet i den tredje mellandomen.

********** Dessa belopp ändrades inte genom beslutet eller tillägget till den slutliga domen som meddelades den 25 februari 2013 vilken avsåg beräkningen av den ränta som Genentech skulle erlägga till Hoechst (nedan kallat tillägget).

********** Se punkt 222 i den slutliga skiljedomen.

28. Cour d'appel de Paris har inom ramen för målen avseende talan om ogiltigförklaring av den tredje mellandomen ifrågasatt huruvida licensavtalet är förenligt med artikel 101 FEUF. Cour d'appel de Paris har anfört att skiljemannen fann att licenstagaren, under licensavtalets giltighetstid, var skyldig att erlägga licensavgifter enligt avtalet trots att ogiltigförklaringen av patentet eller patenten hade retroaktiv verkan. Den vill få klarhet i huruvida ett sådant avtal strider mot bestämmelserna i artikel 101 FEUF, eftersom licenstagaren åläggs att betala licensavgifter som saknar grund till följd av att det eller de patent som omfattar de upplåtna rättigheterna har förklarats ogiltiga, varvid licenstagaren får en ”konkurrensnackdel.”

29. Under dessa omständigheter beslutade Cour d'appel de Paris att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 101 FEUF, tolkas så att den utgör hinder för att ett licensavtal, enligt vilket licenstagaren ska betala licensavgifter endast av det skälet att denne utnyttjar de patenträttigheter som avses med licensavtalet, får rättsverkningar för det fall patenten förklarats ogiltiga?”

30. Genom beslut av den 18 november 2015 avvisade Cour de cassation (Frankrike) Hoechst och Sanofi-Aventis överklagande mot Cour d'appel de Paris beslut av den 23 september 2014 att ställa en tolkningsfråga till domstolen.

## IV – **Förfarandet vid domstolen**

31. Förevarande begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 9 december 2014. Skriftliga yttranden har inkommit från Genentech, Hoechst och Sanofi-Aventis, den franska, den spanska och den nederländska regeringen samt kommissionen.

32. Parterna har enligt artikel 61.1 i domstolens rättegångsregler anmodats att skriftligen besvara domstolens frågor, vilket de gjorde den 18 december 2015.

33. Förhandling hölls den 20 januari 2016, vid vilken Genentech, Hoechst och Sanofi-Aventis, den franska regeringen och den spanska regeringen samt kommissionen yttrade sig muntligen.

## V – **Bedömning**

### A – *Upptagande till sakprövning*

#### 1. Huruvida det föreligger ett samband mellan den fråga som ställts och de faktiska omständigheter som ligger till grund för tvisten vid den nationella domstolen

34. Hoechst och Sanofi-Aventis och den franska regeringen har anfört att tolkningsfrågan grundar sig på ett antagande som inte är korrekt i sak. Den avser nämligen frågan om licensavtalet är förenligt med artikel 101 FEUF ”för det fall *patenten* förklaras ogiltiga”,********** men enbart patent EP 177 ogiltigförklarades den 12 januari 1999 och inte patenten US 522 och US 140.********** Begäran om förhandsavgörande saknar följaktligen föremål och ska avvisas.

********** Min kursivering.

********** Se ovan punkt 6 i detta förslag till avgörande.

35. Den omständigheten att den hänskjutande domstolen i sin tolkningsfråga hänvisat till ogiltigförklaringen av ”patenten” (plural), medan enbart ett enda patent har ogiltigförklarats, innebär enligt min mening inte att begäran om förhandsavgörande grundar sig på ett antagande som inte är korrekt i sak.

36. Av begäran om förhandsavgörande framgår nämligen klart att den hänskjutande domstolen är helt medveten om att patenten US 522 och US 140 inte har ogiltigförklarats.

37. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende på sidan 2 i begäran om förhandsavgörande anfört att ”flera patent har meddelats för” den teknik som omfattas av licensavtalet. ”Den 22 april 1992 meddelades ett europeiskt patent … [EP 177], vilket Europeiska patentverket *förklarade ogiltigt* den 12 januari 1999, eftersom nyhetskravet inte var uppfyllt. Vidare meddelades den 15 december 1998 ett … patent [US 520] och slutligen, den 17 april 2001, ett … patent [US 140].” ********** Den hänskjutande domstolen har inte antytt att patenten US 522 och US 140 har ogiltigförklarats.

38. Den hänskjutande domstolen har på sidan 3 i begäran om förhandsavgörande vidare hänvisat till domen meddelad av United States District Court for the Northern District of California (amerikansk domstol för norra regionen i Kalifornien) den 11 mars 2011 där det enligt den hänskjutande domstolen ”slogs fast att Rituxan® inte innebar intrång i de aktuella patenten”. Härav följer att den hänskjutande domstolen kände till innehållet i den domen, vilken även innebar att den talan om ogiltigförklaring som väckts mot patenten US 522 och US 140 ogillades. **********

39. I punkterna 193 och 194 i den tredje mellandomen hänvisade skiljemannen visserligen till att patenten US 522 och US 140 hade ogiltigförklarats av United States District Court for the Northern District of California (amerikansk domstol för norra regionen i Kalifornien), men detta fel i sak förekommer inte någonstans i den slutliga domen. Skiljemannen har tvärtom i punkt 50 i den slutliga domen tydligt anfört att Genentechs överklagande avseende ogiltigförklaringen av patenten US 522 och US 140 ogillades.

40. Även om de tre målen avseende talan om ogiltigförklaring som väcktes vid Cour d’appel de Paris mot den tredje mellandomen, den slutliga domen och tillägget inte har förenats, ********** framgår det klart av handlingarna i målet vid domstolen att de tre målen har samband med varandra. Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande nämligen själv behandlat de tre mellandomarna som en enda och prövat dem tillsammans. ********** Det är således uppenbart att det inte föreligger något antagande som är felaktigt i sak.

41. Huruvida det föreligger ett antagande som är felaktigt i sak har i vilket fall som helst ingen betydelse för det svar som jag kommer att föreslå avseende den fråga som ställts av den hänskjutande domstolen i vilken det inte görs någon skillnad mellan det fall där ett patent (i förevarande fall patent EP 177) ogiltigförklarats och det fall där det konstaterats att det inte föreligger något intrång i ett patent (i förevarande fall patenten US 522 och US 140).

42. Som kommissionen redan anfört i sina svar på domstolens skriftliga frågor ”slog skiljemannen i den tredje mellandomen fast att syftet med licensavtalet inte var att fastställa att det föreligger en skyldighet till återbetalning av licensavgifter eller att avgifter inte kan krävas för det fall att vissa patent visar sig vara ogiltiga eller det visar sig att patenten inte varit föremål för patentintrång. Syftet med avtalet som ska tolkas mot bakgrund av den tyska lagstiftningen och med beaktande av de förhandlingar som

********** Min kursivering.

********** Se punkterna 13–15 i detta förslag till avgörande.

********** Se ovan punkt 27 i detta förslag till avgörande.

********** Se till exempel Genentechs yrkanden vid den hänskjutande domstolen (som återges i begäran om förhandsavgörande) om att den tredje mellandomen, den slutliga domen och tillägget ska ogiltigförklaras.

fördes mellan parterna var att skydda användaren av patentet/patenten – det vill säga Genentech – mot rättsliga processer avseende patentet/patenten som kunde vara långa och kostsamma. Härav följer att den omständigheten, att amerikanska patent har kunnat betraktas som ogiltiga eller att de inte varit föremål för patentintrång, inte ändrar omfattningen av Genentech skyldighet att erlägga licensavgifter.”

2. Huruvida EU-domstolen kan ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar

43. Hoechst och Sanofi-Aventis och den franska regeringen anser att EU-domstolen inte kan ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar.

44. Den franska regeringen har i detta avseende anfört att begäran om förhandsavgörande inte innehåller alla de faktiska och rättsliga omständigheter som krävs för att kunna tillämpa artikel 101 FEUF och framför allt kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel [101].3 [FEUF] på grupper av avtal om tekniköverföring,********** såsom de faktiska villkoren för hur den relevanta marknaden fungerar och är uppbyggd, uppgifter om huruvida licensavtalet är ett avtal mellan konkurrenter eller ett ömsesidigt avtal och de bestämmelser som är tillämpliga på avtalet enligt den tyska lagsstiftningen.

45. Jag anser att ovannämnda argument ska underkännas, eftersom jag kommer att dra slutsatsen att artikel 101.1 och 101.2 FEUF enligt domen i målet Ottung (320/87, EU:C:1989:195) inte innebär att den tredje mellandomen ska ogiltigförklaras.********** Enligt de undantagsförordningar********** som nämnts av den franska regeringen tillämpas emellertid artikel 101.3 FEUF på vissa grupper av avtal om tekniköverföring som ingås mellan endast två parter och på motsvarande samordnade förfaranden *som omfattas av artikel 101.1 FEUF*, vilket enligt min mening inte är fallet i förevarande mål.

46. Jag anser i vilket fall som helst att domstolen inte har tillräckliga uppgifter för att göra en sådan bedömning för det fall att den inte ansluter sig till mitt förslag till avgörande.

47. Det är enbart för det fall att domstolen inte ansluter sig till mitt förslag till avgörande som invändningen om rättegångshinder avseende tillämpningen av ovannämnda undantagsförordningar kan godtas.

3. Huruvida den hänskjutande domstolen har befogenhet att framställa begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen

48. Hoechst och Sanofi-Aventis har gjort gällande att det inte är möjligt att besvara tolkningsfrågan utan att åsidosätta den franska lagstiftningen enligt vilken det är förbjudet att ompröva internationella skiljedomar i sak, utom i fall då det föreligger ett uppenbart åsidosättande av grunderna för den internationella rättsordningen.**********

49. Eftersom det inte föreligger något uppenbart åsidosättande (såsom vid en konkurrensbegränsande samverkan), har Hoechst och Sanofi-Aventis gjort en skillnad mellan de fall där frågan huruvida ett avtal mellan företag är förenligt med artikel 101 FEUF förbigåtts med tystnad i den internationella skiljedomen, i vilket fall det föreligger en risk för att konkurrensrättens effektivitet undergrävs, och de

********** EUT L 123, s. 11.

********** Se punkterna 84–97 i detta förslag till avgörande.

********** De tre aktuella förordningarna har alla rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av artikel [101.3 FEUF] på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden (EGT nr 36, s. 533; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 36) som rättslig grund.

********** Se Cour d’appel de Paris, 18 november 2004, Thalès, RG nr 2002/19606, s. 9, Cour de cassation (första civilmålsavdelningen) dom av den 4 juni 2008, Cytec, nr 06-15.320, Bull. civ. I, nr 162, s. 4.

fall där denna fråga har tagits upp där. I det sistnämnda fallet, som enligt deras mening föreligger här, skulle svaret på den aktuella tolkningsfrågan föranleda den hänskjutande domstolen att ompröva den tredje mellandomen i sak, eftersom skälet för den ogiltigförklaring som är föremål för denna fråga har tagits upp och diskuterats i skiljeförfarandet.

50. Det ska i detta sammanhang erinras om att det – inom ramen för det samarbete mellan domstolen och nationella domstolar som har inrättats genom artikel 267 FEUF – uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet som är anhängigt vid den, bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen i de frågor som den ställer till domstolen.

51. Då de frågor som ställts av de nationella domstolarna avser tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse är domstolen följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när det inte är uppenbart att begäran om förhandsavgörande i verkligheten syftar till att få domstolen att uttala sig utan att det föreligger en verklig tvist eller att avge rådgivande utlåtanden om allmänna eller hypotetiska frågor, att den begärda tolkningen av unionsrätten saknar samband med verkligheten eller tvistens föremål eller när domstolen inte har kännedom om de faktiska eller rättsliga omständigheter som är nödvändiga för att på ett ändamålsenligt sätt kunna besvara de frågor som ställts till den.**********

52. Det finns enligt min mening inget stöd för att den fråga som ställts är hypotetisk eller att den begärda tolkningen av unionsrätten saknar samband med verkligheten eller föremålet för tvisten vid den nationella domstolen, vilken avser artikel 101 FEUF. Domstolen har enligt min mening för övrigt tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att den ska kunna lämna ett användbart svar på den fråga som har ställts.

53. Det ska även upplysningsvis påpekas att Cour de cassation har avvisat Hoechst och Sanofi-Aventis överklagande mot Cour d'appel de Paris beslut av den 23 september 2014 att hänskjuta förevarande tolkningsfråga till EU-domstolen.

54. Jag anser följaktligen att tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning och att den ska besvaras.

## B – *Prövning i sak*

### 1. Omfattningen av prövningen av internationella skiljedomar med hänsyn till bestämmelser om grunderna för den europeiska rättsordningen

55. Den franska regeringen har i sitt skriftliga yttrande erinrat om att domstolen i punkt 32 i domen Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), slog fast att de nationella domstolarnas prövning av internationella skiljedomar inom ramen för vilken frågor om unionsrätten uppkommer kan vara ”mer eller mindre omfattande” beroende på de bestämmelser som antagits av medlemsstaterna inom ramen för deras processuella autonomi. Den franska regeringen har på denna grund gjort gällande att bestämmelserna i den franska lagstiftningen, enligt vilka de franska domstolarna inte får ompröva internationella skiljedomar i sak och inom ramen för en talan om upphävande av en internationell skiljedom som den i förevarande mål enbart får granska om det föreligger ett ”uppenbart”********** åsidosättande av grunderna för den internationella rättsordningen, är förenliga med principen om unionsrättens effektivitet.

********** Se beslut EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais (C-240/12, EU:C:2013:173, punkt 12 och där angiven rättspraxis).

********** Se Cour de cassations (första civilmålsavdelningen) dom av den 4 juni 2008, Cytec, nr 06-15.320, Bull. civ. I, nr 162, s. 4.

56. Hoechst och Sanofi-Aventis har gjort gällande********** att EU-domstolen i domen Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) visserligen slog fast att en nationell domstol som har att avgöra en talan om ogiltigförklaring av en internationell skiljedom enligt interna processuella bestämmelser ska bifalla en talan om ogiltigförklaring som grundas på att artikel 101 FEUF har åsidosatts, men att det enligt de aktuella processrättsliga bestämmelserna i den franska lagstiftningen är förbjudet att ompröva internationella skiljedomar i sak och att en prövning enbart kan ske då det föreligger ett ”uppenbart”********** åsidosättande.

57. Eftersom frågan om licensavtalet eventuellt strider mot artikel 101 FEUF enligt Hoechst och Sanofi-Aventis har tagits upp och avhandlats av skiljemannen och denna sistnämnda har fastställt att så inte är fallet, så är det omöjligt att besvara tolkningsfrågan utan att ompröva den tredje mellandomen i sak, då ett sådant licensavtal som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte kan ha till syfte att begränsa artikel 101 FEUF och således inte kan utgöra ett uppenbart åsidosättande av artikel 101 FEUF.

58. Enligt min mening strider de begränsningar av omfattningen********** av prövningen av internationella skiljedomar i den franska lagstiftningen som Hoechst och Sanofi-Aventis och den franska regeringen gjort gällande, nämligen att åsidosättandet av grunderna för den internationella rättsordningen ska vara uppenbart och att det inte är möjligt att pröva en internationell skiljedom avseende samma åsidosättande när frågan om grunderna för rättsordningen har tagits upp och diskuterats vid skiljedomstolen, mot principen om unionsrättens effektivitet.

59. Det ska, med hänvisning till den mekanism för prövning av huruvida internationella skiljedomar är förenliga med unionsrätten enligt bestämmelserna om grunderna för rättsordningen som domstolen fastställt i domen Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), som liksom förevarande fall rörde en talan om ogiltigförklaring av en internationell skiljedom som grundas på ett åsidosättande av grunderna för rättsordningen och som fastställdes genom domen Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), som avsåg en begäran om erkännande och verkställighet av en internationell skiljedom som bestritts av hänsyn till grunderna för rättsordningen, erinras om att domstolen slagit fast att en genom avtal upprättad skiljedomstol********** inte utgör en domstol i en medlemsstat i den mening som

********** Se punkterna 48 och 49 i detta förslag till avgörande.

********** Se Cour d’appel de Paris, 18 november 2004, Thalès, RG nr 2002/19606, s. 9. Domstolen gjorde samma bedömning i domen Cytec (Cour de cassation, första civilmålsavdelningen, dom av den 4 juni 2008, Cytec, nr 06-15.320, Bull. civ. I, nr 162, s. 4). De två målen rörde ett åsidosättande av unionens konkurrenslagstiftning.

********** Eftersom talan om ogiltigförklaring enligt artikel 1520 i civilprocesslagen rör internationella skiljedomar som meddelats i Frankrike är den internationella skiljedomen föremål för prövning och inte det underliggande avtal som innehåller den skiljedomsklausul som föranlett skiljeförfarandet, i förevarande fall licensavtalet. Det är riktigt att internationella skiljedomar inte är avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 101 FEUF, utan avgöranden från internationella domstolar som inte har någon anknytning till en nationell rättsordning utan omfattas av den internationella ordningen för skiljedomstolar (se Cour de cassation, första civilmålsavdelningen, dom av den 8 juli 2015, Ryanair, nº 13-25.846, FR:CCASS:2015:C100797, se även, för ett liknande resonamang, Cour de cassation, första civilmålsavdelningen, dom av den 23 mars 1994, Hilmarton Ltd, nr 92-15137, Bull. civ. I, nr 104, s. 79, Cour de cassation, första civilmålsavdelningen, dom av den 29 juni 2007, PT Putrabali Adyamulia, nr 05-18053, Bull. civ. I, nr 250). Av domen Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) framgår emellertid klart att en internationell skiljedom ska ogiltigförklaras när den innebär att ett avtal mellan företag som strider mot artikel 101 FEUF får rättsverkningar, även om domen i sig inte utgör ett avtal mellan företag. Om det förhöll sig på annat sätt skulle parterna kunna undanta konkurrensbegränsande avtal från tillämpningsområdet för artikel 101 FEUF genom att införa skiljedomsklausuler i avtalet.

********** Se dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punkt 34). Jag kommer att använda detta begrepp för att skilja mellan vissa skiljedomstolar med avseende på vilka domstolen har slagit fast att de uppfyller de kriterier som fastställts i rättspraxis för att kunna framställa en begäran om förhandsavgörande (se dom Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754 och beslut Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92). Det är på grundval av ovannämnda rättspraxis tänkbart att skiljedomstolar som har att avgöra mål som rör konventionen om biläggande av investeringstvister mellan stat och medborgare i annan stat (Icsid-konventionen) kan framställa begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen. Se, för ett liknande resonamang, Basedow, J., ”EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice”, *Journal of International Arbitration*, volym 32, 2015, s. 367, s. 376–381. Eftersom antalet och betydelsen av skiljeförfaranden angående investeringar inom ramen för vilka frågor om tillämpningen av unionsrätten uppkommer ökar, bland annat på området för statligt stöd, kan möjligheten för skiljedomstolar att framställa begäran om förhandsavgörande bidra till att säkerställa en korrekt och effektiv tillämpning av unionsrätten.

avses i artikel 267 FEUF. Den får följaktligen inte framställa en begäran om förhandsavgörande. Det ankommer således på de nationella domstolarna i den mening som avses i artikel 267 FEUF att, i förekommande fall genom att begära ett förhandsavgörande,********** pröva huruvida skiljedomar (internationella eller icke-internationella) är förenliga med unionsrätten för det fall att en talan om ogiltigförklaring********** eller verkställighet********** väckts eller för det fall att ett annat rättsmedel eller form för prövning som föreskrivs i den tillämpliga nationella lagstiftningen kan tillämpas.

60. Med andra ord medför systemet för prövning av huruvida internationella skiljedomar är förenliga med den materiella rätten i unionen enligt bestämmelserna om grunderna för rättsordningen, inom ramen för antingen ett överklagande av erkännande och verkställighet eller en talan om ogiltigförklaring, snarare en skyldighet för de nationella domstolarna att göra en prövning i efterhand, än en skyldighet för skiljedomstolarna att göra en prövning på förhand.**********

61. Skiljemännens uppgift i skiljeförfaranden avseende internationell handelsrätt är nämligen att göra en korrekt tolkning och tillämpning av avtalet mellan parterna. Skiljemännen kan vid fullgörandet av detta uppdrag naturligtvis komma att tillämpa unionsrätten om denna är en del av den lagstiftning som är tillämplig på avtalet (*lex contractus*) eller den lagstiftning som är tillämplig på skiljeförfarandet (*lex arbitrii*). Det ankommer emellertid på de nationella domstolarna, och inte på skiljemännen, att antingen inom ramen för en talan om ogiltigförklaring eller inom ramen för ett förfarande angående erkännande och verkställighet att pröva huruvida bestämmelser om grunderna för den europeiska rättsordningen har iakttagits.**********

62. Detta system fungerar således på ett annat sätt än systemet för ömsesidigt förtroende som framför allt inrättats genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område********** enligt vilken det föreligger en skyldighet för den domstol

********** Se dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, punkterna 32, 33 och 40). Se även, för ett liknande resonamang, dom från Högsta domstolen (Sverige) av den 17 juni 2015 i mål nr T 5767-13, Systembolaget/The Absolute Company, punkt 23.

********** Det förhåller sig på så sätt med avseende på den hänskjutande domstolen i förevarande mål och de nederländska domstolarna i domen i målet Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269).

********** Det förhöll sig på så sätt vad beträffar de litauiska domstolarna i domen i målet Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316) där frågan uppkom om den internationella skiljedomen i fråga utgjorde en ”anti-suit injunction” som strider mot grunderna för rättsordningen i den mening som avses i artikel V.2 b i konventionen om erkännande och verkställighet av utländska skiljedomar, undertecknad i New York den 10 juni 1958 (*Förenta nationernas fördragssamling*, volym 330, s. 3, nedan kallad New York-konventionen).

********** Det finns naturligtvis vissa undantag såsom till exempel när (en nationell) domstol ingriper på förhand i skiljeförfarandet, i dess egenskap av domstol som bistår i skiljeförfaranden. Dessa undantag syftar emellertid inte till att säkerställa att unionsrätten iakttas. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Ric (C-190/89, EU:C:1991:319) som avsåg upprättandet av en skiljedomstol.

********** Det kan förhålla sig annorlunda vid ett internationellt skiljeförfarande i fråga om investeringar där det i vissa ordningar, såsom den i Icsid-konventionen, inte föreskrivs någon möjlighet för de nationella domstolarna att pröva huruvida internationella skiljedomar är förenliga med grunderna för den europeiska rättsordningen (se, till exempel, artiklarna 53 och 54 i den konventionen). I den mån som dessa rättsliga ordningar, såsom Icsid-konventionen, binder medlemsstaterna och tredjeländer omfattas de emellertid av artikel 351 FEUF. En konflikt mellan den internationella ordningen för skiljeförfaranden och unionens rättsordning skulle kunna förhindras om skiljedomstolarna kunde framställa begäran om förhandsavgörande (se fotnot 34).

********** EUT L 351, s. 1.

som har att pröva målet i sak att (på förhand), och inte för den domstol som är behörig för erkännande och verkställighet att (i efterhand), iaktta den unionsrätt som är tillämplig på de materiella omständigheterna i målet, inbegripet bestämmelserna om grunderna för den europeiska rättsordningen.**********

63. På dessa grunder kommer jag att undersöka de två begränsningar som föreskrivs i den franska lagstiftningen.

a) Huruvida åsidosättandet av grunderna för rättsordningen är påtagligt eller uppenbart

64. Om prövningen av en internationell skiljedom med tillämpning av bestämmelserna om grunderna för den europeiska rättsordningen (som enbart avser en mycket begränsad kategori av bestämmelser i unionens rättsordning) skulle begränsas till uppenbara åsidosättanden av artikel 101 FEUF, så skulle prövningen vara illusorisk, eftersom de avtal eller samordnade förfaranden som kan begränsa eller snedvrida konkurrensen ”ofta [är] hemliga”**********, vilket i flera fall gör det omöjligt (eller orimligt svårt) för enskilda att utöva rättigheter som följer av unionens konkurrensrätt.

65. Såsom nämligen Hoechst och Sanofi-Aventis medgett i punkt 21 i deras skriftliga yttrande och deras juridiska ombud i punkt 5 i sitt yttrande********** leder den mycket begränsade prövningen till att enbart ”de mest uppenbara fallen av åsidosättanden av artikel 101 FEUF, såsom avtal om fastställande av priser eller om uppdelning av marknaden” omfattas. Konkurrensbegränsande verkningar kommer således inte att prövas av den domstol vid vilken talan om ogiltigförklaring anhängiggjorts, eftersom det krävs mer än en minimal prövning i sak av skiljedomen för att kunna fastställa att begränsningar föreligger, vilket de franska domstolarna inte kan göra.

66. Även om det finns en gradering av de olika typerna av överträdelser av artikel 101 FEUF, varvid hänsyn tas till hur uppenbar överträdelsen är eller vilken skada den medfört, inom ramen för vilken det framför allt görs en uppdelning mellan begränsningar på grund av syfte eller resultat,********** finns det inget stöd i artikel 101 FEUF för att dra slutsatsen att vissa av dessa begränsningar är godtagbara. Enligt artikel 101 FEUF är nämligen avtal mellan företag *”som har till syfte eller resultat”*********** att hindra konkurrensen uttryckligen förbjudna. Antingen föreligger det ett åsidosättande av artikel 101 FEUF, och i det fallet är det aktuella avtalet mellan företagen ogiltigt, eller så föreligger det inte något åsidosättande.

********** Se, för ett liknande resonemang punkt 33 i domen Renault (C-38/98, EU:C:2000:225) där domstolen slog fast att ”[d]omstolen i den stat där domen görs gällande … inte utan att ifrågasätta konventionens syfte [kan] vägra att erkänna en dom som meddelats i en annan konventionsstat enbart av det skälet att den anser att den nationella rätten eller … [unions]rätten har tillämpats felaktigt i denna dom. Det finns tvärtom anledning att i sådana fall anse att enskilda ges en tillräcklig garanti genom de rättsmedel som finns i varje konventionsstat, kompletterade av möjligheten att begära förhandsavgörande enligt artikel [267 FEUF].” Domstolen slog därefter i punkt 34 i den domen fast att ”[e]n sådan eventuellt felaktig rättstillämpning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte … [utgjorde] ett klart åsidosättande av en rättsregel av särskild betydelse i rättsordningen i den stat där domen görs gällande”.

********** Dom Courage och Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punkt 27).

********** Professor Laurence Idot har medgett att hans uppfattning innebär att den nationella domstolen, ”utom för det exceptionella fall då en dom innebär att till exempel en konkurrensbegränsande samverkan får rättsverkningar, inom ramen för en talan mot domen inte längre [skulle kunna] behandla sakfrågan om konkurrenslagstiftningen om den redan tagits upp och avhandlats vid skiljedomstolen”.

********** Se dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkterna 48–52).

********** Min kursivering.

67. Det saknar således betydelse om åsidosättandet av grunderna för rättsordningen är uppenbart eller inte. Överträdelser av de mest grundläggande bestämmelserna som ingår i den nationella rättsordningen kan inte godtas i något system, oavsett om dessa överträdelser är uppenbara eller självklara.

b) Den omständigheten att det inte är möjligt att pröva om en internationell skiljedom strider mot grunderna för rättsordningen om denna fråga har tagits upp och diskuterats vid skiljedomstolen, eftersom detta skulle innebära en omprövning i sak av ovannämnda dom

68. I artikel 36 i domen Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269) slog domstolen fast att artikel 101 FEUF (tidigare artikel 81 EG) utgör ”en grundläggande bestämmelse som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrotts skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera.” **********

69. Vidare slog domstolen i punkt 37 i domen Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316) fast att skiljedomstolar inte är bundna av principen om ömsesidigt förtroende. ********** Detta innebär att medlemsstaternas domstolar inte är skyldiga att beakta de svar som skiljedomstolar, vilka inte är medlemsstaternas domstolar i den mening som avses i artikel 267 FEUF, ger på frågor angående unionsrätten.

70. Om artikel 101 FEUF är en bestämmelse som är så grundläggande för unionens rättsordning kan följaktligen det förhållandet att parterna tagit upp och diskuterat frågan om den internationella skiljedomen är förenlig med denna bestämmelse vid skiljedomstolen inte vara avgörande, eftersom parternas beteende under skiljeförfarandet skulle kunna äventyra effektiviteten av denna artikel då skiljedomstolen i princip ********** inte kan framställa en begäran om förhandsavgörande till domstolen och nödvändigtvis inte har till uppgift att tolka och tillämpa unionsrätten.

71. Av dessa skäl kan prövningen av en medlemsstats domstol om internationella skiljedomar strider mot bestämmelser om grunderna för den europeiska rättsordningen inte vara kopplad till frågan om denna fråga tagits upp eller diskuterats under skiljeförfarandet eller begränsas av det förbud som föreskrivs i den nationella lagstiftningen mot att ompröva domen i sak.

********** Domstolen grundade denna slutsats på artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3.1 b FEUF). Såsom jag anfört i punkt 182 i mitt förslag till avgörande i målet Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414) ”delar jag inte tolkningen av domen Eco Swiss (EU:C:1999:269, punkt 36) … enligt vilken enbart den omständigheten att ett visst område ingår bland unionens exklusiva eller delade befogenheter i enlighet med artiklarna 3 FEUF och 4 FEUF räcker för att en unionsrättslig bestämmelse ska anses avse grunderna för rättsordningen (ordre public). …” Om så var fallet skulle hela unionsrätten, allt från Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna till ett direktiv om tryckbärande anordningar, utgöra grunderna för rättsordningen …” I punkt 177 i ovannämnda förslag till avgörande påpekade jag med hänvisning till punkt 304 i domen Kadi och Al Barakaat International Foundation/rådet och kommissionen (C-402/05 P och C-415/05 P, EU:C:2008:461), att begreppet grunderna för den europeiska rättsordningen enbart kan omfatta ”principer som är en del av grundvalarna för [unionens] rättsordning” som man ”*inte kan tillåta åsidosättande av*, på grund av att ett sådant åsidosättande skulle vara oacceptabelt ur en fri och demokratisk rättsstats synvinkel”. Det rör sig således om ”tvingande [regler] som är så *grundläggande* för … [unionens] rättsordning att det inte kan medges något som helst undantag från den i samband med det aktuella målet” (se punkt 100 i mitt förslag till avgörande i målet Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:11). Artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF utgör således bestämmelser som är grundläggande och viktiga för den inre marknadens funktion. Marknaden skulle inte fungera utan dessa bestämmelser och en överträdelse av dem, oavsett om den är uppenbar eller självklar, är inte godtagbar enligt unions rättordning.

********** Se även, för ett liknande resonemang, punkt 154 i mitt förslag till avgörande i målet Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414).

********** Se dom Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754) och beslut Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92). En skiljeman utgör således inte en ”domstol i en medlemsstat” i den mening som avses i nämnda rättspraxis, eftersom dess behörighet inte är obligatorisk, utan följer av ett avtalsrättsligt val som parterna gjort frivilligt i det avtal som föranlett skiljedomarna som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

72. Med andra ord kan en eller flera parter i avtal som skulle kunna vara konkurrensbegränsande inte undanta dessa avtal från prövningen enligt artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF genom att använda sig av ett skiljeförfarande.

2. Frågan huruvida artikel 101.1 FEUF innebär att en internationell skiljedom, som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, genom vilken ett patentlicensavtal som innebär att löpande licensavgifter ska erläggas under licensavtalets giltighetstid ges rättverkningar, ska ogiltigförklaras, även om ogiltigförklaringen av ett patent som avser den berörda tekniken (i förevarande fall patent EP 177) har retroaktiv verkan eller när användningen av den aktuella tekniken inte utgör något intrång (i förevarande fall patenten US 522 och US 140).

a) Inledande anmärkningar

73. Det framgår av den tredje mellandomen och av skiljemannens tolkning av licensavtalet att Genentechs skyldighet att erlägga löpande licensavgifter till Hoechst och Sanofi-Aventis, fastställda på grundval av bolagets tillverkning av läkemedel med användning av aktivatorns teknik, inte villkorades av att tekniken skyddas av ett patent eller av att patentskyddet kvarstår. **********

74. I den tredje mellandomen anges att enbart användningen av den aktuella tekniken under licensavtalets giltighetstid räcker för att en skyldighet att erlägga löpande licensavgifter ska uppkomma. **********

75. I detta avseende ankommer det inte på domstolen att ompröva eller ifrågasätta de omständigheter som skiljemannen har fastställt eller dess tolkning av licensavtalet på grundval av den tyska lagstiftningen enligt vilken licensavtalet medför en skyldighet att erlägga licensavgifter trots att ett eller flera patent ogiltigförklarats eller att det inte konstaterats något patentintrång.

76. Den hänskjutande domstolens begäran om förhandsavgörande avser nämligen endast tolkningen av artikel 101 FEUF, vilket innebär att Genentechs hänvisningar till domen Huawei Technologies (C-170/13, EU:C:2014:2391) och till vissa delar av mitt förslag till avgörande ********** i det målet, som avsåg tolkningen av artikel 102 FEUF, är förgäves.

********** I sina svar på de skriftliga frågor som domstolen har ställt anförde Genentech, Hoechst och Sanofi-Aventis, den franska regeringen och kommissionen att den tredje mellandomen inte avser patent EP 177. Kommissionen har påpekat att de två amerikanska patenten (patenten US 522 och US 140) inte heller har någon större betydelse för den tredje mellandomen. Kommissionen har gjort gällande att återkallandet eller ogiltigförklaringen av ett patent som omfattas av en licens enligt den lagstiftning som är tillämplig på licensavtalet, nämligen den tyska lagstiftningen, inte påverkar skyldigheten att erlägga licensavgifter och har tillagt att licens enligt den tyska lagstiftningen även kan beviljas för en teknik som varken har patenterats eller kan patenteras. Hoechst och Sanofi-Aventis har framhållit det förhållandet att det av den tredje mellandomen tydligt framgår att skiljemannen ålagt Genentech att erlägga licensavgifter som ska betalas till Sanofi genom att enbart grunda skyldigheten på användningen i USA av den aktivator som omfattas av licensavtalet för Genentechs tillverkning av Rituxan*.

********** Det är utrett att det enligt de amerikanska domstolarna inte skett något intrång i patenten US 522 och US 140. Vidare slog skiljemannen i punkterna 322–330 i den tredje mellandomen fast att aktivatorn hade använts för tillverkning av Rituxan* mellan den 15 december 1998 och den 27 oktober 2008. Se ovan punkt 16 i detta förslag till avgörande.

********** C-170/13, EU:C:2014:2391.

b) Parternas argument

77. Genentech menar att den skyldighet som åläggs i den tredje mellandomen, att erlägga aktuella löpande licensavgifter när patentet ogiltigförklarats eller när det fastställts att det inte föreligger något intrång i det patent som avses med licensen, inte enbart har en betydande inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, utan även utgör en konkurrensbegränsning, både vad gäller syfte och verkan.

78. Genentech har, med avseende på påverkan på handeln mellan medlemsstaterna, anfört att kommissionen den 2 juni 1998, med tillämpning av rådets förordning (EEG) nr 2309/93 av den 22 juli 1993 om gemenskapsförfaranden för godkännande för försäljning av och tillsyn över humanläkemedel och veterinärmedicinska läkemedel samt om inrättande av en europeisk läkemedelsmyndighet,********** godkänt försäljningen av MabThera® med verkan för handeln inom hela unionen. Genentech tillverkade enligt egna uppgifter under den relevanta perioden (1998–2008) ”rituximab” för försäljning i olika medlemsstater, huvudsakligen i Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Republiken Italien och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland. Genentech har anfört att de licensavgifter som skiljemannen ålagt har fastställts på grundval av den världsomfattande nettoförsäljningen av slutprodukter under perioden 1998–2008 och att den konkurrensbegränsning som den betalning som skiljemannen ålagt innebär, med hänsyn till den betydande volymen av försäljningen i Europeiska unionen under den relevanta perioden, direkt påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

79. Genentech har även anfört att företaget har en konkurrensnackdel på marknaden, eftersom det måste betala för användningen av en teknik som andra konkurrenter kan utnyttja fritt och gratis.

80. Dessutom har Hoechst och Sanofi-Aventis, enligt Genentechs uppfattning, belönats och berikats orättmätigt genom uttaget av********** löpande licensavgifter för vetenskapliga och tekniska upptäckter som de inte på något sätt har bidragit till. Genentech har anfört att de internationella skiljedomar som är i fråga i tvisten i målet vid den nationella domstolen innebär att Hoechst och Sanofi-Aventis, i strid med den europeiska unionens konkurrensrätt, har rätt att ”beskatta” sina konkurrenter och ekonomiskt belasta läkemedelsindustrin i allmänhet och Genentech och dess dotterbolag, som utövar verksamhet såväl i Europa som i övriga delar av världen, i synnerhet.

81. Genentech har, vad gäller själva konkurrensen, anfört att Sanofi-Aventis är den näst största läkemedelskoncernen i Europa när det gäller intäkter för receptbelagda läkemedel och att bolaget är engagerat i forskningen och utvecklingen och tillverkningen av läkemedel på flera behandlingsområden. Genentech har tillagt att Sanofi-Aventis är en av huvudkonkurrenterna till Roche (som idag innehar 100 procent av andelarna i Genentech) inom det område av läkemedelsindustrin som är inriktat på forskning.

82. Hoechst och Sanofi-Aventis anser däremot att de skiljedomar som har överklagats av Genentech enbart har ett mycket begränsat samband med unionen.

********** EGT L 214, s. 1.

********** Genom beslut av den 3 oktober 2013 beslutade Cour d’appel de Paris att den tredje mellandomen, den slutliga domen och tillägget fick verkställas. De påföljder som utdömdes där har följaktligen verkställts.

83. De har även anfört att de licensavgifter som Genentech är skyldigt att erlägga inte har sin grund i ett europeiskt patent och att de internationella skiljedomar som överklagats inte alls påverkat Genentechs försäljning. De har även tillagt att skiljemannen enbart avgjorde frågan om Genentech enligt avtalet var skyldigt att erlägga de licensavgifter som fastställs i licensavtalet och att de licensavgifter som tillerkänts Hoechst och Sanofi-Aventis genom den slutliga domen fastställts på grundval av den världsomfattande försäljningen av Rituxan*, varav enbart 17 procent avser unionen, vilket motsvarar ca 18 miljoner euro för den berörda perioden 1998–2008.

c) Bedömning

84. Vad gäller bedömningen av frågan huruvida handeln mellan medlemsstaterna påverkas ansluter jag mig till kommissionens yttrande i dess svar på de skiftliga frågor som domstolen ställt, nämligen att det ankommer på den hänskjutande domstolen att, med hänsyn till den berörda marknadens egenskaper, undersöka om det med tillräcklig grad av sannolikhet kan förutses att skyldigheten att erlägga avgifter till följd av den slutliga domen och med tillämpning av licensavtalet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater och att denna inverkan inte är obetydlig. **********

85. Vad gäller konkurrensbegränsningen rör det sig inte här om att få klarhet i huruvida Genentech har missgynnats i affärsmässigt hänseende av den tolkning som skiljemannen gjort av licensavtalet eller om företaget med facit i hand inte hade ingått ett sådant avtal. ********** Syftet med artikel 101 FEUF är inte att allmänt reglera de kommersiella relationerna mellan företagen, utan enbart att förbjuda vissa typer av avtal mellan företag som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

86. Vidare undersökte domstolen i domen Ottung (320/87, EU:C:1989:195), med avseende på konkurrensrätten, en avtalsenlig skyldighet enligt vilken innehavaren av en licens avseende en patenterad uppfinning var skyldig att erlägga en licensavgift utan begränsning i tiden och således även efter det att patentet hade upphört att gälla.

* Kommissionen har anfört att vissa uppgifter tyder på att skyldigheten att erlägga de aktuella licensavgifterna kan ha en sådan inverkan. ”För det första är den geografiska omfattningen av licensavtalet världsomfattande och avser således hela Europeiska unionen …. För det andra avser licensavtalet en teknik som enligt skiljemannens uppfattning har använts för tillverkning av rituximab som är den aktiva beståndsdelen i läkemedlet MabThera* som saluförs i unionen. För det tredje har MabThera* godkänts för försäljning … i enlighet med artikel 3 i förordning (EEG) nr 2309/93. För det fjärde verkar det som om Genentech har salufört MabThera* i vart fall i Tyskland, Frankrike och Italien. För det femte förefaller det som om Sanofi och [Genentech, som nu ingår i Rochekoncernen] är betydande konkurrenter inom läkemedelsforskningen och framför allt potentiella konkurrenter på det område på vilket Rituxan* (och MabThera*) verkar. För det sjätte kan skyldigheten att betala licensavgifter påverka Genentechs tillverkningskostnader och medföra att konkurrensen på befintliga produkt- och teknikmarknader minskar, framför allt på det område på vilket MabThera* verkar. För det sjunde verkar det som om Rituxan* och MabThera* svarar för en omsättning på mer än en miljard euro, vilket innebär att de kan betraktas som blockbuster läkemedel.”

** Såsom Hoechst och Sanofi-Aventis anfört i sina svar på de skriftliga frågor som domstolen ställt ”räcker inte enbart det förhållandet att betalningen av de licensavgifter som ska erläggas enligt licensavtalet eventuellt kan utgöra en finansiell belastning för licenstagaren, i förevarande fall Genentech, för att den ska anses utgöra en konkurrensbegränsning. En sådan belastning illustrerar enbart den kommersiella naturen av det licensavtal som ingåtts, med full kännedom, av fullt medvetna, jämnstarka företag och som, liksom varje handelsavtal, kan visa sig vara mindre fördelaktigt i kommersiellt hänseende än vad en av parterna ursprungligen avsett.”

87. I punkterna 11 och 12 i den domen slog domstolen fast följande:

”Det kan inte uteslutas att en bestämmelse i ett licensavtal enligt vilken det föreligger en skyldighet att betala en licensavgift kan ha *en annan grund än ett patent*. En sådan bestämmelse kan nämligen på så sätt återspegla det värde som enligt *affärsmässiga bedömningar* tillerkänns de nyttjandemöjligheter som avtalet ger …

För det fall att skyldigheten att betala licensavgifter är obegränsad i tiden och det därför görs gällande att den även binder gäldenären efter det att giltighetstiden för det berörda patentet löpt ut, uppkommer frågan om skyldigheten att fortsätta att betala licensavgiften med hänsyn till licensavtalets ekonomiska och rättsliga sammanhang kan utgöra en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel [101].1.” **********

88. Domstolen fann att skyldigheten i fråga kan strida mot artikel 101.1 FEUF antingen om den innebär att licenstagaren inte har rätt att säga upp avtalet med rimligt varsel eller om den syftar till att begränsa licenstagarens handlingsfrihet efter uppsägningen. **********

89. Även om ovannämnda dom rörde ekonomiska och rättsliga omständigheter som skiljer sig något från de som det rör sig om i tvisten i målet vid den nationella domstolen, ********** anser jag att denna rättspraxis kan tillämpas analogt på förevarande fall.

90. I den tredje mellandomen bekräftas att den skyldighet som åligger Genentech att erlägga licensavgifter inte följer av användningen av en teknik som skyddas av giltiga patent, utan enbart av det berörda licensavtalet. ********** Av den tolkning som skiljemannen gjorde av licensavtalet med tillämpning av den tyska lagstiftningen framgår klart att det affärsmässiga syftet med avtalet var att möjliggöra för Genentech att använda den berörda aktivatorn och samtidigt förhindra rättsliga processer angående patent. Eftersom Genentech, till skillnad från andra användare av aktivatorn som inte ingått ett sådant licensavtal med Hoechst och Sanofi-Aventis, faktisk kom i åtnjutande av denna ”tillfälliga

********** Min kursivering.

********** Se dom Ottung (320/87, EU:C:1989:195, punkt 13). Genentech har anfört att kommissionen i sitt beslut av den 2 december 1975 om ett förfarande enligt artikel [101 FEUF] (IV/26.949 – AOIP/Beyrard) (EGT, L 6, s. 8), ”fastställde att det föreligger en konkurrensbegränsning när det i en bestämmelse i ett avtal avseende patent som avses med licensen ’föreskrivs att licensavgifter ska betalas till licensgivaren utan att sistnämndas patent utnyttjas’. Kommissionen anser att … en sådan bestämmelse i ett licensavtal ’även strider mot artikel [101].1 FEUF på samma sätt som skyldigheten att betala licensavgifter *efter patentets utgång*’” (min kursivering). Genentechs yttrande rör en bestämmelse enligt vilken det föreligger en skyldighet för licenstagaren att betala avgifter när den tillverkar de produkter som avses i avtalet utan att använda licensgivarens patent. I ovan nämnda beslut fann kommissionen att bestämmelsen hade en konkurrensbegränsande verkan, eftersom det enligt denna bestämmelse förelåg en skyldighet att betala licensavgifter till licensgivaren utan att sistnämndas patent hade använts. Kommissionen slog i detta sammanhang fast att denna bestämmelse, i likhet med andra bestämmelser enligt vilka det föreligger en skyldighet att erlägga licensavgifter efter utgången av ett patent, strider mot artikel 101.1 FEUF. Kommissionen har liksom domstolen i punkt 13 i domen Ottung (320/87, EU:C:1989:195) betonat att ”skyldigheten att betala licensavgifter efter utgången av patentet … utgör ett åsidosättande av artikel [101], *eftersom licenstagaren inte enligt avtalet har rätt att säga upp avtalet*” (min kursivering).

********** Förevarande fall avser ett fall av ogiltigförklaring eller ett fall där patentintrång inte fastställts föreligga, medan domen i målet Ottung (320/87, EU:C:1989:195) rörde patentskyddets utgång.

********** Hoechst och Sanofi-Aventis har anfört att det i flera medlemsstaters nationella lagstiftningar föreskrivs att licenstagaren har rätt att upphöra att erlägga licensavgifter i framtiden när ett patent har ogiltigförklarats, men vederbörande kan däremot inte kräva återbetalning av licensavgifter som redan erlagts.

frist”********** under licensavtalets giltighetstid, fanns det ingen skyldighet att återbetala de avgifter som Genentech enligt avtalet var skyldigt att erlägga för användningen av aktivatorn, oaktat att det inte förelåg något patentintrång eller att de berörda patenten hade ogiltigförklarats.

91. Skyldigheten att erlägga licensavgifter föreskrevs dessutom enbart för licensavtalets giltighetstid och Genentech hade rätt att säga upp avtalet med en mycket kort varsel på två månader.********** Efter uppsägningen av licensavtalet befann sig Genentech således i exakt samma situation som alla andra användare av den berörda aktivatorn.**********

92. Genentechs handlingsfrihet var inte på något sätt begränsad under perioden efter uppsägningen och företaget var inte heller bundet av en bestämmelse som förbjöd företaget att ifrågasätta giltigheten av de berörda patenten eller förhållandet huruvida det förelåg ett patentintrång. Till följd av uppsägningen av licensavtalet väckte Genentech för övrigt talan om ogiltigförklaring av patenten vid United States District Court for the Northern District of California (amerikansk domstol för norra regionen i Kalifornien).

93. Genentech har emellertid anfört att det av domen Windsurfing International/kommissionen (193/83, EU:C:1986:75) framgår att ett åsidosättande av artikel 101.1 FEUF föreligger om innehavaren av en patentlicens är skyldig att betala licensavgifter som fastställts på grundval av nettoförsäljningspriset på en produkt som inte omfattas av patentet.

94. I den domen slog domstolen fast att det system för beräkning av licensavgifter som grundade sig på försäljningsnettopriset på en komplett vindsurfingbräda kunde begränsa konkurrensen för skrov, som inte omfattades av ett patent.********** Domstolen anförde i det avseendet i punkt 65 i den domen att det fanns en efterfrågan på såväl enskilda riggar som enskilda skrov.

95. I den domen hade patentinnehavaren emellertid, genom den omtvistade bestämmelsen och i strid med artikel 101.1 e FEUF, som villkor för att ingå avtal krävt att den andra parten åtog sig ytterligare förpliktelser,********** som varken till sin natur eller enligt handelsbruk hade något samband med föremålet för avtalet. I tvisten i målet vid den nationella domstolen finns det emellertid inget som tyder på att verkställigheten av den tredje mellandomen skulle medföra skyldigheter för Genentech som till sin natur eller enligt handelsbruk inte har något samband med föremålet för licensavtalet.

96. Skiljemannen har anfört att det affärsmässiga syftet med licensavtalet var att förhindra rättsliga processer angående patent och att beräkningen av licensavgifter följaktligen var helt oberoende av om det fanns ett giltigt patent för slutprodukten eller inte.

********** Se punkt 315 i den tredje mellandomen.

********** I domen Ottung (320/87, EU:C:1989:195) föreskrevs en uppsägningstid på sex månader som löpte ut den 1 oktober varje år.

********** Däremot, såsom kommissionen anfört i sitt yttrande ”påverkar en skyldighet att fortsätta att betala licensavgifter, utan att det föreligger en möjlighet att säga upp avtalet med rimligt varsel, licenstagarens tillverkningskostnader, utan att det är ekonomiskt motiverat, vilket leder till en minskning av konkurrensen på befintliga produkt- och teknikmarknader och avskräcker licenstagaren från att investera i utvecklingen och förbättringen av sin teknik.”

********** Se dom Windsurfing International/kommissionen (193/83, EU:C:1986:75, punkt 67).

********** Den berörda bestämmelsen i licensavtalet innebar att licenstagarna var skyldiga att betala licensavgifter för riggar för en vindsurfingbräda, som tillverkats enligt ett patent som enbart omfattade riggar, på grundval av ett försäljningspris på en komplett vindsurfingbräda, som bestod av riggar och skrov, varvid sistnämnda inte skyddades av patentet.

97. Jag anser följaktligen att artikel 101 FEUF inte utgör hinder för att ett licensavtal, enligt vilket licenstagaren ska betala licensavgifter endast av det skälet att denne utnyttjar de patenträttigheter som avses med licensavtalet, får rättsverkningar för det fall patent som skyddar en teknik har förklarats ogiltiga eller för det fall det inte fastställts något intrång i patenten, när dels det affärsmässiga syftet med avtalet är att möjliggöra för licenstagaren att använda den berörda tekniken och samtidigt förhindra rättsliga processer angående patenten, dels licenstagaren kan säga upp licensavtalet med rimligt varsel, trots att patenten ogiltigförklarats eller det inte konstateras något patentintrång.

3. Huruvida undantagsförordningarna om tekniköverföring är tillämpliga

98. Genentech, Hoechst, Sanofi-Aventis, den nederländska regeringen och kommissionen har yttrat sig angående frågan om bestämmelserna i kommissionens förordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring********** är tillämpliga.

99. Den franska regeringen anser däremot att kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel [101].3 [FEUF] på vissa grupper av avtal om tekniköverföring********** och förordning nr 772/2004 är tillämpliga för den aktuella perioden, eftersom den fråga som ställts rör genomförandet av licensavtalet under perioden den 15 december 1998–27 oktober 2008.

100. Enligt min mening behöver det inte avgöras huruvida de tre förordningarna, så kallade undantagsförordningar, är tillämpliga i förevarande mål.

101. Utöver den omständigheten att domstolen inte har tillräckliga uppgifter för att kunna göra en sådan bedömning, skulle den vara överflödig, eftersom jag anser att artikel 101.1 FEUF och 101.2 FEUF i enlighet med domen Ottung (320/87, EU:C:1989:195) inte innebär att den tredje mellandomen måste ogiltigförklaras. Enligt undantagsförordningarna ska artikel 101.3 FEUF********** tillämpas på vissa grupper av avtal om tekniköverföring som ingås mellan endast två parter och motsvarande samordnade förfaranden, *som omfattas av artikel 101.1 FEUF*.

102. Det kan för fullständighetens skull konstateras att Genentechs argumentation att den skyldighet som åligger företaget enligt den tredje mellandomen att erlägga licensavgifter på grundval av samtliga försäljningar av MabThera® utgör en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4.1 a och d i förordning nr 316/2014 inte kan godtas.

103. Det framgår nämligen inte av handlingarna i målet i domstolen att licensavtalet och den tredje mellandomen har till syfte eller resultat att begränsa Genentechs möjligheter att fastställa sina priser när företaget säljer produkter till tredje man,********** eller att begränsa dess möjligheter att ”utnyttja sina egna teknikrättigheter” eller att ”bedriva forskning och utveckling”.**********

********** EUT L 93, s. 17.

********** EGT L 31, s. 2.

********** De tre aktuella förordningarna har förordning nr 19/65 som rättslig grund.

********** Se artikel 4.1 a i förordning nr 316/2014. Se, för ett liknande resonemang, artikel 101.1 a FEUF.

********** Se artikel 4.1 d i förordning nr 316/2014. Se, för ett liknande resonemang, artikel 101.1 b FEUF.

## VI – **Förslag till avgörande**

104. Jag anser följaktligen att domstolen ska besvara de frågor som Cour d'appel de Paris har ställt på följande sätt:

Det krävs inte enligt artikel 101 FEUF, för det fall patent som skyddar en teknik förklarats ogiltiga eller för det fall det inte konstaterats något patentintrång, någon ogiltigförklaring av en internationell skiljedom som ger rättskraft åt ett licensavtal, enligt vilket licenstagaren ska betala licensavgifter endast av det skälet att denne utnyttjar de patenträttigheter som avses med licensavtalet, när det affärsmässiga syftet med avtalet är att möjliggöra för licenstagaren att använda den berörda tekniken och samtidigt undvika rättsliga processer angående patent, under förutsättning att licenstagaren kan säga upp licensavtalet med rimligt varsel, ifrågasätta huruvida patenten är giltiga eller ingripa mot patentintrång och behåller sin handlingsfrihet efter uppsägningen.